

THESE

Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE POITIERS
UFR de droit et sciences sociales
ERDP - Équipe de Recherche en Droit privé
(Diplôme National - Arrêté du 7 août 2006)

École doctorale : Droit et science politique - Pierre Couvrat
Secteur de recherche : Droit

Présentée par :
Moon Hee An

Le divorce : étude de droit comparé français et sud-coréen

Directeur(s) de Thèse :
Andrianaivalona Ratovo

Soutenue le 22 novembre 2012 devant le jury

Jury :

Président	Gérard Mémeteau	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Poitiers
Rapporteur	Marie Lamarche	Maître de Conférences HDR à la Faculté de droit de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV
Rapporteur	Aline Cheynet De Beaupré	Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Orléans
Membre	Andrianaivalona Ratovo	Maître de Conférences HDR à la Faculté de droit de l'Université de Poitiers

Pour citer cette thèse :

Moon Hee An. *Le divorce : étude de droit comparé français et sud-coréen* [En ligne]. Thèse Droit. Poitiers : Université de Poitiers, 2012. Disponible sur Internet <<http://theses.univ-poitiers.fr>>

UNIVERSITE DE POITIERS

FACULTE DE DROIT

ÉCOLE DOCTORALE PIERRE COUVRAT DROIT ET SCIENCE POLITIQUE – ED 088

LE DIVORCE : ETUDE DE DROIT COMPARE FRANÇAIS ET SUD-COREEN

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement le 22 novembre 2012
par

Mademoiselle Moon Hee AN

DIRECTEUR DE RECHERCHE

RIVO RATOVO ANDRIANAVALONA

Maître de Conférences HDR à la Faculté de droit de l'Université de Poitiers

SUFFRAGANTS

Gérard MÉMETEAU

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Poitiers

Aline CHEYNET DE BEAUPRÉ

Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Orléans

Marie LAMARCHE

Maître de Conférences HDR à la Faculté de droit de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Je remercie tout particulièrement mes parents, mes sœurs et ma grande mère pour leur présence, leurs encouragements et leur aide tout au long de ma thèse.

Je tiens à remercier Monsieur le professeur Rivo RATOVO ANDRIANAVALONA pour ses conseils et son soutien.

Et, enfin, il me reste encore à remercier Nicolas MANCONE, Alain YANAMADJI, et Monsieur le professeur Sang-Yong KIM qui ont contribué, de près ou de loin, à l'élaboration de cette thèse.

RESUME ET MOTS-CLES – ABSTRACT AND KEYWORDS

Résumé en français

La littérature juridique nous apprend que le divorce, institution fort ancienne permettant de rompre de manière définitive et radicale le lien conjugal, est étroitement lié à l'idéologie dominante et aux fluctuations politiques du pays considéré.

La comparaison des législations en matière de divorce, objet de notre étude, permet alors, d'une part, de constater que l'évolution du « *droit de divorcer* » est marquée par des étapes successives d'interdiction et de rétablissement du divorce aussi bien en France qu'en Corée du Sud.

Le principe du « *droit de divorcer* » une fois admis, cette démarche comparative permet d'autre part, de découvrir que, s'agissant du « *droit du divorce* », le choix législatif fondamental s'articule autour de deux idées dans les deux systèmes juridiques : diversifier les cas de divorce afin de répondre à la diversité des situations de crise conjugale, et dédramatiser le divorce en incitant les époux à trouver un accord sur les conséquences du divorce. L'approche comparative révèle une fois encore que les règles aboutissent à des solutions souvent proches mais que pour y parvenir, les législateurs respectifs des deux pays ont parfois emprunté des chemins différents.

Mots-clés en français

Droit au divorce, droit du divorce, divorce par consentement mutuel, divorce pour altération du lien conjugal, divorce pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal, divorce-faillite, divorce pour faute, divorce accepté, divorce par conciliation, passerelle, tentative de conciliation, l'autorité parentale

Abstract

The legal literature let us know that a divorce, very old institution allowing to break the marital relation in a definitive and radical way, is closely linked to the prevailing ideology and political movements of the country.

The comparison of legislations in divorce, purpose of our study, allows, on the one hand, to notice the evolution of the "right to divorce" is underlined by successive steps of prohibition of divorce and recovery both in France and in South Korea.

The principle of "right to divorce" once accepted, this comparative approach allows on the other hand, to perceive that, regarding "divorce law", the fundamental legislative choice turns on two ideas in both legal systems : diversify divorce cases to answer the diversity of a marital crisis, and not dramatize divorce encouraging spouses to reach an agreement on the consequences of divorce. The comparative approach reveals once again that the rules often lead to similar solutions but to accomplish goals, sometimes the legislators of the both countries have took different ways.

Keywords

Right to divorce, divorce law, divorce by agreement, divorce for breakdown marital, divorce for serious reason not to maintain the marital relationship, divorce on breakdown, divorce by fault, divorce by accept, divorce by the conciliation, bridge attempt to the conciliation, parental authority

SOMMAIRE

RESUME ET MOTS-CLES – ABSTRACT AND KEYWORDS	4
SOMMAIRE	6
LISTE DES ABREVIATIONS	8
INTRODUCTION	11
PARTIE I. LE PLURALISME LEGISLATIF EN MATIERE DE DIVORCE	46
TITRE I. LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL	52
Chapitre I. La volonté des époux est toujours nécessaire pour le divorce par consentement mutuel	56
Chapitre II. La volonté des époux est en principe suffisante en matière de divorce par consentement mutuel	69
TITRE II. LES DIVORCES CONTENTIEUX	78
Chapitre I. Les cas communs aux deux systèmes juridiques en matière de divorce contentieux	80
Chapitre II. Le divorce accepté, un cas propre au droit français en matière de divorce contentieux	134
PARTIE II. LA DEDRAMATISATION DU DIVORCE	147
TITRE I. LA PROCEDURE DU DIVORCE	150
Chapitre I. Le déroulement procédural du divorce par consentement mutuel	152
Chapitre II. Le déroulement procédural des autres cas de divorce	172
TITRE II. LES EFFETS DU DIVORCE	196
Chapitre I. Les effets du divorce à l’égard des époux	198
Chapitre II. Les effets du divorce à l’égard des enfants	254
CONCLUSION GENERALE	289
ANNEXES	293
BIBLIOGRAPHIE	319
INDEX	345
TABLE DES MATIERES	350

LISTE DES ABREVIATIONS

<i>AJF</i>	<i>Actualité Juridique Famille</i>
al.	alinéa
AN	Assemblée nationale
art.	article
<i>Bull</i>	<i>Bulletin</i>
<i>Bull. cass. ass. plén.</i>	<i>Bulletin de la cour de cassation, assemblée plénière</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles</i>
C. civ.	Code civil
CA	Cour d'appel
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme et des libertés
CGI	Code général des impôts
ch. réunies	Chambres réunies
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
concl.	Conclusion
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
D.	Décret
<i>Defrénois</i>	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
Dic. Ent.	Dictionnaire de l'enregistrement
doctr.	Doctrine
<i>Dr. et patrimoine</i>	<i>Revue Droit et patrimoine</i>
<i>Dr. famille</i>	<i>Revue Droit de la famille</i>
esp	espèce
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
IGEC	Instruction générale relative à l'état civil
<i>Infra</i>	<i>ci-dessous</i>
J.-Cl. (Civil, Divorce, etc.)	
.....	Juris-Classeur - Encyclopédies
JAF	Juge aux affaires familiales
<i>JCP (G ou N)</i>	<i>Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition générale ou édition notariale et immobilière</i>
<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i>
<i>JOAN Q / JO Sénat Q</i> ...	<i>Journal officiel (Questions écrites au ministre)</i>
<i>JO déb.</i>	<i>Journal officiel (Débats parlementaires)</i>
Journ. not.	Journal des notaires et des avocats
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
Ord.	Ordonnance
<i>LPA</i>	<i>Les petites affiches</i>

préc.	Précité
<i>Rec. CJCE</i>	<i>Recueil des arrêts de la Cour de justice des communautés européennes</i>
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>RJPE</i>	<i>Revue juridique personnes et famille</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>
sect.	Section
somm.	Sommaire
Sté	Société
<i>supra</i>	<i>ci-dessus</i>
T. civ.	Tribunal civil
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance

INTRODUCTION

Est-il raisonnable d'entreprendre une étude comparée en matière de divorce, et, en particulier, en droit français et sud-coréen ?

Le divorce est une institution ancienne¹ et lorsqu'il est autorisé, la question essentielle consiste à chercher la moins mauvaise solution pour résoudre cette crise conjugale². Dans cette perspective, il est généralement admis³ que chaque société à tel ou tel moment de son histoire y a apporté une réponse liée à des données politiques, sociales, voire religieuses qui lui sont propres⁴. Autrement dit, le divorce est un produit des rapports sociaux d'après le changement du cadre et de la conception de la famille⁵, lié à un moment donné et à un lieu donné : ses conditions, procédures et effets reflètent d'ailleurs les idéologies, les sociétés et l'époque considérée⁶.

Certes, on peut alors nous objecter que, dans ces conditions, la démarche comparative, sans surprise, va aboutir tout naturellement à un résultat évident, à savoir les différences entre les systèmes juridiques. Toutefois, ce constat, nécessaire pour établir la réalité des faits, n'est pas suffisant pour renoncer définitivement à la méthode comparative.

¹ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille, Defrénois*, 2011, p. 229 ; H. FULCHIRON, *Les métamorphoses des cas de divorce (à propos de la réforme du 26 mai 2004)*, *Defrénois* (n° 17), 2004, p. 1103 et s. ; « *Le divorce, un démantèlement, est une institution ancienne, toujours discutée et qui continue, aujourd'hui encore, à faire débat* » : propos de l'auteur du projet de loi qui aboutit à la réforme du divorce de 1975.

² Sang-Yong KIM, *Réflexion socio-légale sur les causes de l'augmentation des taux de divorce, L'étude du droit de la famille I*, Bobmounsa, 2002, p. 33.

³ Jou-Sou KIM, *L'évolution du droit de la famille, Étude légale de Seoul 2^{éd} (vol.2)*, Presse de l'université de Seoul, 1960, p. 332 et s. ; L. ATTUEL-MENDÈS, *Le divorce du XXI^e siècle : un retour aux causes de divorce issues de la pratique judiciaire sous la loi Naquet ?*, *Dr. fam* (n° 93), 2004, p. 3 et s.

⁴ Sou-San YANG, *Le droit de la famille et de l'héritage, La presse de Université Hankuk des langues étrangères*, 1998, p. 21 ; M. FRANCE et N. MAGUIN, *Droit de la famille, La Découverte & Syros*, 1998, p. 27 ; Dong-Sub PARK, *Le droit de la famille, Bakyounsa*, 2009, p. 349 ; C. PUGEAULT, *Liberté fondamentale du mariage et degré de liberté dans les modes de contractualisation matrimoniale, La liberté fondamentale du mariage, Presses universitaires d'Aix-Marseille*, 2009, p. 45.

⁵ Jou-Sou KIM, *L'évolution du droit de la famille, Étude légale de Seoul 2^{éd} (vol.2)*, Presse de l'université de Seoul, 1960, p. 332 et s.

⁶ Dong-Sub PARK, *Le droit de la famille, Bakyounsa*, 2009, p. 45 ; Byung-Ho PARK, *La loi et la société traditionnelle, La presse de l'université de Seoul*, 1990, p. 89 ; La société française se caractérise par ses diversités politiques, religieuses et philosophiques. Face à la pluralité des modes de vie en famille et à la diversité des aspirations individuelles, selon Jean Carbonnier, « *A chacun sa famille, à chacun son droit* » (*Essais sur les lois, Defrénois, 2^e éd.*, 1995, p. 181) : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Évolution du droit français de la famille, Defrénois*, 2009, n° 13, p. 1350.

Dans ce sens, une partie de la doctrine sud-coréenne n'a pas manqué de relever les intérêts attachés à la comparaison des législations⁷. Ainsi, nous dit-on, s'agissant de la méthode, l'étude comparative permet de découvrir d'autres systèmes, d'étudier et de mener une réflexion sur le droit avec un autre regard⁸. Sur le fond, la démarche ainsi adoptée aide, non seulement « à ne pas répéter les erreurs qui ont eu lieu »⁹, mais aussi « à trouver des solutions aux difficultés respectives que rencontrent les systèmes en présence »¹⁰.

De manière positive, la comparaison des deux systèmes français et sud-coréen, permet, d'une part, de souligner une évolution historique du divorce que l'on peut qualifier de mouvementée¹¹. En effet, elle est faite d'une succession de périodes d'interdiction et d'autorisation pour des raisons diverses et variées¹².

D'autre part, un examen rapide des droits contemporains français et sud-coréen révèle que le divorce y est désormais défini comme la dissolution du mariage valable¹³, du vivant des époux, prononcé par le juge pour des causes prévues par la loi¹⁴.

Dans cette conception, le divorce se distingue de trois autres situations, permettant aux époux, d'échapper, à des degrés divers, au lien conjugal. Il en est d'abord du cas où les époux décident de suspendre le lien matrimonial. A ce cas correspond une situation particulière qualifiée de séparation de fait¹⁵. Elle peut provenir, par exemple, de l'abandon du domicile conjugal par l'un des époux. Comme toute situation de fait, elle ne comporte

⁷ Jou-Sou KIM, *Retrospect of family law and its emerging agenda, Étude sur le droit de la famille (n° 23, vol. 1)*, The korean society of family law, 2009, p. 13 ; Yong-Han KIM, *Le nouveau droit de la famille et des héritages*, Bakyoungsa, 2002, p. 52.

⁸ Bong-Hee HAN, *Étude comparative sur le divorce avec la loi américaine, anglaise, allemande et française*, Thèses (vol. 14), Université de Jeon-Buk, 1972, p. 183 et s.

⁹ Jou-Sou KIM, *Retrospect of family law and its emerging agenda*, art. préc. p. 13 et s.

¹⁰ Yong-Han KIM, *Le nouveau droit de la famille et des héritages*, Bakyoungsa, 2002, p. 226.

¹¹ Byung-Ho PARK, *op. cit.*, p. 139.

¹² Sang-Yong KIM, *Le déroulement historique du divorce*, *Chung-Ang Journal of Legal studies (n° 31, vol. 1)*, La presse de l'université de Chung-Ang, 2007, p. 140 et s.

¹³ « La notion de démariage désigne ainsi les différentes manières de sortir plus ou moins du mariage par la volonté » : I. THÉRY, *Le démariage, Justice et vie privée*, Odile Jacob, 3^e éd., 2001, p. 59 et s.

¹⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil (tome. 1), La Famille, L'enfant, Le couple*, Thémis, 2002, p. 527 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *Droit de la famille*, Bubmounsa, 2008, p. 156 et s. ; Sou-San YANG, *Le droit de la famille et de l'héritage*, La presse de Université Hankuk des langues étrangères, 1998, p. 232 et s.

¹⁵ Le lien conjugal peut être effectivement allégé grâce à la séparation de fait qui se présente comme le diminutif du divorce : Byung-Ho PARK, *op. cit.*, p. 139.

aucune organisation. Ce qui emporte deux conséquences. D'une part, cette situation de fait ne libère pas les époux de toutes les obligations du mariage. D'autre part, les époux, vis-à-vis de la loi, restent toujours mariés. Faut-il aussi rappeler que cette situation de fait se rencontre aussi bien dans la société française que sud-coréenne.

Une autre situation, cette fois de droit, apparaît ensuite dès lors que les époux prennent la décision, non pas de rompre définitivement ou de suspendre le lien matrimonial, mais seulement de le détendre. Cette situation correspond à la séparation de corps. C'est un état temporaire qui est proche du divorce par les causes. Elle peut être prononcée à la demande d'un époux, aux termes de l'article 296 du Code civil français dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce. En revanche, la séparation de corps en diffère par ses effets : elle ne dissout pas le mariage, elle a vocation seulement à en relâcher les liens, entre autres le devoir de cohabitation qui va, désormais, prendre fin¹⁶. Toutefois il faut aussitôt observer que la séparation de corps, une situation judiciairement prononcée et légalement organisée en droit français, est une institution inconnue du droit sud-coréen.

Enfin, le divorce doit être distingué de la nullité, la sanction qui, en droit français et en droit sud-coréen, tend à l'anéantissement d'un mariage, acte juridique, irrégulièrement formé. On fait comme s'il n'avait jamais existé¹⁷. Cet effet rétroactif de la nullité constitue alors la différence avec le divorce qui n'entraîne la rupture du lien conjugal que pour le futur.

Il fût un temps où dans les deux systèmes juridiques, français et sud-coréen, on s'interrogeait sur la nécessité d'autoriser ou de prohiber le divorce (§ 1). En cas de réponse positive en faveur du divorce, le débat, aujourd'hui, reste circonscrit autour des causes de cette rupture qui doivent être consacrées par la loi et de ses effets, autrement dit envisager selon quelles modalités on peut exercer le droit ainsi reconnu (§ 2).

¹⁶ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 527.

¹⁷ J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé*, Larcier, 1981 ; D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Dalloz-Sirey, 2008, p. 125.

§ 1. LE DROIT AU DIVORCE

La liberté du mariage¹⁸, conçue comme une liberté publique dans ses deux aspects, la liberté de se marier et la liberté de ne pas se marier¹⁹, est désormais admise aussi bien en France²⁰ qu'en Corée du Sud²¹. Par ailleurs, le divorce, nous dit-on²², étant presque aussi ancien que le mariage, très tôt s'est posé la question de savoir s'il fallait aussi admettre le droit de demander librement le divorce²³.

Force est alors de constater que la voie menant vers cette admission a été semée d'embûches²⁴. Il suffit pour s'en convaincre de suivre l'évolution mouvementée et pas toujours dans le même sens du droit français et du droit sud-coréen sur la question.

Lorsque le divorce a été interdit en France sous l'ancien régime, il a été à la même époque, librement autorisé en Corée²⁵. Quoiqu'ouvertement reconnue par une loi de 1484, la possibilité de divorcer a été ensuite, paradoxalement, annihilée dans la pratique, en raison de la prédominance de l'idéologie confucianiste dans la société coréenne²⁶. Il faudra

¹⁸ X. LABBÉE, *Le divorce et le Président*, D. 2007, p. 2740 et s.

¹⁹ Jou-Sou KIM, *Droit de la famille en jurisprudence*, Samyoungsa, 1983, p. 23 ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil : Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 2005, p. 526.

²⁰ En France, le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle de la liberté du mariage (C. Const. 13 août 1993, JCP 93III66372, note D'onorio).

²¹ En Corée du Sud, la loi du 17 juillet 1948 prévoit la liberté du mariage dans son article 36, alinéa 1^{er} de la Constitution (Guk-Won JUNG, *Le mouvement de la décision du Conseil constitutionnel à l'égard de la liberté du mariage*, *Etude de la Constitution du monde* (vol. 14), 2008, p. 299 et s.).

²² VOLTAIRE disait, « *Le divorce est presque aussi ancien que le mariage. Je crois seulement que le mariage est plus vieux de quelques semaines.* »

²³ « *Le droit de se marier a déjà été libéré. En matière de mariage, on ne parle plus de la liberté du mariage mais de la liberté du divorce* » : X. LABBÉE, *Le divorce et le Président*, D. 2007, p. 2740 et s. ; « *Ainsi, est-il le moment de libérer le droit de divorcer ?* » : Jou-Sou KIM, *Droit de la famille en jurisprudence*, Samyoungsa, 1983, p. 23 ; « *La question se pose depuis longtemps de savoir s'il convient d'abandonner totalement la notion de divorce sanction, de divorce pour faute, pour se rallier à la notion de divorce faillite, de divorce constat d'échec* » : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, Deffrénois, 2005, p. 7 ; Jai-Seuk CHOI, *L'étude de la famille coréenne*, Iljisa, 1982, p. 328 ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil : Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 2005, p. 526.

²⁴ A. BÉNABENT, *La réforme du divorce -article par article-*, Deffrénois, 2004, p. 37 ; Sou-San YANG, *Le droit de la famille et de l'héritage*, La presse de Université Hankuk des langues étrangères, 1998, p. 161.

²⁵ Dong-Sub PARK, *Le droit de la famille*, op. cit., p. 450 ; Sou-San YANG, *Le droit de la famille et de l'héritage*, op. cit., p. 256.

²⁶ Hui-Bong LEE, *L'étude pour le développement et l'avancement du droit de la famille*, *L'étude du droit de la famille coréen par professeur Gwang-Hyeon JEONG*, La presse de l'université de Seoul, 1967, p. 213.

attendre une loi de 1922 pour autoriser le divorce de manière définitive et sans équivoque²⁷.

La suite du parcours a été aussi chaotique en France. La loi révolutionnaire de 1792 a, momentanément certes, mais largement admis le droit au divorce avant qu'il ne soit à nouveau interdit au moment de la Restauration en 1816. Ce régime d'interdiction a survécu pendant presque un siècle, car il a fallu attendre la loi de 1884²⁸ pour consacrer le retour définitif à la liberté de demander le divorce.

A ce stade de notre analyse, il importe de relever que, dans les deux systèmes juridiques, des considérations religieuses, idéologiques voire sociales ont été déterminantes lors de ces étapes successives d'interdiction (A) et de rétablissement du divorce (B).

A. LE DIVORCE INTERDIT

Faisant sienne l'affirmation des évangiles, « *ce que Dieu a uni, que l'homme ne le sépare pas* »²⁹, la France sous l'ancien régime³⁰, comme l'Occident chrétien, a érigé en principe l'indissolubilité du mariage³¹, véritable cellule fondamentale de la vie sociale.

²⁷ Sang-Yong KIM, *Le déroulement historique du divorce*, art. préc., p. 145 et s. ; Jou-Sou KIM, *L'évolution du droit de la famille*, art. préc., p. 332 et s. ; Kun-Sik LEE, *Concrete and abstract grounds for divorce, Study of social science (n° 1)*, Social Science Research Institute of Yonsei University, 1965, p. 73 ; Bong-Hee HAN, *Les causes de divorce faillite, Droit privé (n° 3)*, Centre de recherche du droit privé, 1982, p. 71 et s.

²⁸ J. COMMAILLE, *Le divorce en France. De la réforme de 1975 à la sociologie du divorce*, Notes et Etudes documentaires, (N° 4 478), La Documentation française, 1978 et 1980, p. 11.

²⁹ Mathieu, 19.3, Luc, 16.18, Marc, 10.9 ; J. COMMAILLE, *op. cit.*, p. 11 : « *toute l'histoire du divorce en France est marquée par la conception chrétienne de l'indissolubilité du lien matrimonial* ».

³⁰ « *Le droit canonique tout comme l'Ancien droit prônait l'indissolubilité du lien matrimonial avec cependant d'importants tempéraments liés à la théorie des nullités du mariage et à la séparation de corps* » : P. OURLIAC et J. MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 3, *Le droit familial*, PUF, 1968, p. 182 et s. ; P. OURLIAC, *L'indissolubilité du mariage dans l'Ancien droit*, *Journaux judiciaires associés*, 1984, p. 5.

³¹ Le droit canonique rejetait le divorce, compte tenu du principe de l'indissolubilité du mariage alors que les civilisations anciennes le connaissaient historiquement. Mais cette condamnation générale est atténuée par la réserve de l'adultère : « *si quelqu'un répudie sa femme, qu'il lui remette un certificat de répudiation. Quiconque répudie sa femme -sauf en cas d'union illégal- la pousse à l'adultère ; et si quelqu'un épouse une répudiée, il est adultère* ». L'adultère de l'homme était une faute aussi grave que celui de la femme, mais c'était une faute pardonnable (J. BOUVERESSE, *Droit de la famille et Code Napoléon : ce qui passe, ce qui demeure*, *Études d'histoire du droit privé en souvenir de MARYSE CARLIN*, La Mémoire du droit, 2008, p. 102).

Dénoncée par la réforme du protestantisme et les églises protestantes³², le principe du mariage indissoluble a été contesté par tous ceux qui luttèrent pour garantir la liberté individuelle, notamment, un peu plus tard, par les philosophes des Lumières³³.

Les seuls remèdes à la mésentente des époux étaient la nullité du mariage ou la séparation de corps³⁴. Cette dernière permettait d'empêcher que le mariage ne constitue pour les époux en conflit, un huis clos infernal.

Si pour des considérations religieuses, le droit de demander le divorce était ainsi directement interdit en France sous l'ancien régime, on aboutissait au même résultat en Corée³⁵, quoique de manière détournée, sous l'influence conjuguée du confucianisme et des pesanteurs sociologiques.

Traditionnellement le statut de la femme coréenne se caractérisait par une autonomie économique³⁶. Il en résulte une certaine indépendance dans la prise d'une éventuelle décision de divorcer, surtout à cette époque où le divorce était librement autorisé³⁷.

Toutefois deux événements qui se sont produits dans l'histoire de la Corée, ont eu finalement raison de cette autonomie, et pour conséquence la dégradation du statut de la femme³⁸. D'une part, deux guerres successives avec la Chine et le Japon³⁹ ont conduit à

³² « *Pourtant le protestantisme, quoique partant du même principe, y apportait des exceptions (par exemple : l'adultère, l'abandon). La réforme protestante s'attachait moins à cette indissolubilité car elle ne considérait pas le mariage comme un sacrement, et jetait ainsi le trouble* » : D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 127.

³³ J. BOUVERESSE, *Droit de la famille et Code Napoléon : ce qui passe, ce qui demeure, Etudes d'histoire du droit privé en souvenir de MARYSE CARLIN*, Editions La Mémoire du Droit, 2008, p. 102 ; « *Sous l'Ancien Régime, le droit de la famille est largement constitué par le Droit canonique et fondé sur le principe de l'indissolubilité du mariage, même si les juristes royaux tentent de le dégager de l'empire de l'Église* » : C. PLESSIX-BUISSET, *Ordre et désordres dans les familles : études d'histoire du droit*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2002, p. 9.

³⁴ M. FRANCE et N. MAGUIN, *op. cit.*, p. 27.

³⁵ La Corée se divise en deux, la Corée du Sud et la Corée du Nord depuis le 15 août 1948.

³⁶ Hyung-Gi JUNG et Kyung-Mi KIM, *La vie des femmes coréennes à 17^e siècle I*, Bogosa, 2006, p. 410.

³⁷ Bu-Young LEE, Yel-Gou KIM, et Il-Sang LEE, *L'image traditionnelle de la femme coréenne*, Presse de Dae-Woo, Minûmsa, p. 95 et s. : « *En outre, les femmes et leur frère héritaient de la même partie du patrimoine de leur parent* » ; Yong-Sook KIM, *Les femmes coréennes dans l'histoire*, Minûmsa, 1990, p. 133 ; Hyung-Gi JUNG, *Le mariage et la famille, Comment vivaient-elles les femmes coréennes ? I*, La presse de Chungneunsa, 1999, p. 54.

³⁸ Hyung-Gi JUNG et Kyung-Mi KIM, *op. cit.*, p. 411 et s.

³⁹ Il y a eu deux guerres avec le Japon et une guerre avec la Chine : deux invasions japonaises sur la Corée, ont eu lieu durant les années 1592-1598 (la première invasion entre 1592 et 1593) et la seconde invasion entre 1594 et 1596). Les invasions sont également connues comme les invasions de Hideyoshi

l'invasion du pays. D'autre part, lors de la succession de la dynastie Wang, la dynastie de YI⁴⁰ souhaitant le renforcement du régime, avait dans un premier temps exclu le bouddhisme du domaine politique tout en le maintenant comme religion dans la société coréenne⁴¹. Dans une seconde phase, et à la place, la dynastie YI avait adopté en tant qu'idéologie politique le confucianisme⁴², quoique très peu répandu à cette époque. L'esprit de confucianisme est fondé sur la hiérarchie. Dans cette conception, les hommes étaient supérieurs aux femmes⁴³. Cette inégalité entre l'homme et la femme avait eu, entre autres, pour effet de consolider le féodalisme de la société patriarcale⁴⁴.

de Corée, la Guerre de Sept Ans et la guerre Imjin (en référence à la « Imjin » année du cycle sexagénaire en coréen) ; la première invasion de la Chine (mandchoue) de Corée s'est produite en 1627, quand Hong Taiji a conduit l'armée contre la dynastie de YI Joseon de la Corée : Ouk LEE, *art. préc.*, p. 234 et s.

- ⁴⁰ La dynastie YI a nommé Joseon à la Corée. Le Pays, Joseon, a été fondé en 1392 et a duré jusqu'en 1897.
- ⁴¹ Le bouddhisme a été dès lors, exclu du domaine politique mais maintenu comme religion dans la société coréenne. Le confucianisme avait été choisi comme idéologie politique par la dynastie de YI. La dynastie YI a institué des lois confucianistes en ayant pour but d'effacer l'influence religieuse et la coutume. Car l'esprit du confucianisme était basé sur la hiérarchie patriarcale entre l'homme et la femme, entre le roi et le peuple, entre les plus âgées et les jeunes. Selon la doctrine confucianiste, le peuple a dû obéir au roi, les femmes pour les hommes, les enfants pour leur parent ; Hae-Eun CHUNG, *La réalité du divorce à la dernière période de la dynastie de Joseon dans la société coréenne appliquée par Grand Code, Code chinois, Quarterly review of Korea history (n° 75)*, 2010, p. 93 et s. ; Ouk LEE, *L'histoire du divorce dans la société de Joseon, Histoire ouvrant demain (n° 20)*, 2005, p. 233 et s.
- ⁴² « Cette idéologie désigne un concept très complexe qui peut se définir comme l'harmonie entre l'homme et l'ordre général du monde dans tous les aspects de la vie, depuis l'observation des rites religieux gouvernementaux et familiaux jusqu'aux règles de comportement de vie en société. Le confucianisme signifiait l'ordre hiérarchique, patriarcal dans la société et la famille » : Eun-A KIM, *A special feature of the divorce system in the early Joseon, Étude légale (n° 28)*, Centre de recherche de droit, 2007, p. 207 et s.
- ⁴³ L'inégalité entre les hommes et les femmes existe depuis toujours dans toutes les sociétés patriarcales, et pour ce qui concerne la Corée, le confucianisme de la dynastie des YI dans le pays Joseon, a joué un rôle décisif en la matière. L'inégalité des sexes a amené le développement de la théorie du néo-confucianisme coréen. Une telle théorie a dominé la mentalité coréenne (chinoise et japonaise) pendant des siècles et par conséquent, la société actuelle ne semble pas encore avoir totalement effacé cette empreinte : Sunmi KIM, *La femme coréenne selon la tradition-virtu et éducation de la femme coréenne à l'époque de YI, Extrait de thèse, « Les femmes asiatiques et l'enseignement supérieur en France : rapport au savoir et positionnement social dans les sociétés asiatiques », de doctorat de l'université Paris 8*, 2000. p. 1 et s.
- ⁴⁴ Le statut des femmes a été complètement atténué avec l'intention politique qui voulait alors forcer « les vertus confucianistes » : Hyung-Gi JUNG, *op. cit.*, p. 55 ; Jin-Young KIM et Young-Gun KO, *A historical psychological analysis of the primogeniture of late Joseon, dynasty, Discours 201 (vol. 12, n° 1)*, Association de l'histoire et de la société coréennes, 2009, p. 5 et s. ; Hyung-Gi JUNG et Kyung-Mi KIM, *La vie des femmes coréennes à 17^e siècle I, Bogosa*, 2006, p. 255.

Elle n'est pas restée non plus sans conséquence en matière de divorce. En effet, la loi de 1484, dénommée aussi Code de Sung-Jong⁴⁵, inspirée de l'idéologie confucianiste, prévoyait trois types de divorces dont le régime était fortement marqué par un traitement inégalitaire entre l'homme et la femme⁴⁶.

Ainsi, s'agissant du divorce pour faute, celui-ci est prononcé à l'encontre de la femme, en cas de comportement insolent⁴⁷ aux parents du mari, d'impossibilité d'avoir un garçon, d'adultère, de jalousie, de calomnie, de maladie grave et de vol. Néanmoins, la demande formulée par le mari sur le fondement de l'une de ces sept causes n'est pas recevable lorsque la femme a apporté secours et aide financière au ménage pendant des périodes difficiles⁴⁸, ou lorsqu'elle est dépourvue de moyens pour subvenir à ses besoins ou qu'elle n'a pas de famille pour l'accueillir après le divorce⁴⁹.

Par ailleurs, la violence commise par un époux sur la personne de son épouse, de même que la condamnation pour haute trahison à l'égard du roi prononcée à l'encontre d'un

⁴⁵ Il était appelé Gyeonggukdaejeon, commencé en 1460, rédigé en 1484 et unifié en six parties : la loi administrative fiscale, le droit civil, la loi militaire, le droit pénal, et le droit d'urbanisme. Ce Code était fondé sur le Code chinois, appelé Ta-Ming Lu : Eun-A KIM, *A special feature of the divorce system in the early Joseon*, art. préc., p. 212.

⁴⁶ Sang-Yong KIM, *Le déroulement historique du divorce*, art. préc., p. 140 : « la loi de 1484 prévoyait trois types de divorce : le divorce pour faute, le divorce impératif et le divorce par consentement mutuel ».

⁴⁷ Le traitement injurieux signifiait « les paroles et actions impolies » pour les parents du mari. Au nom de la « vertu » confucianiste, il était demandé d'obéir aux parents du mari pour la femme : Eun-A KIM, *A special feature of the divorce system in the early Joseon*, art. préc., p. 219 et s.

⁴⁸ Par exemple, en cas de maladie du mari. En suite, selon l'idéologie confucianiste, le respect et l'amour filial se perpétuent au-delà de la mort. Il en résulte qu'un cas de décès de l'un de ses parents, l'homme, ici le mari, s'interdit de tout travail rémunérateur, pendant une période de trois ans, mais vit uniquement soit grâce à un héritage, soit par l'aide financière de sa femme : Mi-Souk JANG, *A study on property rights of wife in Edo period - based on reversion of property in the case of divorce -*, *Histoire et frontière* (vol. 60), Comité de histoire de Pusan et Kyung-Nam, 2006, p. 271 ; Sung-Sook KIM, *Le divorce en début de la dynastie YI, Thèses légales (n° 4)*, Institut de droit d'université de Soung-Sil, 1988, p. 120 et s. ; Yong-Sook KIM, *Les femmes coréennes dans l'histoire, Minumsa*, 1990, p. 182 ; Dou-Hun KIM, *L'étude sur les institutions de la famille en Corée*, La presse de l'université de Seoul, 1969, p. 537.

⁴⁹ Il y a plusieurs jugements dans ces Annales : lorsque le mari commettant la faute a demandé la permission au roi de divorcer, sa demande a été rejetée et le roi l'a condamné ; lorsque le mari a demandé son divorce pour faute, le roi l'a refusé et condamné ; quant au divorce pour faute, le roi a condamné et ainsi privé des privilèges de noblesse de mari (Sung-Sook KIM, *Le divorce en début de la dynastie YI, Thèses légales (n° 4)*, Institut de droit d'université de Soung-Sil, 1988, p. 120 et s.).

membre de la famille de l'épouse constituait des causes péremptoires de divorce⁵⁰. C'est ce qu'on appelle le divorce impératif⁵¹.

Enfin, la consultation des Annales de la dynastie YI⁵² révèle que le prétendu divorce par consentement mutuel prévu par la loi de 1484 n'était en réalité qu'une répudiation⁵³ par le mari en raison de l'inégalité entre l'homme et la femme initiée par l'idéologie confucianiste⁵⁴.

En tout cas, il est généralement admis que, bien que prévus par la loi, ces différents types de divorce étaient rarement mis en œuvre. L'affirmation est attestée par la rareté des décisions de divorce enregistrées dans le registre de l'état civil⁵⁵. L'explication provient de la réticence de la société coréenne de l'époque à l'égard du divorce, une honte pour la famille⁵⁶.

En dernière analyse, il apparaît que la loi de 1484, influencée par le confucianisme, a voulu surtout à travers les trois types de divorce, procéder à un contrôle plus rigoureux du

⁵⁰ Hui-Bong LEE, *op. cit.*, p. 215 et s. ; Sung-Sook KIM, *art. préc.*, p. 129 et s.

⁵¹ Jin-Young JUNG, *La compréhension sur la culture traditionnelle coréenne, La presse de Joung-Moun*, 2002, p. 42 et s.

⁵² Désigné de la Corée du Trésor national n° 151, les Annales de la Dynastie Joseon chroniques des événements du règne de 25 rois, de Joseon Taejo, le fondateur de la dynastie, à Cheoljong, couvrant les années 1392 à 1863. Bien que les Annales ont certaines limites, comme un objectif principal sur la cour royale, des distorsions entre les factions, et d'un point de vue qui tend vers la justification morale, elles enregistrent néanmoins les faits historiques de nombreux aspects de la politique, l'économie, la société et la culture de la période Joseon et en tant que tels, constituent des documents historiques fondamentaux pour l'étude de cette époque. En octobre 1997, les Annales ont été enregistrés auprès de l'UNESCO Mémoire du Programme mondial sur http://www.heritage.go.kr/eng/mem/mem_02.jsp.

⁵³ Eun-Hee CHO, *Freiheit der Scheidung und ihre Grenzen - Einverständliche Scheidung und Reform der Einverständlichen Scheidung - Étude sur le droit de la famille (n° 21, vol. 1), The Korean society of family law*, 2007, p. 136 ; « Le divorce-répudiation ne se confond pas logiquement avec ce qu'on appelle le « divorce-échec » de l'union comme le divorce-faillite » : F. BOULANGER, *Droit civil de la famille, Economica*, 1999, p. 386.

⁵⁴ Yong-Sook KIM, *Les femmes coréennes dans l'histoire, Minûmsa*, 1990, p. 156.

⁵⁵ Seung-Il LEE, *The study on revision of Choseon civil law and change of kinship custom in colonial Korea, Étude de la culture Est-asiatique (n° 33), Institut de la culture Est-asiatique de l'université Han-Yang*, 1999, p. 187 : « Le divorce par consentement mutuel était irrecevable à cette époque ».

⁵⁶ Jin-Young KIM et Young-Gun KO, *A historical psychological analysis of the primogeniture of late Joseon, dynasty, art. préc.*, p. 5 et s.

droit de divorcer⁵⁷, en réaction contre la totale liberté en vigueur pendant l'époque précédente marquée par le bouddhisme en matière de divorce⁵⁸.

B. LE DIVORCE AUTORISÉ

Par réaction à l'époque, plus ou moins longue d'interdiction, sans équivoque ou de manière détournée selon le cas, on va assister dans les deux systèmes juridiques à une volonté de reconnaître, dans un premier temps une liberté la plus large possible avant de revenir, dans une seconde phase à une liberté plus ou moins surveillée dans la mise en œuvre du droit au divorce.

Le cas du droit français est significatif à cet égard. Sous l'influence des philosophes du siècle des Lumières, pour qui la liberté individuelle ne pouvait être aliénée par un engagement perpétuel, les révolutionnaires⁵⁹, soucieux de restaurer le caractère contractuel du mariage, ont admis le divorce de manière très large⁶⁰. Aux termes de la loi du 20 septembre 1792⁶¹, le divorce était perçu de façon extrêmement libérale puisqu'il était obtenu non seulement par consentement mutuel, manifesté par simple déclaration devant l'officier d'état civil, mais aussi pour des causes les plus variées invoquées par l'un des époux, voire pour une incompatibilité d'humeur⁶². De même, la législation révolutionnaire a admis que la séparation de fait pendant six mois entraînait automatiquement le divorce et a conféré au maire le pouvoir de prononcer le divorce dans les cas les plus simples (époux

⁵⁷ Jin-Young JUNG, *La compréhension sur la culture traditionnelle coréenne*, op. cit., p. 31 et s.

⁵⁸ Dou-Hun KIM, *L'étude sur les institutions de la famille en Corée*, La presse de l'université de Seoul, 1969, p. 524 ; Jin-Young KIM et Young-Gun KO, *A historical psychological analysis of the primogeniture of late Joseon, dynasty, Discours 201* (vol. 12, n° 1), Association de l'histoire et de la société coréennes, 2009, p. 13 et s. ; Sung-Sook KIM, *Le divorce en début de la dynastie YI, Thèses légales* (n° 4), Institut de droit d'université de Soung-Sil, 1988, p. 104 et s.

⁵⁹ « Le divorce serait une conséquence naturelle et nécessaire de la Déclaration des droits de l'homme » : Anonyme, *L'ami des enfants. Motion en faveur du divorce*, Paris, 1789, cité par F. TERRÉ.

⁶⁰ C. PLESSIX-BUISSET, *Ordre et désordres dans les familles : études d'histoire du droit*, Presses universitaires de Rennes, 2002, p. 9 : « La véritable laïcisation du droit de la famille se produit avec les lois révolutionnaires et le Code civil. Mais, ce transfert ne remet pas en cause, bien au contraire, la hiérarchie familiale et l'autonomie du chef de famille. ».

⁶¹ Le divorce de 1792 était la conséquence logique de la sécularisation du mariage et de la liberté civile : V. DEMARS-SION, *Libéralisation du divorce : l'apport véritable de la loi du 11 juillet 1792 à la lumière de celle du 20 septembre 1792*, RTD civ. 1980, 231 et s.

⁶² V. DEMARS-SION, *L'apport véritable de la loi du 11 juillet 1792 à la lumière de la loi du 20 septembre 1792*, RTD civ. 1980.231.

sans enfants et sans biens)⁶³. En fait, la loi révolutionnaire a permis un divorce par volonté unilatérale⁶⁴.

Certes, il en est résulté un nombre très élevé de divorces pendant cette période révolutionnaire. Mais il faut aussitôt nuancer le constat, car le divorce ayant été interdit jusque là, certains divorces prononcés n'étaient en réalité que la régularisation de séparations depuis longtemps consommées.

Néanmoins, ce système libéral n'a pas manqué de susciter une réaction en sa défaveur. Ainsi, le Code Napoléon de 1804 se chargeait de maintenir le principe du divorce afin de respecter l'idéal républicain, mais aussi en le soumettant, d'une manière générale, à des causes déterminées et limitativement énumérées⁶⁵, et plus particulièrement en cas de divorce par consentement mutuel à des conditions strictes⁶⁶. Dans le discours préliminaire sur le projet de Code civil, la faculté de divorcer, selon Portalis, se trouve liée à la liberté de conscience⁶⁷. Pourtant le divorce pour incompatibilité d'humeur est supprimé et celui par consentement mutuel n'est maintenu qu'à contrecœur⁶⁸. Les auteurs du Code Napoléon, par réaction, n'ont maintenu le principe du divorce qu'au travers de deux cas. Le divorce pouvait être demandé par l'un des époux pour un petit nombre de causes déterminées fondées sur la faute de l'autre rendant intolérable le maintien du lien conjugal. Quant à la séparation de corps, le Code civil l'a rétablie afin de satisfaire les conjoints dont les convictions morales ou religieuses s'accordaient mal avec le divorce mais dont la désunion

⁶³ « Cette législation a eu des effets foudroyants ; à partir de l'an VII, un mariage sur trois fut dissous par divorce » : M. GARAUD et R. SZRAMKIEWICZ, *La révolution française et la famille*, PUF, 1978, p. 77 et s. ; « Un décret des 4-9 floréal an II permettait, en effet, à l'officier de l'état civil de prononcer le divorce au vu d'un simple acte de notoriété délivré par le conseil général de la commune, ou sur l'attestation de six citoyens déclarant que les époux vivaient séparés depuis plus de six mois. L'expérience n'a pas dû être concluante puisque, dès l'année suivante, un décret de la Convention, en date du 15 thermidor an III, a abrogé purement et simplement celui des 4-9 floréal an II » : J. THIERRY, *Le maire, juge du divorce : c'est Montesquieu qu'on assassine*, D. 1998 p. 166.

⁶⁴ V. DEMARS-SION, *art. préc.*

⁶⁵ P. MAULAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 238.

⁶⁶ D. ROUGHOL-VALDEYRON, *Le divorce par consentement mutuel et le Code Napoléon*, RTD civ. 1975.472s.

⁶⁷ « Aujourd'hui la liberté des cultes est une loi fondamentale ; et la plupart des doctrines religieuses autorisent le divorce. » Jean-Etienne-Marie PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil, Le discours et le code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec : Éd. du Juris-classeur, 2004, p. XXXVIII.

⁶⁸ J.J. LEMOULAND, *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?*, D. 1997, p. 133 et s.

était réelle. Celui du Code civil de 1804 a imposé un modèle, celui de la famille légitime, patriarcale, autoritaire et bourgeoise⁶⁹.

Après l'intermède de la Restauration en 1816 qui a supprimé le divorce⁷⁰, il faudra attendre la fameuse loi Naquet du 27 juillet 1884⁷¹ pour qu'il soit enfin rétabli, sous la forme exclusive du divorce-sanction tant dans ses causes qu'au regard de ses effets⁷².

Depuis, on ne s'interrogeait plus sur la nécessité d'interdire le divorce⁷³. Les interventions législatives postérieures, notamment la loi du 11 juillet 1975⁷⁴ avaient surtout pour objet de réformer le divorce sur les trois axes fondamentaux à savoir les types de divorce⁷⁵, la procédure et les conséquences du divorce⁷⁶.

⁶⁹ Le Code civil de 1804 réintroduisit le principe d'indissolubilité du mariage assorti de dérogations dans des cas exceptionnels. Demeurait le divorce par consentement mutuel ouvert sous des formes et à des conditions très rigoureuses et celui sur demande d'un conjoint pour des causes précises qui supposaient la faute d'un époux. Sous l'empire du Code Napoléon, une cinquantaine de divorces annuels ont été recensés : L. ATTUEL-MENDÈS, *Le divorce du XXI^e siècle : un retour aux causes de divorce issues de la pratique judiciaire sous la loi Naquet ?*, *Dr. famille* (n° 93), 2004, p. 3 et s.

⁷⁰ I. THÉRY, *Le démariage*, *op. cit.* p. 59 et s. ; « Cette loi maintenait la séparation de corps » : J.-L. GAZZANIGA, *Le divorce de la législation révolutionnaire à la loi de 1884*, *Colloque de Pau des 24-25 novembre 1983*, Petites affiches 20 avril 1984, p. 7.

⁷¹ La loi de 1884 posée en termes politiques est liée à la victoire républicaine des élections de 1880. Le droit du divorce était une revanche sur la Restauration et la réaction. C'est une loi de compromis : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 238.

⁷² Les chiffres ont révélé la progression constante du nombre des divorces : 1885 : 3 000 ; 1910 : 13 000 ; 1939 : 24 000 : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 238.

⁷³ Le divorce devient peut-être trop léger, « *ne fonde plus rien, ne délie plus de rien* » : A. OLIVIER, *Le mariage a-t-il encore un avenir ?*, Bayard, 2005, p. 19.

⁷⁴ « *Le législateur a traduit à travers le divorce ce que le mariage ne doit pas être et par là même ce qu'il doit être pour que les époux et la société en reconnaissent la légitimité et la durée : fondé sur un consentement durable, matérialisé par une communauté de vie affective et moralisé par les devoirs et égard que chacun doit à son conjoint* » : C. COLOMBET, *La famille*, PUF, 3^e éd., 1994, p. 283.

⁷⁵ Le divorce-sanction, le divorce-faillite ou le divorce-consentement ; « *Tous les mariages ne meurent pas de la même mort* » : G. CORNU, *La famille*, Montchrestien, 9^e éd., 2006, p. 479.

⁷⁶ L'on se battrait moins autour du prononcé du divorce si les effets du divorce ne dépendaient pas de la cause de divorce ; La loi du 11 juillet 1975 était différente des précédentes et ne reflétait pas la doctrine politique. Cette réforme était le résultat de l'évolution des données sociales. Un changement considérable des comportements et des mentalités s'est fait jour dans les années 60. Une grande permissivité des mœurs est bientôt tolérée, le bonheur individuel devient la valeur suprême. Le mariage peut apparaître comme un frein à la liberté personnelle (P. COURBE, *Droit de la famille*, Dalloz-Sirey, 2008, p. 123) ; Le phénomène du pluralisme familial doit beaucoup à la variété des conceptions idéologiques, politiques, religieuses, culturelles, parfois même économique, de chacun (C. CIÉMENT et O. ROY, *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 13) ; en 1990, le nombre de divorces selon les différents cas, 43 373 (faute), 42 416 (demande conjointe), 14 516 (demande accepté), 1 583 (rupture de la vie commune) sur 105 891 (total) (M. FRANCE et N. MAGUIN, *op. cit.*, p. 28 et s.).

Hormis la période comprise entre 1484 et 1922, marquée par l'influence du confucianisme et par voie de conséquence l'interdiction du divorce, on peut distinguer deux époques pendant lesquelles le divorce était librement autorisé⁷⁷.

D'une part, avant le 15^e siècle, l'accès au divorce était ouvert autant aux nobles et à la famille royale⁷⁸ qu'au peuple. En effet, ni la coutume, ni le bouddhisme⁷⁹, pourtant reconnue religion d'État, n'avaient vocation à régir la vie familiale, perçue comme une sphère privée⁸⁰. Le mariage y était considéré comme un contrat, la relative liberté⁸¹ du divorce en est la conséquence⁸².

D'autre part, après la colonisation de la Corée, à l'époque sous dynastie YI, par le Japon en 1910, les autorités d'occupation ont adopté vis-à-vis du droit au divorce une attitude pour le moins surprenante⁸³. D'abord, le régime colonial a décidé de laisser les règles coréennes en vigueur en matière familiale et successorale⁸⁴. Ce qui a eu notamment pour

⁷⁷ Hui-Bong LEE, *op. cit.*, p. 213.

⁷⁸ Hyung-Gi JUNG, *Le mariage et la famille, op. cit.*, p.73 ; Il y a eu deux rois qui se sont mariés avec des femmes divorcés à la fin de 14^{ème} siècle. Dans la dynastie de WANG, Goryeo (918-1392), le roi *Choun-suk* s'était marié avec une femme divorcée qui s'appelait Mme *Gyun (Sou-bi)* et le roi *Choun-lul* aussi avec Mme. *Souk-chang* d'empire Mongol : Jin-young JUNG, *La compréhension sur la culture traditionnelle coréenne, La presse de Joung-Moun*, 2002, p. 23 et s. ; Bu-Young LEE, Yel-Gou KIM, et Il-Sang LEE, *L'image traditionnelle de la femme coréenne, Presse de Dae-Woo, Minumsa*, p. 126.

⁷⁹ Avant cette dynastie WANG, la Goryeo (918-1392), dans l'autre dynastie KIM, la Sil-la (57-935), le 23^{ème} roi *Bub-hung* a consacré que le bouddhisme était la religion d'État en 528. Les idées générales du bouddhisme était fondé sur l'humanité et l'égalité du peuple mais en Corée, il avait pour objectif d'unifier l'esprit du peuple pour se défendre contre les pays ennemis : Byung-Ho PARK, *La loi et la société traditionnelle, op. cit.*, p. 139.

⁸⁰ Byung-Ho PARK, *La loi et la société traditionnelle, La presse de l'université de Seoul*, 1990, p. 142 et s. ; Dou-Hun KIM. *L'étude sur les institutions de la famille en Corée. La presse de l'université de Seoul*. 1969. p. 290 ; Bu-Young LEE, Yel-Gou KIM, et Il-Sang LEE, *op. cit.*, p. 112.

⁸¹ Sang-Yong KIM, *Le déroulement historique du divorce, art. préc.*, p. 139.

⁸² Hui-Bong LEE, *L'étude pour le développement et l'avancement du droit de la famille, L'étude du droit de la famille coréen par professeur Gwang-Hyeon JEONG. Seoul : La presse de l'université de Seoul*, 1967, p. 213.

⁸³ Afin de faciliter l'application de la politique coloniale, la coutume coréenne était obligée de suivre le Code civil japonais fondé en 1898 par le régime japonais : Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 162 ; Yong-Han KIM, *Le nouveau droit de la famille et des héritages, Bakyounsa*, 2002, p. 211.

⁸⁴ « *Le régime japonais a prononcé le décret civil de Joseon (numéro 7) le 18 mars 1912 dont l'article 11 prévoyait que la partie du droit de la famille et de l'héritage pouvaient exceptionnellement succéder la coutume traditionnelle coréenne* » : Jou-Sou KIM, *Retrospect of family law and its emerging agenda, Étude sur le droit de la famille (n° 23, vol. 1), The korean society of family law*, 2009, p. 7.

effet de maintenir l'interdiction du divorce par consentement mutuel⁸⁵. Puis, une intervention législative de 1922 connue sous le nom de décret civil de Joseon (numéro 13), en son article 11 alinéa 2⁸⁶ prévoyait non seulement le divorce par consentement mutuel⁸⁷, mais aussi le divorce pour faute⁸⁸. Ce changement d'attitude du régime colonial appelle deux observations. Une lecture attentive de l'article 11 précité fait d'abord apparaître que celui-ci n'est qu'une copie de l'article 808 du Code civil japonais. Il en résulte, et c'est la seconde remarque, la réception de ces deux types de divorce, comme partie intégrante de la coutume coréenne⁸⁹.

Après l'indépendance de la Corée en 1945⁹⁰, le principe même de liberté de demander le divorce n'a pas été remis en cause. En revanche, l'attention du législateur coréen a été

⁸⁵ « Cette perspective était maintenue dans la réponse du ministre judiciaire du 9 avril 1914 : le régime japonais exprimait que, en la coutume coréenne, le divorce par consentement mutuel était interdit. Le ministre judiciaire a déclaré que le divorce par consentement mutuel est une coutume coréenne par le décret du 19 avril 1915 » (Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 161) ; Seung-Il LEE, *The study on revision of Choseon civil law and change of kinship custom in colonial Korea, Étude de la culture Est-asiatique* (n° 33), Institut de la culture Est-asiatique de l'université Han-Yang, 1999, p. 191 et s. ; Bu-Young LEE, Yel-Gou KIM, et Il-Sang LEE, *op. cit.*, p. 115 ; *Rapport de réponse et question sur la coutume coréenne, Le ministère judiciaire de colonie Joseon (Corée)*, 1933, p. 177 et s. ; *Règles du registre d'état civil coréen, Le ministère judiciaire de colonie Joseon (Corée)*, 1917, p. 96 et s. ; Hee-Jung KWON, *The change of Korean family in the colonial period: focusing on divorce cases, Cross-cultural studies* (vol. 11, n° 2), Institute for cross-cultural studies, 2005, p. 35 et s.

⁸⁶ Selon le décret 11 pour le Code civil de Joseon (la loi n° 154 du 18 décembre 1922), la loi japonaise s'appliquait en pratique aux coréens, de sorte que les règles japonaises sur le divorce pour faute se sont appliquées à partir du 1^{er} juillet 1923 avec le divorce par consentement mutuel (Gwang-Hyeon JEONG, *Le nouveau droit de la famille, La presse de l'université de Seoul*, 1967, p. 212).

⁸⁷ Le divorce par consentement mutuel prenait effet avec la déclaration à la mairie : Kenedene keikichi (原典慶吉), *Étude historique du Code civil japonais (日本民法典の史的)*, 1952, p. 138.

⁸⁸ Selon l'article 813 du Code civil japonais, l'époux pouvait demander le divorce dans les cas suivant : la bigamie (n° 1) ; l'adultère de l'épouse (n° 2) ; la condamnation à peine pénale (n° 3) ; la peine de mort ou la peine pécuniaire de vol ou cambriolage ou fraude (n° 4) ; les injures ou l'insulte grave de ne pas maintenir le lien conjugal (n° 5) ; l'abandon d'époux avec mauvaise volonté (n° 6) ; le traitement injurieux des parents d'un conjoint pour l'autre conjoint (n° 7) ; le traitement injurieux envers les parents d'un des époux par l'autre époux (n° 8) ; l'absence d'un des époux pendant plus de trois ans (n° 9) : Jou-Sou KIM, *L'étude du mariage, op. cit.*, p. 159 ; Gwang-Hyeon JEONG, *Le nouveau droit de la famille, La presse de l'université de Seoul*, 1967, p. 244.

⁸⁹ Seung-Il LEE, *The Joseon governor general office's policy of Joseon people registration - Changes occurred during the 1910s -, in terms of the basic registration units which comprised the civilian registers and residence registration charts (Legislative policy of the government-general in the 1910s), La société et l'histoire* (n° 67), Institut de la société et l'histoire coréennes, 2005, p. 6 et s. ; Sahng-Hyeog IHM, *A study on the legal thoughts of JEONG Gwang Hyeon under the Japanese colonial policy to change Korean name, Étude sur le droit de la famille* (n° 23, vol. 1), *The Korean society of family law*, 2009, p. 93 et s.

⁹⁰ La deuxième guerre mondiale a conduit la décolonisation de la Corée par le Japon le 15 août 1945. Pourtant, malgré cette libération, la Corée était en chaos d'idéologies : marxisme, démocratisation,

attirée sur la nécessité d'envisager des réformes plus ou moins profondes relativement à l'exercice de cette liberté.

L'examen des interventions législatives successives permet alors de constater une évolution orientée dans deux directions⁹¹.

D'une part, on assiste à la volonté de préserver l'égalité entre époux dans l'exercice de cette liberté de divorcer. Ainsi, sous l'influence du mouvement d'émancipation de la femme⁹², la loi du 22 février 1958 (n° 471), appliquée à partir du 1^{er} janvier 1960 a supprimé l'inégalité entre la femme et l'homme, en accordant également à l'épouse la possibilité de demander le divorce pour faute en cas d'adultère de l'époux⁹³.

Toutefois, il s'est avéré que dans certains cas cette égalité était plutôt fictive que réelle. C'est pourquoi, l'intervention du législateur était rendue nécessaire pour limiter, d'autre part, l'abus dans l'exercice de cette liberté de divorcer. A ce propos, le législateur de 1958 a maintenu le droit de demander le divorce par consentement mutuel hérité du régime japonais. Nous avons vu⁹⁴ qu'une procédure excessivement simple caractérisait ce type de divorce. Il suffit d'une déclaration conjointe des époux pour permettre à l'officier d'état civil de prononcer le divorce. Ainsi conçu, le divorce par consentement mutuel a fait l'objet de multiples critiques de la part de la doctrine majoritaire en Corée du Sud⁹⁵.

nationalisme, capitalisme, socialisme etc. Ces conflits d'idées ont entraînés la répartition actuelle de la Corée. De plus, la Corée du Nord a envahi la Corée du Sud le 25 juin 1950 jusqu'au 27 juillet 1953. Ces situations politiques compliquées ont ralenti la rédaction des réformes de loi (Hui-Bong LEE, *L'étude du droit de la famille coréen écrite par professeur Gwang-Hyeon JEONG, Université de Seoul légale* (n° 4, vol. 2), 1967, Centre de droit de l'université de Seoul, p. 210.)

⁹¹ Yong-Han KIM, *Le nouveau droit de la famille et des héritages*, op. cit., 2002, p. 191.

⁹² Sang-Yong KIM, *Réflexion socio-légale sur les causes de l'augmentation des taux de divorce*, op. cit., p. 39 ; Jou-Sou KIM, *La problématique sur le droit de la famille et le registre de la famille, Jurisprudence administrative* (n° 14, vol. 4), Institut coréen de jurisprudence administrative, Revue de la jurisprudence, Administration Judiciaire, 1973, p. 48.

⁹³ Yong-Han KIM, op. cit., p. 220 ; « *Le législateur a supprimé l'inégalité entre la femme et l'homme sur les causes du divorce contentieux avec l'influence du mouvement d'émancipation des femmes* » : Sang-Yong KIM, *Réflexion socio-légale sur les causes de l'augmentation des taux de divorce*, op. cit., p. 39.

⁹⁴ « *Le législateur de 1958 a pourtant maintenu la forme du divorce par consentement mutuel qui s'est établi sous le régime japonais* » : Sang-Yong KIM, *Le déroulement historique du divorce*, art. préc., p. 145.

⁹⁵ Dans le rapport de projet du Code civil proposé par Hyeng-Il JUNG avec trente-trois députés (p. 16 et s.) : dans le rapport pour établir le Code de procédure familiale, « *ce divorce par consentement mutuel est utilisé par le mari qui est supérieur sur la puissance économique par rapport à la femme sous le régime de la séparation de biens. Vu que l'égalité économique entre les deux époux n'est pas réalisée, ce type de divorce apparaît comme une répudiation. En outre, en considérant la statistique qui est que 98 % des époux choisissent le divorce par consentement mutuel, il est nécessaire de suppléer des règles de*

On a d'abord rappelé qu'en pratique, du fait de l'inégalité, notamment d'origine économique, entre l'homme et la femme, ce qui était présenté comme un divorce par consentement mutuel⁹⁶ n'était en réalité qu'une répudiation, décidée unilatéralement par le mari⁹⁷.

Ensuite on n'a pas manqué de relever que contrairement à l'idéologie en vigueur sous le régime colonial japonais, le divorce, y compris par consentement mutuel devait être la suite d'une sanction judiciaire du dysfonctionnement d'une institution⁹⁸.

Autrement dit, sous prétexte de parallélisme des formes avec le mariage fondé sur l'autonomie de la volonté, il ne faut point renoncer au passage devant le juge lors du divorce⁹⁹. En effet, les époux sont, certes, en plein accord au moment du mariage, mais le divorce, par définition conflictuel, met en jeu des intérêts divers et variés que le juge a pour

prévention pour le dommage-intérêt, la prestation compensatoire des époux » : Yong-Han KIM, *Le nouveau droit de la famille et des héritages*, Bakyoungsa, 2002, p. 226 ; « *s'il suffit que les époux déclarent le divorce par consentement mutuel à l'officier d'état civil, ce divorce n'est pas une acte juridique* » (Gwang-Hyeon JEONG, *op. cit.*, 1967, p. 186 et s.).

⁹⁶ La procédure du divorce par consentement mutuel était excessivement simple pour maintenir l'équité des deux époux : Hye-Shin BANG, *L'étude sur le divorce par consentement mutuel, Thèses légales d'Université de Dankook (n° 28), Institut d'étude juridique de l'université Dan-kouk*, 2004, p. 433 et s. ; Sang-Yong KIM, *Die einverständliche Scheidung in rechtsvergleichender Sicht -Ein Vorschlag zur Reform der koreanischen einverständlichen Scheidung (Le divorce par consentement mutuel dans la perspective comparative à l'égard d'une proposition de réforme de divorce), Bub-Jo (n° 53, vol. 11), 2004, p. 29* ; Mae-Kyung KIM, *Comment va-t-on changer le divorce par consentement mutuel ?, Conciliation familiale (n° 7), Consultants du tribunal familial de Séoul*, 2005, p. 36 ; Eun-Hee CHO, *Freiheit der Scheidung und ihre Grenzen - Einverständliche Scheidung und Reform der Einverständlichen Scheidung -, Étude sur le droit de la famille (n° 21, vol. 1), The korean society of family law*, 2007, p. 135.

⁹⁷ Hwa-Soun BEUN, *Le changement social et économique pour les femmes divorcées, Korean women's development institute*, 2006, p. 59 et s. ; Il y a eu quelques procès pour la nullité du divorce fictif par consentement mutuel après l'examen sur la volonté des époux par l'officier de l'état civil (La Cour suprême 75do1712, le 19 août 1975 ; La Cour suprême 76do107, le 14 septembre 1976) : Jou-Sou KIM, *La problématique sur le droit de la famille et le registre, Jurisprudence administrative (n° 14, vol. 4), Institut coréen de jurisprudence administrative, Revue de la jurisprudence, Administration Judiciaire*, 1973, p. 43.

⁹⁸ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Divorce et contrat, La contractualisation de la famille, Economica*, 2001, p. 67 ; Jou-Sou JUNG, *Problématique sur la procédure à l'égard de la déclaration du divorce par consentement mutuel par les époux, Bub-Jo (n° 32, vol. 10), 1983, p. 76 et s.*

⁹⁹ « *Le divorce par consentement mutuel apparaissait ainsi comme le contrarius actus du mariage car les époux pouvaient divorcer aussi librement qu'ils se mariaient. Il paraissait que le maire avait le pouvoir de prononcer le divorce par consentement mutuel* » : Jou-Sou KIM, *L'examen de la déclaration entre le divorce par consentement mutuel et le mariage, Jurisprudence administrative (n° 4, vol. 9), Institut coréen de jurisprudence administrative*, 1963, p. 53.

mission de protéger, ceux des enfants mais aussi du conjoint le plus faible¹⁰⁰. Faut-il, au passage, observer que le droit français, n'a pas échappé à la tentation de la déjudiciarisation du divorce¹⁰¹.

Face à ces critiques, les réformes opérées par le droit sud-coréen, visant à limiter l'abus dans l'exercice de la liberté de divorcer, notamment par consentement mutuel, consistait à mettre en place un contrôle effectif de la réalité de la volonté des époux dans ce type de divorce.

Assuré, pendant un temps, par l'officier d'état civil en vertu de l'article 79-2 du Code de registre de la famille, entré en vigueur le 1^{er} octobre 1963 (la loi n° 1377 du 31 juillet 1963)¹⁰², le contrôle de la volonté libre et réelle des époux¹⁰³ appartenait désormais au juge du tribunal familial après la réforme partielle initiée par la loi de 1977¹⁰⁴.

Toujours est-il que les critiques incessantes formulées à l'encontre du divorce par consentement mutuel¹⁰⁵, ajoutées aux divergences d'opinions à l'égard de ce type de

¹⁰⁰ Sang-Yong KIM, *Le déroulement historique du divorce, art. préc.*, p. 152.

¹⁰¹ « *La déjudiciarisation est une bonne chose quand elle est consentie, elle est injurieuse quand elle est imposée* » : X. LABBÉE, *Le divorce par notaire, D.* 2008, p. 144 ; Il ne s'agit que d'un projet de réforme ne concernant que les divorces par consentement mutuel sans enfants et sans litiges patrimoniaux, ce projet est loin de faire l'unanimité (*Le divorce est-il l'affaire des avocats ou des notaires ?*, *Le Figaro magazine*, 5 janvier 2008, p. 26) ; C'est-à-dire un divorce sans juge a été proposé par le gouvernement français (B. BEIGNIER, *Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire, Dr. famille* (n° 4), 2008, p. 9). Vers un divorce sans juge ? La polémique vient d'être relancée par le gouvernement. La Commission présidée par Irène Théry en 1999 s'était prononcée en faveur d'une telle innovation lorsque les époux divorçant n'ont aucun conflit ni sur le principe du divorce, ni sur ses effets, qu'ils se sont organisés par eux-mêmes et ne ressent pas le besoin de faire homologuer par le juge une convention réglant les conséquences de leur séparation (O. JACOB, *Couple, filiation, parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, La documentation française*, 1998, p. 188) : H. HULCHIRON, *Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce notarial)*, *D.* 2008, p. 365.

¹⁰² « *Le prononcé du divorce par consentement mutuel par le maire violait le principe de la séparation des pouvoirs* » : Jou-Sou KIM, *La problématique sur le droit de la famille et le registre de la famille, Jurisprudence administrative* (n° 14, vol. 4), *Institut coréen de jurisprudence administrative, Revue de la jurisprudence, Administration Judiciaire*, 1973, p. 43 ; « *Ce divorce résultait de la déclaration des époux exprimée devant l'officier de l'état civil et sa procédure constituait la violation du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires* » : Seung-Mi NHO, *La solution et réflexion sur le divorce, Travail social* (n° 8), *La faculté des sciences humaines de l'université E-Wha*, 1973, p. 45 et s.

¹⁰³ Jou-Sou KIM, *À l'égard du divorce par consentement mutuel, Justice de droit d'université de Kyung Hee* (vol. 10, n° 1), *Institut de droit d'université de Kyung Hee*, 1972, p. 159.

¹⁰⁴ La loi n° 3051 du 31 décembre 1977.

¹⁰⁵ « *Car ce divorce par consentement mutuel semblait un divorce forcé. Le consentement mutuel était parfois dominé par l'influence de la pression et le pouvoir du plus fort : le chantage sur les enfants, sur*

divorce ont eu pour effet de retarder l'adoption d'une véritable réforme, pourtant nécessaire¹⁰⁶. Mais c'est déjà parler des modalités, donc du droit du divorce.

§ 2. LE DROIT DU DIVORCE

Une fois admis le principe du divorce, le problème est désormais de modalités. Plus précisément, il s'agit de répondre, dans les deux systèmes juridiques, à la question de savoir quel droit pour le divorce¹⁰⁷.

Toutefois, la réponse à la question suppose, préalablement, l'examen des considérations politiques, économiques, sociales voire religieuses qui président généralement à l'élaboration des lois¹⁰⁸.

En effet, ici comme ailleurs, davantage encore en matière de divorce, nous sommes prévenus du danger de « méconnaître le particularisme des nations, en voulant effacer la diversité des sociétés temporelles sous la supériorité d'une idéologie spirituelle »¹⁰⁹.

Ceci posé, nous avons vu, jusqu'ici, aussi bien en France qu'en Corée du Sud, que les bouleversements de la législation du divorce pouvaient, notamment s'expliquer par des

la condition économique (les biens, l'argent, le logement etc.) » : Beum-Suk JUNG, *A study on divorce by agreement, Review Paradise* (vol. 10, n° 1), Université de Kun-Kuk, 1975, p. 43 et s. ; Jou-Young KIM, Jin-Gyung SONG, et So-Jung SHIN, *Étude comparative sur le changement des caractères du divorce les années 70, 80, et 90, Management familial* (vol. 15), Institut du management familial de l'université de Sungkyunkwan, 1996, p. 234 et s. ; Yong-Han KIM, *La déclaration sur le divorce par consentement mutuel, BUB-JUNG*, 1960, p. 36 ; Jou-Sou KIM, *L'examen de la déclaration entre le divorce par consentement mutuel et le mariage, art. préc.*, p. 47 et s. ; Seung-Mi NHO, *art. préc.*, p. 54 et s.

¹⁰⁶ Jou-Sou KIM, *Retrospect of family law and its emerging agenda, Étude sur le droit de la famille* (n° 23, vol. 1), *The korean society of family law*, 2009, p. 18.

¹⁰⁷ « Si le divorce divise un couple, la question du divorce peut diviser une nation » : J. CARBONNIER, *La question du divorce, Mémoire à consulter, Recueil Dalloz Sirey*, 1975, Chron. XX, p. 122 ; Jou-Young KIM, Jin-Gyung SONG, et So-Jung SHIN, *Étude comparative sur le changement des caractères du divorce les années 70, 80, et 90, Management familial* (vol. 15), Institut du management familial de l'université de Sungkyunkwan, 1996, p. 223 et s.

¹⁰⁸ Les sources réelles du droit : S. DRUFFIN-BRICCA et L.-C. HENRY, *Introduction générale au droit, Gualino*, 2007, p. 2.

¹⁰⁹ P. MALAURIE, *La pensée juridique de JEAN CARBONNIER, Defrénois* (n° 22), 2005, p. 1755 et s. : « Il est encore plus hostile au droit européen, qui ignore la diversité de l'Europe, écrase ses coutumes et son pluralisme et la diversité de ses climats, malgré Montesquieu : « il impose le gel des terres, les jachères obligatoires, les paysans retraités d'office, promus concierges d'un parc de loisirs ». Il croit « au non-droit européen, c'est-à-dire non au droit européen » ; Yong-Han KIM, *Le nouveau droit de la famille et des héritages, op. cit.*, p. 231.

raisons politiques. Rappelons-nous en France, le passage de l'ancien régime à la période révolutionnaire¹¹⁰. Le même phénomène s'est produit en Corée du Sud à la suite de l'implantation du régime colonial japonais qui a imposé le confucianisme comme idéologie politique¹¹¹.

Mais, il est acquis que le droit, en notre matière comme dans d'autres, puise également sa source dans les métamorphoses qu'a connues respectivement la société française et sud-coréenne au cours des dernières décennies. L'évolution des rapports sociaux s'est traduite par un changement important dans les comportements et les valeurs¹¹².

A ce propos, il est devenu classique de faire observer en France « *une relative permissivité des mœurs, et un attachement plus marqué pour le bonheur individuel* »¹¹³. En Corée du Sud, l'évolution était davantage marquée par la recherche de l'égalité entre l'homme et la femme. Il en était ainsi, entre autres, dans le domaine de l'accès à l'instruction¹¹⁴.

Parallèlement, le mouvement d'émancipation des femmes a conduit celles-ci, aussi bien en France qu'en Corée du Sud à exercer une activité professionnelle hors du foyer. Il en est résulté une indépendance économique d'une part, une remise en cause de la répartition des rôles au sein de la famille d'autre part. L'indépendance des époux va jouer un rôle plus important dans l'organisation des relations familiales¹¹⁵.

Dans ces conditions, on a d'abord assisté au phénomène d'accroissement du divorce qui s'est considérablement accéléré¹¹⁶. Ensuite, chaque fois que l'on a constaté une

¹¹⁰ Cf. la partie de « Le divorce interdit (A) » et « Le divorce autorisé (B) ».

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 1999, p. 2.

¹¹³ P. COURBE, *Le divorce*, Dalloz-sirey, p. 3 et s.

¹¹⁴ Sang-Yong KIM, *Le déroulement historique du divorce*, art. préc., p. 145 et s. ; Jou-Sou KIM, *L'évolution du droit de la famille*, art. préc., p. 332 et s. ; Kun-Sik LEE, *Concrete and abstract grounds for divorce*, *Study of social science* (n° 1), *Social Science Research Institute of Yonsei University*, 1965, p. 73 ; Bong-Hee HAN, *Les causes de divorce faillite*, *Droit privé* (n° 3), *Centre de recherche du droit privé*, 1982, p. 71 et s.

¹¹⁵ Choon-Soo AN, *CEFL und die Prinzipien zum europäischen Familienrecht betreffend Ehescheidung und nahehelcher Unterhalt*, *Étude sur le droit de la famille* (n° 20, vol. 3), *The korean society of family law*, 2006, p. 223 et s. ; Beum-Suk JUNG, art. préc., p. 45.

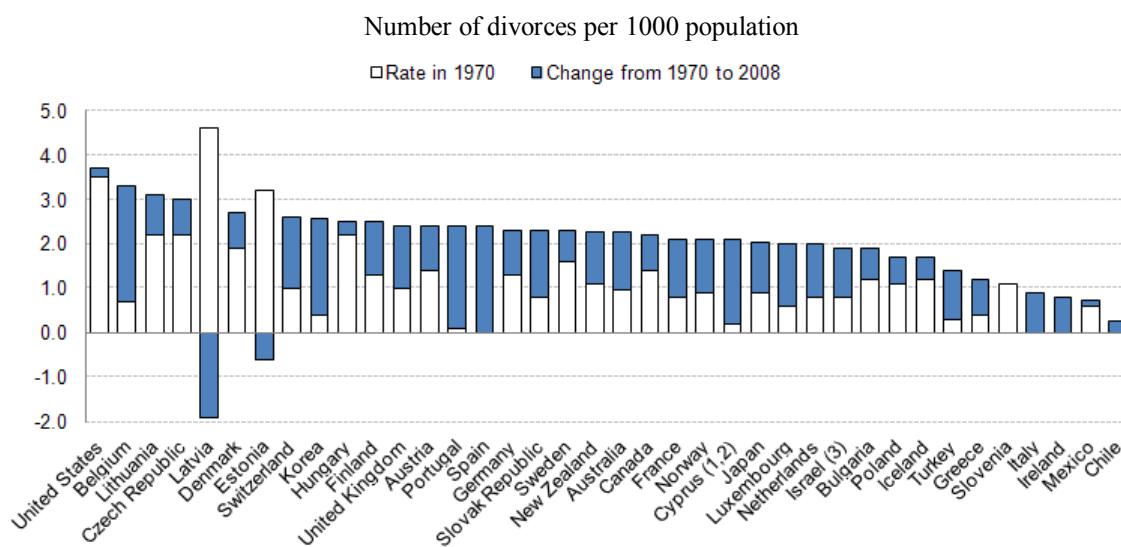
¹¹⁶ L'année de 1910, le nombre des divorces était 13 000 (en France) (P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 239) ; L'année de 1914, le nombre des divorces était 8 976 (en Corée) (Seung-Il LEE, *The study on revision of Choseon civil law and change of kinship custom in colonial Korea*, *Étude de la*

discordance entre l'état des textes en vigueur et l'état sociologique, une réforme était intervenue.

En France, nous avons vu que la loi Naquet¹¹⁷ a rétabli de manière définitive le divorce. Toutefois cette restauration du divorce était loin d'être satisfaisante. En effet, le divorce ne pouvait être prononcé qu'à l'encontre d'un époux coupable, du reste condamné aussi à assumer les conséquences notamment financières de la rupture. Ce système de divorce pour faute avait pour inconvénient majeur d'inciter les époux à créer de toutes pièces la preuve de faute prétendument commise par l'un ou l'autre. Or, lorsque la vie commune est devenue intolérable, ce sont souvent les deux époux qui en sont généralement responsables. Il est alors évident que tout était réuni à rendre le système issu de la loi de 1884 inacceptable à une époque où la liberté individuelle caractérisait désormais la conception de la famille par la société française.

culture Est-asiatique (n° 33), Institut de la culture Est-asiatique de l'université Han-Yang, 1999, p. 199 et s.). Et 61 000 en France (l'année de 1974) et 16 453 en Corée du sud (l'année de 1975), le nombre des divorces arrive à 130 601 en France et 124 000 en Corée du Sud à l'année de 2009 (selon la statistique, sur http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=NATnon02326 pour la France et http://www.index.go.kr/egams/stts/jsp/potal/stts/PO_STTS_IdxMain.jsp?idx_cd=1580&idx_kormm=%C3%D1%20%C0%CC%C8%A5%B0%C7%BC%F6%20%B9%D7%20%C1%B6%C0%CC%C8%A5%C0%B2 pour la Corée du Sud). Selon l'enquête d'OECD sur <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/40321815.pdf>, le nombre de divorce a augmenté en France et en Corée du Sud (KOREA) en 2008 en comparaison de l'année 1970.

Chart SF3.1.E: The increase in crude divorce rates from 1970 to 2008*



¹¹⁷ Loi Naquet du 27 juillet 1884.

C'est ainsi que la loi du 11 juillet 1975 était intervenue pour réaliser une refonte fondamentale du divorce aussi bien en ce qui concerne les causes que s'agissant des effets du divorce. Cette réforme qui, nous dit-on, jouissait d'une incontestable haute qualité technique¹¹⁸ fut alors poursuivie par les interventions législatives postérieures, notamment la loi du 26 mai 2004¹¹⁹.

Par comparaison, on s'explique également, en Corée du Sud la nécessité d'une réforme de l'institution par l'évolution de l'état sociologique. Ainsi la préférence accordée par les époux candidats au divorce en faveur de la procédure par consentement mutuel¹²⁰ a eu pour effet de donner à la réforme législative un caractère sélectif. Les critiques et inquiétudes formulées à l'encontre de la simplicité excessive de la procédure et les insuffisances des lois respectives de 1958¹²¹, 1962¹²² et 1977¹²³ notamment sur les conséquences du divorce à l'égard des enfants rendaient nécessaires la réforme du divorce par consentement mutuel¹²⁴.

¹¹⁸ A. BÉNABENT, *La réforme du divorce article par article*, *op. cit.*, p. 8 et 9 ; sans doute en grande partie grâce aux travaux de haute tenue de la « *commission Dekeuwer-Desfossez* » précédemment évoquée, on sent que les mécanismes procéduraux et les préoccupations issues des difficultés rencontrées dans la pratique quotidienne ont été très bien maîtrisés, et traités le plus souvent avec une imagination pertinente. Ce qui donne en définitive à la loi le tour général d'une excellente amélioration technique de la loi de 1975 bien plus que d'une véritable « *réforme* » en profondeur.

¹¹⁹ Rapport n° 120 de M. Patrice GÉLARD au nom de la commission des lois du Sénat, p. 14 et rapport n° 1513 de M. Patrick DELNATTE à l'Assemblée nationale, p. 15 ; J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *art. préc.*, p. 3.

¹²⁰ Dans la statistique, la moyenne des époux qui choisissaient le divorce par consentement mutuel dans les années 60, était de 96 % des époux divorcés. Le nombre des divorces contentieux était de 16 405 (13 %) à comparé du divorce par consentement mutuel qui était de 107 897 (86, 7 %) en 2006 (Dans le rapport d'établissement du tribunal familial ; L'année 1960, 7 016 des époux ont divorcé en Corée du Sud) : Sang-Yong KIM, *Le droit de la famille et la société changée*, *art. préc.*, p. 458 ; L'année (divorce par consentement mutuel / divorce contentieux) : 1996 (64 402 / 14 815) ; 1997 (73 863 / 16 833) ; 1998 (97 231 / 19 028) ; 1999 (98 387 / 18 859) ; 2000 (99 797 / 19 213) ; 2001 (111 349 / 22 620) ; 2002 (121 508 / 22 693) ; 2003 (143 195 / 22 279) ; 2004 (117 268 / 20 984) ; 2005 (110 747 / 16 433) ; 2006 (107 897 / 16 405) ; 2007 (105 055 / 18 871) ; 2008 (90 752 / 25 766).

¹²¹ La loi du 22 février 1958 (n° 471).

¹²² La loi du 31 décembre 1962 (n° 1250).

¹²³ La loi n° 3051 du 31 décembre 1977.

¹²⁴ Sang-Yong KIM, *Le droit de la famille et la société changée*, *art. préc.*, p. 471.

Curieusement, le désintérêt du législateur sud-coréen à l'égard du divorce contentieux s'expliquait alors, semble-t-il, par la défaveur des justiciables pour ce type de divorce¹²⁵. Par ailleurs, il apparaît que la reconnaissance de l'égalité entre l'homme et la femme au détriment de la supériorité du mari dans le couple a favorisé en matière de divorce le passage d'une institution conçue comme un acte privé vers un divorce entendu comme un acte public. Nous avons vu¹²⁶ que le divorce par consentement mutuel sud-coréen était d'abord un divorce rapide, sans juge. Ce divorce déjudiciarisé¹²⁷ était alors assimilé à une répudiation pure et simple du mari¹²⁸. Désormais, et progressivement par l'intermédiaire des réformes successives de 1977 et 2007¹²⁹, l'intervention du juge est nécessaire non seulement pour contrôler la réalité et la liberté du consentement des époux, qui du reste, disposent désormais d'un délai de réflexion, mais aussi pour garantir l'équilibre des intérêts en présence, notamment ceux des enfants¹³⁰.

Abondant dans le sens du professeur Jean CARBONNIER pour éviter la tentation de l'universalisme¹³¹, force est toutefois de constater que s'agissant du droit du divorce, l'activité législative, en France comme en Corée du sud était marquée à la fois par la

¹²⁵ La nécessité d'une réforme ne s'imposait pas. Les divorces contentieux n'ont pas été réformés depuis 1958. Le nombre des divorces contentieux était de 16 405 (13 %) à comparé du divorce par consentement mutuel qui était de 107 897 (86, 7 %) en 2006.

¹²⁶ Cf. Supra. p. 27 et s.

¹²⁷ Le divorce par consentement mutuel coréen, avant la loi de 1977, semblait être un divorce déjudiciarisé : un divorce rapide sans douleur et un divorce sans juge.

¹²⁸ Choon-Soo AN, *CEFL und die Prinzipien zum europäischen Familienrecht betreffend Ehescheidung und nahehehlicher Unterhalt, Étude sur le droit de la famille (n° 20, vol. 3), The korean society of family law*, 2006, p. 223 et s. ; Beum-Suk JUNG, *art. préc.*, p. 45 ; Jou-Sou KIM, *Retrospect of family law and its emerging agenda, Étude sur le droit de la famille (n° 23, vol. 1), The korean society of family law*, 2009, p. 18.

¹²⁹ La loi n° 8720 du 21 décembre 2007.

¹³⁰ Le législateur sud-coréen a adopté le délai de réflexion et l'union d'information pour les deux époux et leur enfant. En effet, la nécessité de ce délai de réflexion était à la base du divorce anglais et français : Choon-Soo AN, *art. préc.*, p. 223 et s. ; Eun-Hee CHO, *art. préc.*, p. 138.

¹³¹ La pensée de Jean Carbonnier est hostile à l'actuelle mondialisation du droit qui, sous couvert d'universalisme, méconnaît le particularisme des nations, voulant effacer la diversité des sociétés temporelles sous la supériorité d'une idéologie spirituelle. La mondialisation du droit contredit la conception du droit qu'il nous a remise : la modération, le scepticisme sur le droit, le pluralisme, la coutume, l'enracinement de la personne et de la société dans la culture, la nation et l'histoire, le non-droit : MALAURIE, *La pensée juridique de JEAN CARBONNIER, Defrénois (n° 22)*, 2005, p. 1755 et s. : « *Il est encore plus hostile au droit européen, qui ignore la diversité de l'Europe, écrase ses coutumes et son pluralisme et la diversité de ses climats, malgré Montesquieu : il « impose le gel des terres, les jachères obligatoires, les paysans retraités d'office, promus concierges d'un parc de loisirs* ».

volonté de multiplier les voies d'accès au divorce (A) et le souci d'éviter autant que possible le contentieux entre époux divorcés (B).

A. LA DIVERSITE DES CAS DE DIVORCE

D'une manière générale, la multiplication des voies d'accès à la rupture du mariage se veut être dans les deux systèmes juridiques, une réponse à la fois à la diversité des situations de crise conjugale et des conceptions possibles de l'institution¹³².

En théorie, on peut concevoir qu'entre les deux positions extrêmes face au divorce, consistant soit à l'interdire purement et simplement, soit à l'autoriser de la façon la plus large possible, voire à reconnaître la répudiation, il y a une attitude intermédiaire qui peut se présenter selon deux modalités.

D'une part, en application de la formule « *ce que la volonté a fait, la volonté peut défaire* »¹³³, on en a déduit que le mariage, formé par un accord, peut être dissous par un même accord. Il est évident qu'une telle issue découle davantage de la conception contractuelle que d'une vision institutionnelle du mariage. Il est vrai aussi qu'on peut y voir l'influence d'une philosophie individualiste, favorisant l'expression de la liberté individuelle.

D'autre part, puisqu'il est dit que « le divorce est un mal nécessaire », il importe de l'enfermer dans des hypothèses prévues et délimitées par la loi et soumises au contrôle du juge. Deux idées servent généralement de fondement à la mise en œuvre de cette conception.

¹³² J. CARBONNIER, *La question du divorce, Mémoire à consulter, Recueil Dalloz Sirey*, 1975, Chron. XX, p. 122 : « *Si le divorce divise un couple, la question du divorce peut diviser une nation. La nécessité de compromis est une des nombreuses leçons que le Code civil de 1804 peut encore donner au législateur de notre temps.* » ; Jou-Young KIM, Jin-Gyung SONG, et So-Jung SHIN, *Étude comparative sur le changement des caractères du divorce les années 70, 80, et 90, Management familial (vol. 15), Institut du management familial de l'université de Sungkyunkwan*, 1996, p. 223 et s.

¹³³ « *Le divorce contemporain entretient l'illusion d'un bonheur strictement privé, les divorçant pensant y exprimer leur autonomie* » : C. PUGEAULT, *Liberté fondamentale du mariage et degré de liberté dans les modes de contractualisation matrimoniale, La liberté fondamentale du mariage, Presses universitaires d'Aix-Marseille*, 2009, p. 45.

Il peut s'agir d'un divorce-sanction, lorsque la dissolution du mariage est destinée à réprimer les fautes commises par un époux¹³⁴. On peut aussi parler d'un divorce-faillite¹³⁵ quand la rupture du lien conjugal repose sur le constat d'un échec du mariage. Dans ce cas, le divorce apparaît comme le seul remède à une situation conflictuelle irréversible¹³⁶.

Dans la pratique, la comparaison des législations permet alors de constater qu'en ouvrant diverses possibilités aux époux pour rompre le lien conjugal, les législateurs français et sud-coréen ont choisi d'opposer deux catégories de divorce : d'un côté, le divorce par consentement mutuel, de l'autre le divorce contentieux qui ne repose pas sur un accord total des époux.

Ceci posé, nous verrons¹³⁷ qu'en France lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, le divorce par consentement mutuel peut être demandé conjointement par les époux en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce. Ce raccourci, nécessaire pour établir la réalité des faits, suffit aussi pour faire apparaître deux des traits fondamentaux des réformes successives du divorce en droit français en 1975 et en 2004.

En effet, le divorce est désormais considéré comme étant d'abord l'affaire des époux. Il en est résulté la faveur accordée aux accords conventionnels entre eux. On explique alors l'innovation de la loi de 2004, organisant ce qu'il est convenu d'appeler des « *passerelles* ». A tout moment d'une procédure déjà engagée sous une forme contentieuse, l'existence d'un accord global permet de la transformer en divorce par consentement mutuel (art. 247 C.civ.).

De même, le divorce sans juge ni avocat n'étant plus d'actualité, le caractère judiciaire du divorce à travers le rôle du juge est une réalité, même dans le cas d'un divorce par consentement mutuel. En l'occurrence, ce rôle consiste exclusivement à vérifier la sincérité

¹³⁴ La faute est l'une des plus anciennes formes de divorce, et la plus répandue : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 234.

¹³⁵ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, Defrénois, 2005, p. 7 ; Jai-Seuk CHOI, *L'étude de la famille coréenne, Iljisa*, 1982, p. 328.

¹³⁶ Il est vrai que le refus du divorce par le juge ne peut ni changer l'avis de l'un ou des deux conjoints voulant divorcer, ni résoudre la cause rompant leur lien conjugal : Yong-Han KIM, *Le nouveau droit de la famille et des héritages*, Bakyoungsa, 2002, p. 229.

¹³⁷ Cf. *Infra.* p. 62 (Titre I. Le divorce par consentement mutuel dans la Partie I. Le pluralisme législatif en matière de divorce).

et la liberté de l'accord, l'équilibre des intérêts en présence, et à homologuer la convention passée.

Par comparaison, on verra que selon le droit sud-coréen, le divorce par consentement mutuel peut aussi être demandé par les deux époux¹³⁸. Toutefois, à la différence du droit français, si l'accord sur le principe du divorce doit être réel et sans équivoque, celui relatif aux conséquences du divorce comporte quelques nuances. Un accord soumis à l'appréciation du juge est obligatoire pour les conséquences du divorce à l'égard des enfants notamment en matière d'autorité parentale. Quant aux effets patrimoniaux du divorce, un accord entre les époux peut aussi exister, mais la loi n'exige pas qu'il fasse l'objet d'une convention en bonne et due forme soumise à l'homologation du juge¹³⁹.

La situation, ainsi présentée, appelle deux observations. L'explication fournie est double. D'une part, la grande majorité des époux sont mariés sous le régime de la séparation des biens. D'autre part, concernant les autres aspects des conséquences patrimoniales du divorce, telle que la prestation compensatoire ou l'attribution de dommages et intérêts, il appartient au juge de les déterminer.

La seconde observation concerne le sens et l'étendue du rôle du juge en matière de divorce par consentement mutuel selon le droit sud-coréen. En effet, le principal objectif du législateur a été de rompre avec la pratique antérieure qui faisait du divorce par consentement mutuel une véritable procédure de répudiation à la disposition du mari¹⁴⁰. Du coup, l'intervention du juge permet de vérifier la réalité et la liberté du consentement des époux. Par contre, à défaut d'une convention relative aux effets patrimoniaux, le juge sud-coréen n'est pas un mesure de contrôler et garantir l'équilibre des intérêts des époux.

Si l'accord des époux ne porte que sur le principe du divorce, laissant ainsi au juge le soin d'organiser les effets de leur rupture, le droit français offre alors aux époux la

¹³⁸ A l'égard des volontés individuelles du divorce par consentement mutuel, ces volontés demeurent étroitement soumises à un encadrement judiciaire. Tant les modalités de leur rencontre que la modulation de leurs effets s'éloignent notablement du modèle contractuel ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 198.

¹³⁹ Sang-Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce*, *op. cit.*, p. 106 ; Hwa-Soun BEUN, *Le changement social et économique pour les femmes divorcées*, *art. préc.*, p. 43 et s. ; Hye-Shin BANG, *L'étude sur le divorce par consentement mutuel*, *art. préc.*, p. 441.

¹⁴⁰ Yong-Han KIM, *Le nouveau droit de la famille et des héritages*, *Bakyoungsa*, 2002, p. 226.

possibilité de recourir au divorce accepté, rebaptisé divorce pour acceptation du principe de la rupture qu'on appelait autrefois divorce demandé par l'un et accepté par l'autre, ou divorce sur double aveu.

Il est à noter qu'ainsi défini, ce divorce accepté du droit français n'existe pas en tant que tel en Corée du Sud. Toutefois, il n'est pas sans rappeler la phase de conciliation que comporte toute procédure de divorce contentieux en droit sud-coréen. Cette formalité va permettre à un « comité »¹⁴¹ composé du juge et de deux médiateurs familiaux d'inciter les époux à trouver un accord aussi bien sur le principe du divorce que sur les conséquences notamment à l'égard des enfants. En cas d'accord, le juge peut alors prononcer ce que le droit sud-coréen qualifie de « divorce par conciliation ».

Pour être tout à fait complet, notons que la nature hybride de ce divorce accepté, à la fois consensuel et contentieux, suscitait des difficultés. On s'explique alors la décision prise par le législateur contemporain français de ne plus le ranger parmi les divorces par consentement mutuel.

Dans la catégorie des divorces contentieux, figure en premier lieu, le divorce pour faute. Il importe d'observer en droit français que le divorce pour faute, seul cas existant sous l'empire de la loi de 1884, a été conservé, au moins pour deux raisons, par le législateur contemporain.

D'abord, en vertu d'un argument statistique selon lequel il continue à être pratiqué, ce qui révèle qu'il correspond à une réalité et sans doute à un besoin¹⁴². Ensuite, on avance au soutien du maintien du divorce pour faute, un argument d'ordre juridique. Ce cas traduit, semble-t-il, l'idée de responsabilité individuelle. Chacun, y compris les époux divorcés, est responsable de ses fautes. Si par réalisme et opportunité, le législateur contemporain français a maintenu le divorce pour faute¹⁴³, il n'a pas manqué aussi de renouveler la

¹⁴¹ L'objectif du comité de conciliation n'est pas de faire renoncer les époux à leur divorce à l'audience de conciliation, mais aussi de parvenir à s'entendre tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences : Bae-Hee GWAK, *Le droit de la famille, c'est le départ, La nouvelle famille* (n° 452), *Institut de la nouvelle famille*, 1994, p. 88 et s.

¹⁴² Le divorce pour faute est passé de plus de 40 % en 2000 à 15 % en 2007 (le Ministère de la Justice) : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 184.

¹⁴³ Aujourd'hui contesté, le divorce pour faute a disparu dans un certain nombre de législations au profit du divorce faillite : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 234.

notion de la faute conjugale, désormais définie de manière abstraite et d'accorder au juge un large pouvoir d'appréciation en la matière.

Le droit sud-coréen prévoit aussi le divorce pour faute, mais contrairement au droit français, il a adopté la technique énumérative en ce qui concerne la faute conjugale, cause du divorce¹⁴⁴.

La possibilité de divorcer pour une cause objective fut ouverte, en deuxième lieu : c'est le divorce pour altération définitive du lien conjugal. Sous cette appellation dans la loi de 2004, ce cas succède au divorce pour rupture de la vie commune institué en 1975 qui a été l'objet, à l'époque, d'un débat passionné¹⁴⁵.

A priori, les deux cas se rapprochent. Il s'agit de reconnaître le droit de ne plus rester dans les liens du mariage devenu une structure dépourvue de consistance durant un temps suffisamment long, pour considérer que la communauté de vie ne pourra plus se reconstituer.

En réalité, la loi de 2004 a introduit plusieurs nouveautés qui font désormais apparaître ce cas de divorce comme la consécration d'un droit au divorce, le droit pour un époux d'obtenir le divorce par sa seule volonté¹⁴⁶. Ainsi, s'agissant des causes de ce type de divorce, le législateur a, certes, décidé que l'altération du lien conjugal ne pouvait plus résulter de l'altération des facultés mentales du conjoint. En revanche, il a créé une nouvelle cause, en proposant que l'altération du lien conjugal peut aussi provenir d'une demande en divorce pour faute présentée par l'un des époux et rejetée par le juge¹⁴⁷.

Par ailleurs, il a, d'une part, préféré l'expression de « *cessation de communauté de vie* » à celles de « *séparation de fait* » et de « *rupture* ». Seul importe donc le fait matériel d'une vie séparée. La durée de la séparation a, d'autre part, été ramenée à deux ans au lieu de six ans auparavant. Il n'est pas sans intérêt, non plus, de relever la suppression de la « *clause*

¹⁴⁴ Kun-Sik LEE, *Relative grounds of divorce, Study legal (n° 3), Institut d'étude légale d'université de Yonsei*, 1983, p. 239.

¹⁴⁵ Ce type de divorce permettait en fait un divorce par volonté unilatérale, c'est-à-dire par répudiation : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 184.

¹⁴⁶ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 283 et s.

¹⁴⁷ Nonobstant ces dispositions, le divorce est prononcé pour altération définitive du lien conjugal dans le cas prévu au second alinéa de l'article 246 du Code civil, dès lors que la demande présentée sur ce fondement est formée à titre reconventionnel (art. 238, al. 2 C.civ.).

de dureté » par la loi de 2004, une clause ouvrant la possibilité au juge de refuser de prononcer ce divorce si les conséquences apparaissent trop dures pour l'époux défendeur. Dans ces conditions, il suffirait d'un peu de patience à l'époux séparé de fait pour obtenir le divorce.

Remarquons que le droit sud-coréen connaît également le cas controversé du divorce pour un motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal¹⁴⁸. En effet, la doctrine n'a pas manqué de relever les difficultés, non seulement suscitées par la définition et l'appréciation de la notion de motif grave, mais aussi celles relatives aux différentes conditions de délai pour la mise en œuvre de la demande en divorce sur ce fondement.

Outre le souhait de répondre à la diversité des situations de crise conjugale et des conceptions de l'institution, les législateurs français et sud-coréen partageaient également le souci commun de ne pas exacerber les hostilités entre époux pendant l'instance et après le prononcé du divorce.

B. LE SOUCI D'APAISEMENT

La comparaison de législations française et sud-coréenne révèle que les règles relatives à la procédure et aux conséquences de la rupture ont été élaborées de façon à contribuer efficacement à la pacification du divorce¹⁴⁹.

A ce propos, la loi de 1975 avait d'abord organisé en France une procédure spécifique pour chaque cas de divorce, obligeant les époux à reprendre la procédure à zéro, s'ils souhaitent passer de l'un à l'autre. C'est pourquoi le législateur de 2004 a simplifié en limitant la distinction entre d'un côté la procédure propre au divorce par consentement mutuel (art. 250 et s. C.civ. et art. 1088 et s. CPC) et de l'autre une procédure commune aux autres cas, assortie éventuellement de quelques particularités pour chacun d'eux (art. 251 et s. C.civ. et art. 1106 et s. CPC). On peut observer que cette distinction a été depuis toujours celle adoptée par le droit sud-coréen.

¹⁴⁸ Cf. *Infra*. p. 94 (Titre II. Les divorces contentieux dans la Partie I. Le pluralisme législatif en matière de divorce).

¹⁴⁹ T. GARÉ, *Présentation de la réforme, La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 : pacification et simplification ?*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 15.

Ensuite, surgit la question liminaire, celle qui consiste à identifier le juge compétent en la matière. Là encore, on assiste à une identité de vue entre les deux systèmes juridiques français et sud-coréen. En effet, afin de limiter la dispersion du contentieux familial, l'existence d'une juridiction spécialisée est devenue la règle. Fut créé en France le juge aux affaires matrimoniales qui deviendra à partir de 1993 le juge aux affaires familiales. En Corée du Sud, la connaissance des affaires relatives au divorce est de la compétence du tribunal familial siégeant à juge unique.

Ceci posé, le déroulement de l'instance en matière de divorce par consentement mutuel était, en France, jusqu'à la loi de 2004, marqué par une certaine prudence.

Non seulement le système issu de la loi de 1975 imposait un délai de six mois pendant lequel les époux ne pouvaient pas demander le divorce sur requête conjointe (ancien art. 230, al. 3 C.civ.), mais leur faisait également obligation de comparaître au moins deux fois devant le juge, avec un délai de réflexion minimum de trois mois entre les deux comparutions.

Sensible aux critiques formulées à l'encontre de cette procédure, accusée de lenteur et de lourdeur, le législateur de 2004 n'impose plus qu'une seule comparution¹⁵⁰. Il convient d'observer aussitôt qu'un seul passage devant le juge est exigé par le droit sud-coréen.

Par contre, si le droit français, toujours par souci de simplification et d'accélération de la procédure a, depuis 2004, supprimé les différents délais précités, la loi sud-coréenne du 21 décembre 2007, pour sa part, a innové en organisant une réunion d'information¹⁵¹ et en imposant un délai de réflexion d'un mois lorsque les époux n'ont pas d'enfant mineur ou de trois mois lorsqu'ils ont un enfant mineur (art. 836-2, al. 2 C.civ). Rappelons que la disposition sud-coréenne se veut ainsi être une réaction contre une procédure, jusque là, jugée excessivement rapide et insuffisamment protectrice de l'équilibre des intérêts en jeu lors du divorce.

Sur ce point, la remarque a été faite que l'accélération souhaitée de la procédure, suite à la limitation à une seule comparution et la suppression du délai de réflexion en France, doit être nuancée en pratique par la nécessité d'une phase préparatoire plus ou moins longue,

¹⁵⁰ Cf. Infra. p. 159 (Titre I. La procédure du divorce dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

¹⁵¹ Cf. Infra. p. 159 (Titre I. La procédure du divorce dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

pour élaborer la convention de divorce pouvant emporter l'adhésion du juge, appelé à procéder à son homologation.

Si la procédure du divorce par consentement mutuel révèle ainsi, sous certains aspects, des similitudes, il apparaît également que s'agissant des cas de divorce contentieux, les droits français et sud-coréen ont, tous les deux, décidé de les regrouper en un tronc commun procédural¹⁵².

Comme précédemment, ce tronc commun des divorces contentieux est divisé, en France comme en Corée du Sud en deux phases. La première, celle qualifiée de préparatoire, est caractérisée essentiellement par la tentative de conciliation, obligatoire dans ce type de divorce. A ce propos, nous relèverons¹⁵³ également une vision renouvelée de la notion de conciliation. Il ne s'agit plus de faire réfléchir les époux et éventuellement les faire renoncer au divorce. Elle vise plutôt à trouver avec les époux le meilleur moyen de divorcer.

En France, la nouvelle rédaction de l'article 252 du Code civil est révélatrice de ce changement. Dès lors en cas d'accord global tant sur le principe que sur les conséquences, possibilité est offerte aux époux de passer d'un cas de divorce contentieux au divorce par consentement mutuel. C'est le système dit de « *passerelle* » institué par la loi de 2004. Dans le même esprit en droit sud-coréen, la mise en place d'un comité ad hoc appelé « *comité de conciliation* » a aussi pour objectif d'inciter les époux à s'entendre aussi bien sur le principe du divorce que sur ses conséquences, notamment à l'égard des enfants mineurs¹⁵⁴. Là encore, en cas d'accord, le juge va pouvoir prononcer le divorce dit « *par conciliation* ». A l'opposé en l'absence de « *conciliation* » en France comme Corée du Sud commence la seconde phase contentieuse, proprement dite, ayant pour objet d'aboutir à un jugement sur le divorce.

La demande étant admise, le lien matrimonial va se trouver rompu, il faudra en tirer les conséquences pour les époux comme pour les enfants. Comme on le verra¹⁵⁵, chacun à sa

¹⁵² Cf. Infra. p. 172 (Chapitre II. Le déroulement procédural des autres cas de divorce dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

¹⁵³ Cf. Infra. p. 179 (*Idem*).

¹⁵⁴ Cf. Infra. p. 180 (*Idem*).

¹⁵⁵ Cf. Infra. p. 196 (Chapitre II. Les effets du divorce à l'égard des enfants dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

manière, les systèmes juridiques français et sud-coréen ont voulu rendre effectif l'objectif avoué de dédramatiser le divorce.

Dans cette perspective, si le législateur français se distingue par la volonté annoncée de concentrer les effets du divorce au moment de son prononcé afin d'éviter le contentieux entre époux divorcés, il partage, en revanche, avec le législateur sud-coréen le souhait d'accorder une place, plus ou moins grande, à la volonté individuelle relativement aux conséquences du divorce, ce aussi bien dans les rapports entre époux qu'en ce qui concerne les enfants.

Le prononcé du divorce a pour effet essentiel la disparition du mariage pour l'avenir¹⁵⁶. Cette rupture du lien matrimonial va alors produire des conséquences, d'abord, dans les rapports personnels entre les époux. Deux questions doivent être posées en la matière. Il faut, d'une part, préciser la date d'entrée en vigueur de ces effets personnels, et déterminer d'autre part le contenu de ces conséquences.

Sur ce point, suite à la dissolution du mariage, chacun des époux recouvre la liberté de sa personne. Ce que traduit non seulement le retour à l'état de célibataire, mais aussi surtout la disparition des devoirs conjugaux. Toutefois, force est de reconnaître que toutes les séquelles du lien matrimonial ne sont pas effacées. Il en est ainsi du nom des époux en droit français. Si, en principe, chacun reprend l'usage de son nom à la suite du divorce, il est aussi permis à la femme de conserver l'usage du nom du mari, notamment avec l'accord de celui-ci. Ce qui démontre déjà un aspect de la faveur accordée aux conventions entre époux.

Mais la dissolution du mariage entraîne aussi des répercussions sur les relations patrimoniales qui s'étaient établies entre les époux. On peut les classer en deux catégories. D'une part et d'une manière générale le divorce aura pour effet de provoquer la disparition de cette communauté d'intérêt traduite par le régime matrimonial. Il en est ainsi notamment en droit français où la dissolution du régime matrimonial a été l'occasion de concrétiser la tendance à la « *contractualisation* » du divorce. En effet, dans le divorce par consentement mutuel, les époux doivent se mettre d'accord sur cette liquidation dans la

¹⁵⁶ La différence avec la séparation de corps en droit français qui maintient le lien conjugal et la nullité du mariage qui a un effet rétroactif dans les deux systèmes juridiques.

convention qu'ils soumettent à l'homologation du juge. La place faite aux accords entre époux est aussi importante dans ce domaine dans les divorces contentieux¹⁵⁷.

Toutefois, il faut aussitôt relever que la question de la liquidation du régime matrimonial ne se pose pas en droit sud-coréen. En effet, le régime de la séparation des biens y a été consacré comme régime légal, ce qui dispense le juge de se prononcer en la matière. Nous verrons, néanmoins, qu'il faut réserver le cas de la procédure dite de la « répartition des biens »¹⁵⁸.

Hormis la liquidation du régime matrimonial, la rupture du lien conjugal entraîne d'autres conséquences patrimoniales particulières au divorce. Sur ce point, les législateurs français et sud-coréen souhaitaient compenser le déséquilibre entraîné par le divorce, notamment la disparité d'ordre matériel résultant de la cessation de la contribution aux charges du mariage et du devoir de secours. Ainsi définie, la prestation compensatoire appelle deux observations. En premier lieu, lorsque le divorce est prononcé par consentement mutuel, le régime de la prestation compensatoire est entièrement fixé par les parties. Cette pratique témoigne de la volonté du législateur français et sud-coréen de favoriser les pactes amiables. Cette contractualisation contribue à la pacification du divorce.

Par contre, et en deuxième lieu, les différentes réformes intervenues pour remédier aux difficultés concernant la prestation compensatoire, notamment sa révision, constituent, du moins en partie, un échec relatif de la volonté de concentration des effets du divorce¹⁵⁹.

En matière de divorce, il a été admis dans les deux systèmes juridiques que l'octroi d'une prestation compensatoire ne suffit pas nécessairement à réparer tous les dommages résultant de la rupture du lien matrimonial. Il a donc été décidé de réparer, par l'attribution de dommages et intérêts, aussi bien le préjudice résultant de la dissolution du mariage mais distinct de celui que répare la prestation compensatoire, que le préjudice différent de celui qui résulte de la rupture du lien du mariage, sur un autre fondement juridique.

¹⁵⁷ Cf. Infra. p. 62 (Titre I. Le divorce par consentement mutuel dans la Partie I. Le pluralisme législatif en matière de divorce).

¹⁵⁸ Il faut néanmoins réserver le cas de la procédure dite de la division des biens.

¹⁵⁹ Cf. Infra. p. 232 (Chapitre I. Les effets du divorce à l'égard des époux dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

A l'égard des enfants, deux problèmes particuliers sont à résoudre du fait de la séparation des époux. S'agissant de l'autorité parentale, si les modalités d'exercice en commun ou de façon unilatérale sont prévues par les deux systèmes juridiques, leur mise en œuvre appelle trois séries d'observations.

D'abord, en droit français, tous les enfants de parents séparés sont soumis au même statut. Ainsi, contrairement au droit sud-coréen qui accorde une liberté de choix aux parents divorcés quant aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, la loi française a érigé en principe l'exercice en commun, l'exception étant l'exercice unilatéral¹⁶⁰.

Ensuite, il importe de relever qu'en droit sud-coréen comme en droit français, la matière constitue une manifestation significative de la tendance à la contractualisation. C'est ainsi qu'en droit français, afin d'instaurer, en application de la règle de la coparentalité, une égalité dans le fonctionnement de l'autorité parentale même pour les parents divorcés, il a été décidé d'encourager les parents à conclure des conventions concernant les modalités d'exercice, soumises à l'homologation du juge. Dans le même sens, le droit sud-coréen, quelque soit le type de divorce, oblige les parents à se mettre d'accord sur l'exercice de l'autorité parentale.

Enfin, si le droit positif français, notamment par la loi du 26 mai 2004, a finalement supprimé toute référence expresse à la notion de garde, en revanche le droit sud-coréen a maintenu la distinction entre le droit de garde des enfants et l'autorité parentale en cas de divorce. Les inconvénients de ce système ont fait l'objet de critiques, de la part de la doctrine, réclamant une nécessaire réforme de l'institution.

Concernant l'obligation d'entretien, traduction patrimoniale du devoir d'éducation, les parents divorcés continuent d'y contribuer de la même manière en cas d'exercice en commun ou en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale. En droit français comme en droit sud-coréen, le divorce ne modifie pas cette obligation.

De même, on peut constater que, pour mettre fin aux hésitations notamment de la jurisprudence, les deux systèmes juridiques admettent que l'exécution de cette obligation peut se prolonger au-delà de la majorité. Il est à noter que la contribution à l'entretien et à

¹⁶⁰ Cf. *Infra*. p. 259 (Chapitre II. Les effets du divorce à l'égard des enfants dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

l'éducation des enfants peut faire également l'objet d'une convention soumise à l'appréciation du juge, aussi bien en droit français qu'en droit sud-coréen. D'ailleurs, il est admis par les deux systèmes juridiques que toutes les décisions relatives à l'autorité parentale et à la contribution à l'entretien des enfants sont en principe révisables.

De ce qui précède, il apparaît que le souci majeur du législateur français et sud-coréen n'a pas été seulement de répondre à la diversité des situations de crise conjugale en proposant aux époux de « *divorcer à la carte* ». Il est indéniable qu'en soumettant, autant que possible, à l'accord de principe des époux les solutions aux questions délicates et sensibles qui se posent à la suite du divorce, les deux systèmes juridiques ont voulu encourager ces derniers à « *mieux divorcer* ».

Ces quelques indications éclairent et justifient les titres sous lesquels nous avons divisé notre étude :

Première partie : le pluralisme législatif en matière de divorce

Deuxième partie : la dédramatisation du divorce

PARTIE I.

LE PLURALISME LEGISLATIF EN MATIERE DE DIVORCE

En présence du phénomène de dégradation de l'union matrimoniale, le prononcé du divorce, puisqu'il n'est plus question de l'interdire, est considéré, aussi bien dans la société française que sud-coréenne comme le moyen juridique d'y remédier¹⁶¹.

Ceci étant, se posait alors pour les deux systèmes juridiques la question de savoir quelles formes de divorce faut-il admettre. A ce propos, la comparaison, dans le temps, des législations révèle la pluralité des types de divorce.

Le divorce répudiation par lequel un conjoint (le mari, en général) peut décider unilatéralement de mettre fin au mariage. Connue du droit romain, ensuite reprenant les prescriptions du Coran, de nombreux pays musulmans permettent, aujourd'hui, la répudiation au mari, avec ou sans intervention du juge¹⁶². D'aucuns soutiennent même que, de nos jours, « *de nombreux pays occidentaux connaissent sans toujours l'avouer, ce type de divorce, revêtu des habits du divorce-faillite* »¹⁶³.

Il y a, en effet, divorce faillite, quand la rupture du lien conjugal repose sur le constat d'un échec du mariage, qui ne sera donc pas maintenu artificiellement. En vogue dans certains pays occidentaux¹⁶⁴ où il a même entraîné la disparition du divorce sanction.

Le divorce sanction consiste à prononcer la dissolution du mariage pour sanctionner une faute commise par un époux. Quoique l'une des plus anciennes formes de divorce et sans doute aussi la plus répandue, ce divorce sanction est souvent contesté, parfois menacé par les projets de réforme, notamment au profit du divorce convention.

¹⁶¹ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 241 et s. : « *le divorce est libéralisé parce qu'il est rendu plus facile ; les époux sont libérés de la servitude des lois et peuvent échapper à celle du mariage. La libéralisation se traduit également par un recul de la loi, une délégalisation (le désengagement du droit civil et un recul de la loi au profit du pouvoir modérateur du juge* » ; La libéralisation du divorce est une des fins poursuivies par le législateur contemporain (Beum-Suk JUNG, *art. préc.*, p. 43 et s.

¹⁶² Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, Mouton et Cie, 1965, p. 2

¹⁶³ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, Deffrénois, 2011, p. 234 ; Selon MONTESQUIEU, « *il y a la différence entre le divorce et la répudiation que le divorce se fait par un consentement mutuel à l'occasion d'une incompatibilité mutuelle ; au lieu que la répudiation se fait par la volonté et pour l'avantage d'une des parties, indépendamment de la volonté et de l'avantage de l'autre* » (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L. XVI, Ch. 15.).

¹⁶⁴ B. DUTOIT, *Le divorce en droit comparé*, Tome 1, Droz, 2000, p. 13 et s.

Ce type de divorce peut être prononcé du consentement mutuel des époux. Le mariage était formé par le consentement des époux, on admet que leur volonté conjointe pourrait alors y mettre fin.

Le choix ainsi exposé, force est de constater que le choix opéré par les législateurs français et sud-coréen a été d'ouvrir une pluralité de cas de divorce.

En France, il n'en a pas toujours été ainsi. Rappelons que le Code civil prévoyait deux cas, le divorce par consentement mutuel et celui fondé sur la faute, tandis que la loi NAQUET, quoiqu'ayant restaurée de manière définitive le droit au divorce, n'en ouvrait qu'un seul, le divorce pour faute.

Afin de remédier aux inconvénients résultant d'un tel système, l'un des traits fondamentaux de la loi du 11 juillet 1975 a été la multiplication des voies d'accès au divorce. Le législateur du 26 mai 2004¹⁶⁵ n'a pas voulu revenir sur ce principe du pluralisme¹⁶⁶.

C'est ainsi que concrètement, la faveur accordée par la loi de 2004 à l'égard de toutes les formes d'accord entre époux, allait dans le sens du succès rencontré par le divorce par consentement mutuel qui représentait déjà sous la forme du divorce sur requête conjointe issue de la loi de 1975 plus de 40 % des divorces, en concurrence avec le divorce pour faute¹⁶⁷.

A ce propos, tout en étant maintenu, non sans mal, le divorce pour faute fut rénové de manière profonde et de façon subtile, en ce sens que, voulant en éviter l'usage par les candidats au divorce, le législateur de 2004 en a modifié les effets, notamment les

¹⁶⁵ Les règles relatives au divorce transformées par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 s'appliquent à compter du 1^{er} janvier 2005.

¹⁶⁶ Le pluralisme des cas est préservé, les procédures sont simplifiées, les époux sont invités à faire preuve d'un consensualisme responsable (J.J. LEMOULAND, *Le pluralisme et le droit de la famille, postmodernité ou pré-déclin ?*, art. préc., p. 133 et s.) ; P. COURBE, *op. cit.*, p. 135.

¹⁶⁷ V. LARRIBAU-TERNEYRE, *La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? - Deuxième partie : Les moyens du changement, Droit de la famille n°7*, 2004 ; selon les statistiques du ministère de la justice, sur 128 971 divorces prononcés en 2002, 48 580 (37, 7 %) l'ont été sur le fondement de la faute. Les autres cas de divorce se répartissent de la façon suivante :

- Divorce sur requête conjointe : 59 060 (45, 8 %)
- Divorce accepté : 19 669 (16, 3 %)
- Divorce pour rupture de la vie commune : 1 662 (1, 3 %)

conséquences pénalisantes qui s'attachaient aux torts exclusifs (art. 266 et art. 270 C.civ.)¹⁶⁸.

Introduit par la loi de 1975 et conservé par celle de 2004, le divorce sur demande acceptée, devenu divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage répond à l'hypothèse où tout en étant d'accord sur le principe du divorce, les époux ne parviennent pas à en organiser les conséquences et entendent faire appel au juge pour statuer sur leurs conflits en la matière¹⁶⁹.

Enfin, le divorce pour rupture de la vie commune, objet de vifs débats au moment de son adoption en 1975, a été profondément transformé et rebaptisé « *divorce pour altération définitive du lien conjugal* »¹⁷⁰.

Pour être tout à fait complet, remarquons que la loi de 2004 a non seulement prévu quatre types de divorce énumérés à l'article 229 du Code civil, mais aussi élargi le système des « *passerelles* » qui existait à l'état d'ébauche et permettait aux époux de se raviser pour changer de cas, aller à tout moment du contentieux vers le conventionnel.

Contrairement au droit français, le pluralisme législatif en matière de divorce a été reconnu assez tôt par le droit sud-coréen. Nous avons vu¹⁷¹ qu'une loi de 1484 ouvrait déjà trois types de divorce, même si l'accès à ces voies a été dans la réalité, contrarié par l'idéologie confucianiste¹⁷².

¹⁶⁸ J.J. LEMOULAND, *La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, art. préc.*, p. 1829 et s.

¹⁶⁹ « *Le divorce sur demande conjointe devient le seul vrai divorce par consentement mutuel, et le divorce sur demande acceptée qu'est le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage, intègre de manière procédurale, le groupe des divorces contentieux* » (J.J. LEMOULAND, *La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, D. 2004*, p. 1825 et s.).

¹⁷⁰ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 7 : « *la question se pose depuis longtemps de savoir s'il convient d'abandonner totalement la notion de divorce-sanction, de divorce pour faute, pour se rallier à la notion de divorce faillite, de divorce constat d'échec* » ; R. BOIZEL, *Le divorce et la faute : un couple harmonieux ? Perspective de rapprochement des droits français et allemand, Revue internationale de droit comparé (n° 4)*, 2000, p. 893.

¹⁷¹ Cf. Supra. p. 19 (L'introduction).

¹⁷² Sang-Yong KIM, *Le déroulement historique du divorce, art. préc.*, p. 140 : « *la loi de 1484 prévoyait trois types de divorce : le divorce pour faute, le divorce impératif et le divorce par consentement mutuel* ».

Ensuite, les interventions législatives, sans remettre en cause le pluralisme, procédaient seulement à des réformes des cas de divorce admis en droit sud-coréen¹⁷³. Ainsi, le divorce par consentement mutuel prévu par l'article 834 du Code civil dans sa version issue de la loi de 1958¹⁷⁴ a fait l'objet de trois réformes successives en 1962¹⁷⁵, 1977¹⁷⁶, et en dernier lieu en 2007¹⁷⁷.

Pour sa part, l'article 840 du Code civil sud-coréen¹⁷⁸ prévoit cinq causes de divorce pour faute¹⁷⁹.

Enfin, le même article 840 du Code civil, en son numéro 6 a ouvert la voie du divorce faillite au cas où la vie commune a cessé et que le maintien du lien conjugal est rendu intolérable pour l'époux¹⁸⁰.

En optant pour le pluralisme législatif, les législateurs sud-coréen et français ont voulu non seulement répondre à la diversité des situations de crise conjugale, mais aussi tenir compte de la diversité des visions du divorce.

Dans cette perspective, ils ont choisi ouvertement d'opposer d'un côté le cas de divorce reposant sur une volonté concordante des époux (Titre I), de l'autre les cas de divorce

¹⁷³ Jou-Young KIM, Jin-Gyung SONG, et So-Jung SHIN, *Étude comparative sur le changement des caractères du divorce les années 70, 80, et 90, Management familial (vol. 15), Institut du management familial de l'université de Sungkyunkwan*, 1996, p. 229 et s.

¹⁷⁴ La loi n° 471 du 22 février 1958.

¹⁷⁵ La loi n° 1250 du 31 décembre 1962.

¹⁷⁶ La loi n° 3051 du 31 décembre 1977 ; Sang-Yong KIM, *Le droit de la famille et la société changée*, art. préc., p. 468 et s. ; Sou-San YANG, *Le droit de la famille et de l'héritage, La presse de Université Hankuk des langues étrangères*, 1998, p. 287.

¹⁷⁷ La loi n° 8720 du 21 décembre 2007 ; Sang-Yong KIM, *Réflexion socio-légale sur les causes de l'augmentation des taux de divorce*, op. cit., p. 36 ; Mae-Kyung KIM, *Comment va-t-on changer le divorce par consentement mutuel ?*, *Conciliation familiale (n° 7), Consultants du tribunal familial de Séoul*, 2005, p. 48 ; Eun-Hee CHO, art. préc., p. 135.

¹⁷⁸ Dans les années 60, 96 % des époux sud-coréens ont choisi le divorce par consentement mutuel et le reste divorçaient pour faute ou pour altération définitive du lien conjugal (Dans le rapport d'établissement du tribunal familial ; L'année 1960, 7 016 des époux ont divorcé en Corée du sud) : Sang-Yong KIM, *Le droit de la famille et la société changée*, art. préc., p. 459.

¹⁷⁹ En cas d'infidélité (n°1), d'abandon d'époux avec mauvaise volonté (n°2), des injures d'un conjoint ou ses parents à l'égard de l'autre (n°3), des injures envers les parents d'un des époux par l'autre époux (n°4) ou d'absence d'un des époux pendant plus de trois ans (n°5), l'époux peut demander le divorce pour faute.

¹⁸⁰ Jou-Sou KIM, *Retrospect of family law and its emerging agenda*, art. préc., p. 2 et s.

demandé par un seul époux et qui ne reposent pas sur le consentement total des époux (Titre II).

TITRE I.

LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

D'une manière générale en France comme en Corée du Sud, il est admis que lorsque les époux prennent ensemble la décision de mettre fin à leur union, en principe c'est à eux qu'il incombe d'organiser globalement les conséquences de cette séparation.

En particulier, sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975 en France, l'appellation générique de « *divorce par consentement mutuel* » recouvrait en réalité deux procédures : une forme gracieuse que représente le divorce sur demande conjointe et une procédure contentieuse, le divorce demandé par un époux accepté par l'autre.

La loi du 26 mai 2004 a clarifié les choses en réservant l'appellation de « *divorce par consentement mutuel* » au seul cas où, hors de tout contentieux, les époux s'accordent à la fois sur le divorce et ses conséquences¹⁸¹.

Concrètement le divorce par consentement mutuel régi par les articles 230 à 232 du Code civil français, peut alors être demandé conjointement par les deux époux qui vont, ensuite, conclure une convention relative à l'organisation de leur séparation qui doit être homologuée par le juge¹⁸². Ainsi défini, ce divorce réputé pacificateur, consensuel a la faveur du législateur français¹⁸³.

La loi de 2004 l'a rendu plus facile et rapide¹⁸⁴. D'une part, elle a supprimé la condition tenant à l'existence d'une durée minimale de l'union (six mois) avant de demander le divorce par consentement mutuel. D'autre part, la nécessité de deux passages devant le juge, séparés d'un délai de réflexion de trois mois, n'est plus exigée, ce qui en fait

¹⁸¹ Quant au divorce sur demande acceptée, devenu divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage, il acquiert son autonomie et rejoint au plan procédural, la catégorie des divorces contentieux : H. FULCHIRON, *Les métamorphoses des cas de divorce (à propos de la réforme du 26 mai 2004)*, art. préc., p. 1105 ; Il expliquait la terminologie de divorce sur requête conjointe retenue en 1975.

¹⁸² P. COURBE, *op. cit.*, p. 117 ; « Cette forme de divorce a les préférences du législateur parce qu'elle est la plus apte à favoriser la dignité et l'apaisement des époux : à défaut de nous entendre pour vivre en gens mariés, du moins entendons-nous pour vivre en divorcés ».

¹⁸³ J.J. LEMOULAND, *La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce*, art. préc., p. 1825 et s.

¹⁸⁴ Le divorce rapide sans douleur est le nouveau droit français du divorce en 2004 (J.J. LEMOULAND, *La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce*, art. préc., p. 1825) ; « L'accélération résultant du passage à un seul et unique rendez-vous judiciaire sera surtout sensible pour les divorces simples intéressant les époux sans enfant ni patrimoine. Il est vrai qu'elle peut se doubler d'une accélération indirecte, résultant de l'allègement des calendriers des juges aux affaires matrimoniales permettant de réduire les délais de fixation d'audience » : A. BÉNABENT, *La réforme du divorce -article par article-*, *op. cit.*, p. 39.

désormais un divorce immédiat¹⁸⁵. Autant de raisons qui expliquent le succès remporté par cette forme de divorce auprès des justiciables¹⁸⁶.

Par comparaison, le principe même de l'accueil d'une telle forme de divorce par le droit sud-coréen a toujours été débattu. La loi de 1484 la connaissait, mais elle se heurtait à l'hostilité de la doctrine dans la mesure où le prétendu divorce par consentement mutuel traduisait la domination de l'un des époux, en l'occurrence le mari. En réalité, sous l'influence de l'idéologie confucianiste préconisant la supériorité de l'homme sur la femme, on assistait à une véritable procédure de répudiation à la disposition du mari¹⁸⁷. Par ailleurs, et plus proche de nous dans le temps, des enquêtes sociologiques montraient que, « généralement, le divorce intervenait sur une décision hâtive de la part des époux, et que la procédure en vigueur ne préservait pas suffisamment les intérêts des enfants »¹⁸⁸.

On s'explique alors la teneur des articles 834 et 837 du Code civil sud-coréen qui disposent que le divorce par consentement mutuel peut être demandé conjointement par les deux époux lorsqu'ils sont d'accord sur le principe du divorce et sur ses effets pour les enfants. Ainsi, les conséquences patrimoniales entre époux sont exclues de la convention soumise à l'homologation du juge. Il est vrai aussi que le régime de la séparation des biens constitue, en droit sud-coréen, le régime légal¹⁸⁹.

De même, on peut comprendre que par réaction contre une procédure, jusque-là jugée expéditive, la réforme législative du 21 décembre 2007, entrée en vigueur le 22 juin 2008 a

¹⁸⁵ J. RUBELLIN-DEVICHI, *art. préc.*, p. 1037 et s. ; J. CARBONNIER, *Traité de droit civil, op. cit.*, p. 530 ; J.J. LEMOULAND, *La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, art. préc.*, p. 1825 et s. ; 40 % des couples en 1995, et plus de la moitié en 2006 demandaient ce type de divorce.

¹⁸⁶ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 190.

¹⁸⁷ Cf. *Supra*. p. 18 et s. (L'introduction).

¹⁸⁸ Les enfants étaient négligés en divorce par consentement mutuel d'autant que les époux divorçant n'avaient à décider de l'autorité parentale et du devoir à l'entretien et à l'éducation. D'après les critiques à l'égard d'un vide juridique, la réforme de 2007 a précisé les modalités en détail de l'autorité parentale sur lequel les époux doivent s'accorder (les heures et lieu pour le droit de visite, et façon de contribution à l'égard du devoir de l'entretien et de l'éducation) pour demander le divorce tant par consentement mutuel que contentieux : Sang-Yong KIM, *Le déroulement historique du divorce, art. préc.*, p. 143 ; Jou-Young KIM, Jin-Gyung SONG, et So-Jung SHIN, *Étude comparative sur le changement des caractères du divorce les années 70, 80, et 90, Management familial (vol. 15), Institut du management familial de l'université de Sungkyunkwan*, 1996, p. 234 et s. ; *Association de Consultation sur le Droit de la Famille, Étude sur la réalité du divorce par consentement mutuel et l'enquête sur la formalité de délai de réflexion*, 2004, p. 54.

¹⁸⁹ Cf. *Infra*. p. 219 (Titre II. Les effets du divorce dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

finaleme nt introduit un délai de réflexion d'un mois lorsque les époux n'ont pas d'enfant mineur ou de trois mois lorsqu'ils ont un enfant mineur (art. 836-2 C.civ.)¹⁹⁰.

En revanche, l'obligation faite aux époux de procéder à une déclaration de leur divorce auprès de l'officier d'état civil après le passage devant le juge suscitait nombre d'interrogations¹⁹¹.

Toujours est-il que si la volonté des époux constitue, certes, dans les deux systèmes juridiques, le fondement du divorce par consentement mutuel (Chapitre I), la question se pose aussi de savoir si cette volonté suffit à elle seule, à faire le divorce (Chapitre II).

¹⁹⁰ Mi-Gyung JO, *L'étude du droit de la famille coréen écrite par professeur JEONG Gwang-Hyeon - L'étude pour le développement et l'avancement du droit de la famille-*, Revue légale d'université de Seoul (n° 48, vol. 3), Centre de droit de l'université de Seoul, 2007, p. 219.

¹⁹¹ Sang-Yong KIM, *Un projet pour la réforme et des lois étrangères à l'égard du divorce par consentement mutuel*, *L'étude du droit de la famille II*, Bobmounsa, 2006, p. 6.

CHAPITRE I.

LA VOLONTE DES EPOUX EST TOUJOURS NECESSAIRE POUR LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

Il est acquis, aussi bien en droit français qu'en droit sud-coréen, que la volonté concordante des époux de dissoudre le lien qui les unit et de régler les conséquences d'une telle dissolution, est au cœur du divorce par consentement mutuel¹⁹².

Toutefois, cette volonté n'est efficace que si elle présente certains caractères. A cet effet, le contrôle du juge tend à exclure tout consentement forcé ou, tout du moins, obtenu par pression (Section I). Mais, le consentement des époux doit ensuite porter à la fois sur le principe du divorce et sur ses conséquences (Section II).

¹⁹² A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 189 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p.187.

SECTION I.

LA NECESSITE D'UN ACCORD TOTAL

En droit français, cette exigence d'un accord total est révélatrice de l'aspect contractuel du divorce par consentement mutuel. En effet le consentement des époux, pour être valable, doit présenter les caractères habituellement attachés à toute manifestation de volonté destinée à faire produire des effets juridiques. Il doit donc être exempt de tout vice.

A cet effet, l'article 232 du Code civil français rappelle que la volonté de chacun des époux doit être non seulement sans équivoque et donnée en toute liberté (§ 1), mais aussi en parfaite connaissance de cause (§ 2)¹⁹³.

S'agissant du droit sud-coréen, le silence observé par le législateur sur la question n'a pas empêché la prise en considération par la jurisprudence de ces exigences en matière de divorce par consentement mutuel¹⁹⁴.

§ 1. UNE VOLONTE REELLE ET LIBRE

Le consentement doit non seulement exister mais aussi être intègre. Un consentement intègre est d'abord un consentement sérieux et libre, en résumé un consentement non-vicié¹⁹⁵.

¹⁹³ Selon ancien l'article 232, alinéa 1^{er} du Code civil, la volonté de divorcer devait être réelle et libre.

¹⁹⁴ Jou-Sou KIM, *Retrospect of family law and its emerging agenda*, art. préc., p. 15.

¹⁹⁵ P. COURBE, *op. cit.*, p. 17 ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 537 et s. ; « *La femme a faussement indiqué qu'elle était sans emploi et sans moyens de subsistance. La Cour de cassation a refusé que la convention fût annulée* » (Civ. 2^e, 13 novembre 1991, *Bull.civ.* n° 303 ; *Deffrénois* 1992, art.32595, n°43, obs. J. MASSIP) ; « *La femme fait des scènes violentes à son mari et à la maîtresse de ce dernier juste avant de passer devant le juge, afin de presser son mari de signer* (Lyon, 28 novembre 1979, *Gaz. Pal.*1979.47) ; *Il est licite qu'un partage soit forfaitaire et inégal (lésion) ; Il peut être combiné avec la prestation compensatoire et la révocation ou le maintien des donations antérieures : un partage inégal peut donc être jugé par le JAF équilibré (art. 278, al. 2). Pour que la question de la lésion se pose, il faut supposer qu'un époux et le juge du divorce aient ignoré le caractère lésionnaire du partage* » (P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 266 et s.).

En effet, en droit français, dès l'avant-projet de loi, consacrée par la loi de 1975¹⁹⁶ et confirmée par la loi de 2004¹⁹⁷, l'expression volonté réelle était interprétée dans le sens de volonté sérieuse. Cela signifie une adhésion à l'état de divorcé tel qu'il est réglementé par la loi, c'est-à-dire une réelle intention d'entrer dans une institution¹⁹⁸.

Il en résulte que le juge va procéder à la vérification de la réalité de cette volonté et qu'il est en droit de refuser le divorce si la demande était faite « *par jeu ou ne résultait que d'un caprice, ou d'un mouvement d'humeur* »¹⁹⁹.

L'article 232 du Code civil français exige également que la volonté de divorcer soit libre. On entend par là que le consentement n'a pas été contraint²⁰⁰. La victime, en général, savait parfaitement que la décision à prendre était contraire à son intérêt, mais elle se sentait contrainte de la faire, elle n'avait pas le choix. En particulier, il se peut que le divorce par consentement mutuel résulte d'un consentement forcé²⁰¹, sous la pression ou le chantage exercé sur les enfants, sur l'argent, sur les biens ou sur le logement²⁰². Un consentement libre exclut tout consentement forcé ou surpris²⁰³.

Par comparaison, ces exigences relatives aux caractères réel et libre de la volonté des époux candidats au divorce ne sont pas inscrites expressément dans la loi sud-coréenne. Il est admis toutefois qu'elles sont inhérentes à l'idée de divorce par consentement mutuel. C'est pourquoi la jurisprudence²⁰⁴ n'hésite pas en Corée du Sud à vérifier que la volonté

¹⁹⁶ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁹⁷ Dans le rapport n° 1513 de M. DELNATTE à l'Assemblée nationale p. 41.

¹⁹⁸ « *Le terme de volonté réelle était interprété dans le sens de volonté sérieuse, de manière que dans la loi de 1975, le juge était en droit de refuser le divorce si la demande était faite par jeu ou ne résultait que d'un caprice, d'un mouvement d'humeur* » : J. MASSIP et G. MORIN, *La réforme du divorce, La réforme du divorce, Deffrénois, 2^e édition, 1982. p. 15 et s.*

¹⁹⁹ J. MASSIP, *La réforme du divorce*, *op. cit.*, p. 15 et s.

²⁰⁰ La Cour de cassation confère ainsi à la convention, une force obligatoire qu'aucun autre contrat ne possède même s'il y a fraude, immoralité, lésion, dol, violence, absence de cause, aliénation mentale, vice ou absence de consentement.

²⁰¹ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 258 et s.

²⁰² H. MAZEAUD, *Le divorce par consentement forcé*, *D. 1963*, chron. p. 141.

²⁰³ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 258 et s.

²⁰⁴ Le tribunal de Seoul 96de37910, 3 décembre 1996 ; La Cour suprême 87m28, 25 avril 1988 ; la Cour suprême 86m86, 20 janvier 1987 ; la Cour suprême 75do1712, 19 août 1975 ; Si la volonté réelle n'existait pas, ce divorce par consentement mutuel serait caduc.

des époux qui forme le divorce par consentement mutuel soit d'une part, sérieuse,²⁰⁵ et que le consentement au divorce ne soit pas, d'autre part, contraint et forcé par les menaces ou la pression sur les enfants ou les biens²⁰⁶.

Outre une volonté réelle et libre, le divorce par consentement mutuel suppose également une volonté éclairée.

§ 2. UNE VOLONTE ECLAIREE

En général, l'interprétation de l'exigence d'une volonté éclairée conduit à admettre la nécessité d'une volonté saine et consciente²⁰⁷. Ainsi comprise, elle fait difficulté, en particulier, dans l'hypothèse où un époux est placé lors du divorce, sous un régime de protection. A ce propos, définies par la loi française de 1975 et présentées par les lois successives du 26 mai 2004 et du 5 mars 2007, les conséquences d'un régime de protection sur une procédure de divorce tiennent compte du mode de protection mis en place, du cas de divorce en cause et enfin de la position procédurale du majeur protégé.

Ceci posé, considérant qu'il repose essentiellement sur un consentement réel, libre et éclairé²⁰⁸, le recours au divorce par consentement mutuel est interdit, en droit français, lorsqu'un des époux est placé sous tutelle, sous curatelle, sous sauvegarde de justice, ou même sous un mandat de protection future (art. 249 C.civ.)²⁰⁹.

²⁰⁵ Byung-Ho PARK, *Les thèses de droit de la famille, Jinwon*, 1996, p. 210 et s. ; Mi-Gyung JO, *L'étude du droit de la famille coréen écrite par professeur JEONG Gwang-Hyeon - L'étude pour le développement et l'avancement du droit de la famille-*, *Revue légale d'université de Seoul* (n° 48, vol. 3), Centre de droit de l'université de Seoul, 2007, p. 221 ; Yong-Han KIM, *Le nouveau droit de la famille et des héritages*, *op. cit.*, p. 237 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM. *op. cit.*, p. 164 ; Eun-Hee CHO, *art. préc.*, p.134 ; Jou-Sou KIM, *Commentaires du Code civil*, *op. cit.*, p. 145 ; Young-Ju CHUN et Sung-Hee LEE, *Analyses of experiences of family of origin among the people filing consensual divorce, Korean home management* (vol. 24, n° 5), 2006, p. 191 et s.

²⁰⁶ « Lorsque le consentement du divorce résulte du chantage sur les enfants, l'argent, les biens ou le logement, le divorce par consentement mutuel ne peut pas être établi » : Sang-Yong KIM, *Un projet pour la réforme et des lois étrangères à l'égard du divorce par consentement mutuel, L'étude du droit de la famille II*, Bobmounsa, 2006, p. 8.

²⁰⁷ Il est certain que le juge doit s'assurer lors de la comparution des époux devant lui que la convention n'est pas entachée d'un vice du consentement : fraude, dol, erreur, violence physique ou morale.

²⁰⁸ Civ. 2^e, 29 septembre 1982, *Bull. civ. II*, n° 116 ; *Defrénois* 1983, art. 33133, n° 75, obs. J. MASSIP : « Tenu de s'assurer de la volonté réelle et du libre accord persistant des époux, le juge qui constate que cette condition mise par la loi au divorce sur demande conjointe n'est pas remplie, est fondé à rejeter la demande ».

²⁰⁹ Le divorce par consentement mutuel repose sur la volonté des époux. Il en résulte que les personnes qui souffrent d'une altération de leurs facultés mentales et sont placées sous un régime de protection des

A la différence du droit français, le divorce est d'une manière générale autorisé en droit sud-coréen à l'époux placé sous un régime de protection des majeurs. L'autorisation résulte de la combinaison des articles 808 et 835 du Code civil sud-coréen. Aux termes du premier, la personne placée sous un régime de protection des majeurs, peut se marier avec l'accord de son tuteur, de ses parents ou à défaut du conseil de famille²¹⁰. En vertu du second, la personne mise sous un régime de protection des majeurs peut également divorcer par consentement mutuel dans la même condition. Remarquons qu'en droit sud-coréen, l'époux en curatelle peut divorcer lui-même par consentement mutuel sans l'assistance du curateur²¹¹.

On a reproché à ce système autorisant à divorcer un époux qui n'est pas en état de vouloir, le risque de remettre en cause la mission du juge consistant à vérifier le caractère éclairé, sain de la volonté d'un époux²¹².

Mais le divorce par consentement mutuel ne suppose pas seulement l'existence d'un consentement exempt de vice. En principe, l'accord requis pour fonder le divorce par consentement mutuel doit aussi être global.

majeurs (article 490 et suivants du Code civil) sont incapables d'exprimer une volonté saine et ne peuvent divorcer sur demande conjointe (art. 249-4 C.civ.).

²¹⁰ Jou-Sou KIM. *Commentaires du Code civil, op. cit.*, p. 150 ; Mae-Kyung KIM, *The reform of the procedure of consensual divorce, Étude sur le droit de la famille (n° 20, vol. 3), The Korean society of family law*, 2006, p. 34.

²¹¹ Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 156 et s. ; Byung-Ho PARK, *Les thèses de droit de la famille*, Jinwon, 1996, p. 242 ; Sou-San YANG, *Le droit de la famille et de l'héritage*, La presse de Université Hankuk des langues étrangères, 1998, p. 232 et s.

²¹² Kang-Houn JO, *L'étude de l'acte juridique par les époux du divorce fictif – avec la décision du Tribunal Constitutionnel 96hunma298, 27 mars 1997-*, *Jurisprudence administrative (n° 47, vol. 5), Institut coréen de jurisprudence administrative*, 2006, p. 14 et s.

SECTION II.

L'EXIGENCE D'UN ACCORD GLOBAL

Il est admis, en France comme en Corée du Sud, que le consentement au divorce par consentement mutuel est un consentement global. Ainsi conçu, il doit porter à la fois sur le principe du divorce et sur ses conséquences.

Ceci étant, on relève non pas une différence de nature mais de degré entre les deux systèmes juridiques. En effet, en parfaite conformité avec cette exigence d'un accord global, l'objectif de la loi française est que tout soit réglé par les époux dans la convention (§ 1). La loi sud-coréenne, pour sa part, n'exige le consentement des époux que pour les effets du divorce à l'égard des enfants (§ 2).

§ 1. UN ACCORD PORTANT SUR L'ENSEMBLE DES EFFETS DU DIVORCE EN DROIT FRANÇAIS

Certes, la volonté réelle, libre, et éclairée des époux matérialisée par une convention soumise à l'homologation du juge aux affaires familiales porte d'abord sur le principe même du divorce²¹³. En matière de divorce par consentement mutuel, l'accord des époux sur la dissolution du mariage est un consensus, autrement dit une volonté concordante²¹⁴. Mais elle concerne ensuite les conséquences du divorce tant dans les rapports entre époux (A) qu'à l'égard des enfants (B). C'est pourquoi la question appelle davantage d'explications.

²¹³ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 263 ; Le juge peut homologuer la convention et prononcer le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé et peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou l'un des époux.

²¹⁴ T. GARÉ, *Présentation de la réforme, La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 : pacification et simplification ?*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 15.

A. LES RAPPORTS ENTRE EPOUX

En cas de divorce par consentement mutuel, la convention a pour objet, à l'égard des époux, de régler l'ensemble des conséquences du divorce sous ses aspects tant personnels que patrimoniaux²¹⁵. Il en est ainsi, par exemple, de l'usage du nom d'un conjoint par l'autre après le prononcé du divorce.

S'agissant des aspects patrimoniaux, il faudra régler, au titre de la liquidation du régime matrimonial, la question du sort du logement familial²¹⁶. Le problème des donations consenties pendant le mariage doit être résolu. Enfin, les époux peuvent également prévoir dans cette convention le versement d'une prestation compensatoire selon les modalités qu'ils fixent librement.

Ces effets du divorce entre les époux, aussi bien personnels que patrimoniaux, appellent deux observations. D'une part, on s'explique que l'élaboration de la convention exige le recours à un avocat dont le ministère est obligatoire pour présenter la demande en divorce par consentement mutuel. Cette intervention est justifiée par les difficultés consécutives à l'élaboration d'un accord futur sur des points aussi fondamentaux et parfois en présence de biens importants²¹⁷.

D'autre part, parmi ces effets divers et variés, certains aspects ne pourront être remis en cause, alors que d'autres pourront faire l'objet d'une révision. S'agissant des règlements pécuniaires, telle que la prestation compensatoire, la loi du 11 juillet 1975 les avait voulus définitifs, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas susceptibles d'être remis en cause (ancien art. 279, al. 1^{er} et al. 2 C.civ.). Par la suite, les dispositions relatives à la prestation compensatoire ont subi des assouplissements²¹⁸.

²¹⁵ Cette convention porte le règlement complet des effets du divorce et inclut notamment un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation. Elle doit en effet comporter un état liquidatif comme le précise l'avant-projet de décret d'application. Et, à chaque fois qu'il existe des immeubles dans le patrimoine commun ou indivis à liquider cet état liquidatif doit être notarié : A. BÉNABENT, *La réforme du divorce -article par article-*, op. cit., p. 39.

²¹⁶ Cf. Infra. p. 229 (Chapitre I. Les effets du divorce à l'égard des époux dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

²¹⁷ « Il appartient aux époux de fixer la date des effets patrimoniaux du divorce dans la convention définitive » : P. COURBE, op. cit., p. 137.

²¹⁸ Cf. Infra. p. 232 (Chapitre I. Les effets du divorce à l'égard des époux dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

Il faut donc reconnaître que l'objectif d'apaisement, de dédramatisation du divorce par la concentration de ses effets au moment de son prononcé s'est avéré difficile à atteindre. Outre ces effets dans les rapports entre époux, la convention doit également aborder les conséquences du divorce à l'égard des enfants.

B. LES RAPPORTS AVEC LES ENFANTS

Entre autres problèmes à résoudre à l'égard des enfants²¹⁹, du fait de la séparation des époux, est celui de l'exercice de l'autorité parentale. Ayant posé en principe l'exercice en commun de l'autorité parentale, le législateur français, au nom de la coparentalité, a voulu instaurer une égalité dans le fonctionnement de l'autorité parentale même pour les parents divorcés. Et pour que cette égalité ne reste pas lettre morte, la décision a été prise d'encourager les parents à conclure des conventions ayant pour objet les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Il est acquis, par ailleurs, que la séparation des parents ne modifie pas l'obligation d'entretien qui leur incombe à l'égard de leurs enfants.

A ce propos, les parents divorcés peuvent fixer le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, aussi que les modalités d'exécution de cette contribution dans une convention qu'ils soumettent à l'homologation du juge.

Là encore, le législateur français de 1975, soucieux d'éviter le conflit d'après divorce, disposait, à travers l'ancien article 292 du Code civil, que la révision des dispositions de la convention homologuée concernant l'exercice de l'autorité parentale n'est envisageable que pour des motifs graves.

Après quelques hésitations, en vertu de la loi du 4 mars 2002, toutes ces conventions peuvent être désormais « *modifiées ou complétées à tout moment par le juge* » à la demande des ou d'un parent ou du ministère public (art. 373-2-13 C.civ.). Il appartient au juge à cette occasion d'apprécier l'intérêt de l'enfant.

Il convient, par ailleurs, d'observer que le double caractère juridictionnel et contractuel de la convention homologuée organisant les effets du divorce entre époux et à l'égard des enfants, a soulevé une controverse sur la question de savoir si elle peut être annulée sans

²¹⁹ Cf. Infra. p. 254 (Chapitre II. Les effets du divorce à l'égard des enfants dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

que le divorce ne soit remis en cause²²⁰. La Cour de cassation a tranché en faveur « du caractère indissociable du prononcé du divorce et l'homologation de la convention »²²¹ faisant obstacle à leur remise en cause « *hors des cas limitativement prévus par la loi* »²²².

Force est, enfin, de constater que la comparaison des législations française et sud-coréenne fait apparaître une différence relativement à cette exigence d'un accord global sur les effets du divorce.

§ 2. UN ACCORD EXCLUSIF DES REGLEMENTS PECUNIAIRES ENTRE EPOUX LORS DU DIVORCE EN DROIT SUD-COREEN

Traditionnellement, la loi sud-coréenne n'a pas cru nécessaire d'intervenir dans les règlements pécuniaires entre les époux divorcés (A). En revanche, elle a innové, de façon conséquente quoique tardive en ce qui concerne les effets du divorce à l'égard des enfants (B).

A. LE CARACTERE INOPERANT D'UN ACCORD RELATIF AUX REGLEMENTS PECUNIAIRES ENTRE EPOUX

Tout en admettant le principe selon lequel le divorce par consentement mutuel suppose un accord des époux sur le divorce et sur ses conséquences, accord matérialisé dans une convention, le droit sud-coréen n'a pas pour autant fait obligation aux époux d'y inclure des dispositions concernant les règlements pécuniaires entre eux²²³.

²²⁰ P. COURBE, *op. cit.*, p. 141 ; *la Cour de cassation a refusé que la convention fût annulée(dol)* (Civ. 2^e, 13 novembre 1991, *Bull.civ.* n° 303 ; *Deffrénois* 1992, art. 32595, n° 43, obs. J. MASSIP).

²²¹ La Cour de cassation a jugé qu'un vice du consentement ne permet pas la modification par le juge, sans l'accord des parties, de la convention homologuée : l'irrecevabilité de l'action paulienne exercée par un créancier (Civ. 2^e, 25 novembre 1999, *Dr. fam.* 2000, n° 22, note H. LECUYER), ou l'irrecevabilité de l'action subsidiaire de l'époux qui a renoncé à solliciter une prestation compensatoire (Civ. 1^{re}, 10 février 1998, *Dr. fam.* 1998, n° 53, note H. LECUYER). En outre, elle a décidé que l'état liquidatif compris dans la convention homologuée peut être annulé sur le fondement des nullités de la période suspecte, après ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un époux (Civ. 1^{re}, 25 janvier 2000, *Bull.civ.* N° 19 ; *D.* 2000.AJ. 103, obs. A.LIENHARD).

²²² A. TISSERAND, « *L'indésirable indivisibilité dans le divorce sur requête conjointe* », Et. HUET-WEILLER, LGDJ, 1994, p. 497 ; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 265 ; P. COURBE, *op. cit.*, p. 142.

²²³ En dépit de régime légal de la séparation des biens et de l'absence de disposition rendant obligatoire la liquidation du régime lors du divorce, le législateur de 1990 (n° 4199 du 13 janvier 1990) a institué la répartition des biens afin de résoudre des questions pécuniaires résultant du divorce (Seung-Wan HA, *L'amélioration et l'utilisation du système du contrat de mariage (Improvement and utilization of*

On s'explique la situation par le fait que le régime de séparation des biens a été consacré régime légal par le droit sud-coréen, donc largement pratiqué par les époux en matière de régime matrimonial²²⁴. Ceci posé, il importe d'apporter deux précisions.

D'une part, en l'absence d'une obligation légale, les époux peuvent volontairement présenter au juge une convention ayant pour objet les règlements pécuniaires entre eux lors du divorce par consentement mutuel²²⁵. Etablie par acte sous seing privé²²⁶, cette convention prendra définitivement effet au jour de la déclaration du divorce auprès de l'officier d'état civil²²⁷.

D'autre part, la mise en œuvre de la procédure particulière dite « *demande de répartition des biens* » peut être aussi une occasion offerte au juge, en cas de divorce par consentement mutuel²²⁸ ou de divorce contentieux, d'examiner les modalités d'une éventuelle convention, réglant tout ou partie des conséquences pécuniaires du divorce entre les époux²²⁹.

matrimonial property system), *Étude légale* (n° 33), *Centre de recherche de droit*, 2009, p. 187 et s. ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 156 et s. ; Byung-Ho PARK, *Les thèses de droit de la famille*, *op. cit.*, p. 242 ; Sou-San YANG, *Le droit de la famille et de l'héritage*, *op. cit.*, p. 232 et s. ; You-Sook MIN, *The desirable form of legislation on property division at divorce*, *Étude sur le droit de la famille* (n° 15, vol. 2), *The korean society of family law*, 2001, p. 101 et s.

²²⁴ La plupart des époux sont sous le régime de la séparation de biens. Et, la loi n'exige pas la liquidation du régime matrimoniale comme condition du divorce : Sang-Mook KIM et Sung-Ho YOUN, *Le régime matrimonial en Code civil*, *Étude légale* (n° 24), *Recherche de droit*, 2006, p. 138 et s. ; Sou-San YANG, *Le droit de la famille et de l'héritage*, *op. cit.*, 1998, p. 293.

²²⁵ Le Cour suprême 2001da14061, 19 août 2003 ; Le tribunal de Seoul 2008gahap60105, 30 octobre 2009 ; You-Sook MIN, *art. préc.*, p. 91 et s. : « *Pourtant, cette convention ne doit pas déroger à l'ordre public ou à l'équité entre les deux époux* » ; Young-Sou WON, *La problématique du régime matrimonial coréen et la solution - réflexion du statut social des femmes -*, *Étude des femmes asiatiques* (n° 31), *Institut des affaires pour les femmes asiatiques de l'université des femmes de Souk-Myung*, 1992, p. 98 et s.

²²⁶ A l'égard de la forme de cet état liquidatif, la convention peut être authentique ou sous seing privé : Kyung-Hee LEE, *Droit de la famille*, 4^e édition, *Bobwonsa*, 2008, p. 271.

²²⁷ Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 147 et s. ; Byung-Ho PARK, *Les thèses de droit de la famille*, *op. cit.*, p. 242 ; Sou-San YANG, *Le droit de la famille et de l'héritage*, *op. cit.*, p. 210 et s.

²²⁸ En cas de divorce par consentement mutuel, l'époux peut demander cette répartition des biens après la déclaration du divorce à la mairie. Par contre, lors du divorce contentieux, cette répartition est jointe à la demande de divorce (Gyung-Gun JUN, *The issues and reform measure of matrimonial property system on present Civil law*, *Étude sur le droit de la famille* (n° 19, vol. 1), *The korean society of family law*, 2005, p. 215).

²²⁹ Le juge peut homologuer les modalités de la convention réglant tout ou partie des conséquences pécuniaires du divorce lors de la demande de la répartition des biens. Ainsi, sans cette demande de répartition, le juge ne peut contrôler l'équité de la convention.

Si l'accord des époux n'est toujours pas requis, légalement, en ce qui concerne les règlements pécuniaires entre époux lors du divorce par consentement mutuel²³⁰, en revanche la nécessaire prise en considération des intérêts des enfants a fini par convaincre le législateur sud-coréen à imposer aux époux l'organisation, d'un commun accord, des conséquences du divorce à l'égard des enfants.

B. LES RAPPORTS AVEC LES ENFANTS

Avant la réforme issue de la loi de 1990, les interventions législatives de 1958²³¹ et de 1977²³² n'ont pas prévu que les époux devaient s'entendre sur les modalités de l'autorité parentale et du droit de garde des enfant²³³. La situation traduisait ainsi, selon la doctrine, une méconnaissance regrettable des intérêts de l'enfant²³⁴.

De plus, comme l'accord entre les époux n'est pas non plus nécessaire en vue des règlements pécuniaires entre eux, il en résultait que les époux pouvaient librement divorcer par consentement mutuel, dès lors qu'ils s'entendent seulement sur le principe du divorce.

Dans ces conditions, est intervenue la loi de 2007²³⁵. Désormais les époux doivent présenter au juge une convention soumise à l'homologation de ce dernier, prévoyant

²³⁰ La loi sud-coréenne n'impose pas aux époux de présenter la convention sur les effets patrimoniaux, autorisant de cette manière à ce qu'ils puissent les régler eux-mêmes librement. Pourtant l'autre côté, certains ont prétendu d'élargir la catégorie du contre des effets patrimoniaux entre des époux : Jin KIM, *A study on the better device of divorce system by agreement, Étude sur le droit de la famille (n° 19, vol. 1)*, *The korean society of family law*, 2005, p. 244.

²³¹ La loi n° 471 du 22 février 1958.

²³² La loi n° 3051 du 31 décembre 1977.

²³³ La loi de 2007 a renforcé et précisé en détail les modalités de la convention pour les enfants lors du divorce : l'autorité parentale, le droit de garde des enfants, le droit de visite (la durée, la périodicité et le lieu de la rencontre), le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation et les modalités d'exécution de cette contribution (Sang-Yong KIM, *Réflexion critique sur l'autorité parentale, Étude sur le droit de la famille (n° 11)*, *The korean society of family law*, 1997, p. 253 et s.).

²³⁴ Jou-Sou KIM, *Commentaires du Code civil, op. cit.*, p. 160.

²³⁵ La loi n° 8720 du 21 décembre 2007 ; Ainsi, le juge peut contrôler que la convention préserve les intérêts des enfants en droit sud-coréen. Par ailleurs, il peut modifier lui-même les modalités s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants (art. 837, al. 3 C.civ.) : Mae-Kyung KIM, *Comment va-t-on changer le divorce par consentement mutuel ?*, *Conciliation familiale (n° 7, Consultants du tribunal familial de Séoul)*, 2005. p. 32.

l'organisation des modalités d'exercice de l'autorité parentale, et de la contribution à l'entretien de l'enfant (art. 836-2 et art 837 C.civ.)²³⁶.

Si les deux systèmes juridiques reconnaissent que la volonté des époux présentant certains caractères est une condition nécessaire pour le divorce par consentement mutuel, pour autant, cette volonté, suffit-elle, à elle seule à faire le divorce.

²³⁶ Cf. *Infra.* p. 254 (Chapitre II. Les effets du divorce à l'égard des enfants dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

CHAPITRE II.

LA VOLONTE DES EPOUX EST EN PRINCIPE SUFFISANTE EN MATIERE DE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

La lecture des dispositions respectives du droit français et du droit sud-coréen permet de distinguer deux catégories d'éléments sur la question de la portée de la volonté des époux en matière de divorce par consentement mutuel.

D'une part, on relève des éléments qui vont dans le sens du caractère suffisant de la volonté des époux, notamment parce qu'ils n'ont aucune explication à donner sur les raisons qui les conduisent à demander le divorce (Section I).

D'autre part, et à l'inverse, certaines considérations amènent à reconnaître que le divorce, comme le mariage d'ailleurs, n'est pas un acte privé fondé exclusivement sur l'autonomie de la volonté individuelle, mais aussi un acte social, public dont les époux ne devraient pas être les seuls maîtres (Section II).

SECTION I.

L'INDIFFERENCE DES MOTIFS DU DIVORCE

« *Faut-il toujours une cause pour divorcer ?* » Telle est la question pertinente posée par la doctrine ²³⁷ qui la considère comme liée à une « *logique d'indissolubilité du mariage* »²³⁸.

En effet, dans les deux systèmes juridiques, français et sud-coréen, le principe est donc que lors de la présentation de leur requête en divorce par consentement mutuel, les époux n'ont pas à faire connaître au juge les raisons de leur volonté de divorcer (art. 1090 Code de procédure civile français, et art. 834 et art. 836 Code civil sud-coréen)²³⁹. Le professeur CARBONNIER parlait alors « *d'un divorce mystique* », mystérieux quant à sa cause. La doctrine sud-coréenne, pour sa part, y voyait un divorce pour cause secrète.

Or, par définition, il y a éventuellement divorce parce qu'il y a mésentente entre époux. Et cette mésentente a une origine. Il s'agit peut-être de la faute d'un époux mais également d'autres faits de nature à rendre insupportable le maintien de la vie commune. Ce divorce a

²³⁷ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 180 ; J.J. LEMOULAND, *La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, art. préc.*, p. 1828 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 160 et s. ; Yong-Han KIM, *La déclaration sur le divorce par consentement mutuel, BUB-JUNG, 1960*, p. 120 et s.

²³⁸ Il s'agissait d'affirmer par là que le mariage n'était pas un contrat que le seul accord de volontés suffit à dissoudre mais, comme l'enseigne la majorité de la doctrine juridique, une institution : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 9.

²³⁹ Le juge n'a pas la compétence pour apprécier les motifs qui poussent les époux à divorcer (F. BOULANGER, *Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille, JCP 1993, I, 3665*) ; « *A fortiori, le juge n'a pas à examiner si le divorce est opportun, ou si les motifs des époux sont fondés ou raisonnables, même s'il lui apparaît que le divorce convenu a pour but d'atteindre un résultat étranger à la rupture, par exemple un changement de nationalité ou un avantage fiscal* » (P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 261) ; Le divorce par consentement mutuel est un divorce pour cause secrète (Sang-Yong KIM, *Le droit de la famille et la société changée, art. préc.*, p. 458 et s.) ; Il suffit que le juge confirme la conviction des époux. Les époux n'ont pas à faire connaître la cause de divorce devant le juge dans une comparution. Et, le juge doit prononcer le divorce s'il acquiert la conviction (Sang-Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce, L'étude du droit de la famille II, Bobmounsa, 2006*, p. 111 ; Sang-Yong KIM, *Die einverständliche Scheidung in rechtsvergleichender Sicht -Ein Vorschlag zur Reform der koreanischen einverständlichen Scheidung, art. préc.*, p. 24.).

donc une cause, au sens non juridique du terme. Toutefois les époux n'ont pas à faire connaître au juge ces motifs²⁴⁰.

La situation, ainsi exposée, suscite deux observations. D'une part, cela signifie qu'il n'est besoin d'aucun fait objectif qui vienne conforter la volonté des époux. Il en résulte que, au sens juridique du terme, la seule et vraie cause est la volonté conjointe des époux en matière de divorce par consentement mutuel²⁴¹.

D'autre part et c'est la seconde observation qui est une conséquence de la première, on a fait remarquer que cette conception serait de nature à conforter la thèse de ceux qui voient dans le mariage un contrat.

Toutefois, l'idée selon laquelle le mariage est seulement un contrat que le seul accord de volontés suffit à dissoudre, n'a pas empêché le législateur français de 1975 de prévoir un cadre procédural permettant au juge d'effectuer un contrôle de la volonté au nom de l'équilibre des intérêts en présence lors du divorce par consentement mutuel.

Mieux, le droit sud-coréen a même prévu l'intervention d'une autorité administrative, en l'occurrence l'officier d'état civil, dont la mission soulève cependant de multiples interrogations.

²⁴⁰ Mi-Gyung JO, *art. préc.*, p. 223.

²⁴¹ Civ. 1^{re} 17 novembre 1981, D. 1982.573, note P. GUIHO ; *JCP* 1982.II.19842, note M. GOBERT ; Defrénois 1982, art. 32967, n°79, note J. MASSIP ; *Rev. Crit. DIP* 1982.669, note J. FOYER ; P. COURBE, *op. cit.*, p. 137 : « *Alors, le juge n'a pas à vérifier si les motifs sont sérieux ni si leurs mobiles sont licites* ».

SECTION II.

L'ENCADREMENT DE LA VOLONTE DES EPOUX LORS DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

Toutes les formes de divorce prévues par les droits sud-coréen et français ont en commun de se dérouler devant le tribunal et plus précisément devant le juge aux affaires familiales en France et le juge du tribunal familial en Corée du Sud (§ 1).

Par contre, le droit sud-coréen se distingue lorsqu'il oblige les époux munis du certificat délivré par le juge (art. 836 C.civ. et art. 76 et art. 79 Code de registre de la famille) à déclarer leur divorce par consentement mutuel à la mairie. Le rôle ainsi assigné à l'autorité administrative mérite alors qu'on s'y attarde davantage (§ 2).

§ 1. L'INTERVENTION JUDICIAIRE ET LA VOLONTE DES EPOUX

La procédure se déroulant devant le juge, en partie comme en Corée du Sud ou en totalité comme en France, on peut raisonnablement conclure au caractère obligatoirement judiciaire du divorce par consentement mutuel dans les deux systèmes juridiques. Une analyse plus fine conduirait toutefois à relativiser cette affirmation²⁴².

Nonobstant les différentes propositions visant à la « *déjudiciarisation* » du divorce, il est désormais acquis en droit français que la volonté des époux ne suffit pas à elle seule à faire le divorce. Il faut qu'intervienne le juge aux affaires familiales dont il faut toutefois préciser davantage le rôle dans le cadre d'une procédure de divorce par consentement mutuel. En effet, le rôle du juge n'a pas la même nature selon que les époux sont en désaccord ou en accord.

²⁴² I. THÉRY, *Couples, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, op. cit., 1998, p. 122.

En l'occurrence, puisque tout repose sur la volonté concordante des époux, on sait que le rôle du juge est d'abord de vérification. Nous verrons²⁴³ que concrètement cette mission consiste à vérifier la régularité technique et juridique de la procédure, à s'assurer que les intérêts familiaux n'ont pas été méconnus par la convention proposée par les époux. C'est ensuite seulement qu'il va pouvoir homologuer la convention et du coup prononcer le divorce.

Néanmoins il faut aussitôt observer que le rôle du juge ainsi décrit, est une mission de « *contrôle lié* ». Cela signifie que si le contrôle qu'il effectue ne lui paraît pas permettre de prononcer le divorce, en homologuant la convention en l'état, il ne peut que rejeter la requête et non la rectifier ou la modifier. Nous avons vu²⁴⁴ qu'on est ici en présence d'un tout indivisible. Par ailleurs, en cas de modification par le juge, on estime que la convention n'est plus le reflet sincère et exact de la volonté des époux.

A ce stade de notre analyse, on peut relever deux différences entre le droit français et le droit sud-coréen relativement à l'intervention judiciaire face à la volonté des époux. Nous savons qu'en Corée du Sud, lors du divorce par consentement mutuel, la convention proposée par les époux doit régler tous les effets du divorce relatifs à l'exercice de l'autorité parentale et à la contribution à l'entretien des enfants (art. 836-2 et art. 837 C.civ.)²⁴⁵. A l'issue du contrôle exercé par le juge sud-coréen, celui-ci, à la différence du juge français, peut lui-même modifier les modalités prévues par la convention, s'il constate qu'elle préserve insuffisamment les intérêts des enfants (art. 837, al. 3 C.civ.)²⁴⁶.

Par ailleurs, en droit français, après avoir examiné la convention, le juge peut prononcer le divorce et homologuer la convention par la même décision et sur le champ. Il existe, nous-dit on, au niveau procédural, une indivisibilité des deux mesures²⁴⁷.

Ce qui n'est pas le cas en droit sud-coréen. En effet, après le contrôle effectué sur la convention, le juge délivre un certificat attestant la réalité et la sincérité de la volonté

²⁴³ Cf. *Infra*. p. 159 (Chapitre I. Le déroulement procédural du divorce par consentement mutuel dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

²⁴⁴ Cf. *Supra*. p. 62 (Titre I. Le divorce par consentement mutuel dans la Partie I. Le pluralisme législatif en matière de divorce).

²⁴⁵ Cf. *Supra*. p. 67 (*Idem*).

²⁴⁶ Jou-Sou KIM, *Commentaires du Code civil*, *op. cit.*, p. 151.

²⁴⁷ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 195.

concordante des époux. Munis de ce document, les époux devront alors procéder à une autre formalité, celle d'une déclaration auprès de l'autorité administrative, en l'occurrence l'officier d'état civil, pour aboutir au prononcé de ce divorce par consentement mutuel.

§ 2. L'INTERVENTION D'UNE AUTORITE ADMINISTRATIVE ET LA VOLONTE DES EPOUX

Selon le droit sud-coréen, la décision du juge du tribunal familial ne suffit pas pour prononcer le divorce par consentement mutuel.

Aux termes des articles 836, alinéa 1^{er} et 2 du Code civil et 75 du Code de registre de la famille, les époux doivent présenter le certificat de divorce délivré par le juge pour accomplir la formalité de déclaration du divorce à la mairie.

Ainsi décrite, la formalité administrative appelle deux précisions relatives à son origine et sa finalité. Sous l'empire de la loi du 22 février 1958, le passage devant le juge n'étant pas prévu, la déclaration à la mairie, en cas d'accord entre les époux, était la seule condition posée pour le divorce par consentement mutuel. Il s'agissait donc d'un divorce purement administratif, dépourvu de tout contrôle sur la réalité et la sincérité du consentement des époux.

Par la suite, lorsque les lois postérieures²⁴⁸ ont rendu obligatoire l'intervention judiciaire, il n'en est pas résulté la suppression de la formalité administrative. Au contraire, le législateur sud-coréen a fait le choix du maintien de cette formalité, décision qui explique dans le droit actuel la coexistence de la procédure judiciaire et de la procédure administrative.

S'agissant de la formalité administrative, nous verrons²⁴⁹ qu'elle produit à la fois un effet suspensif dans la mesure où le divorce n'est définitif qu'après l'accomplissement de la déclaration et un effet résolutoire car l'absence de déclaration dans le délai de trois mois après l'intervention du juge, a pour conséquence l'annulation de la décision judiciaire, valant renonciation au divorce de la part des époux. Ces effets de la déclaration auprès d'une autorité administrative nous interpellent pour deux raisons.

²⁴⁸ La loi de 1977 et de 1990.

²⁴⁹ Cf. *Infra*. p. 165 (Chapitre I. Le déroulement procédural du divorce par consentement mutuel dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

En comparaison, remarquons d'abord qu'en droit français, le jugement de divorce devra être mentionné à l'état civil en marge de l'acte de mariage et des actes de naissance des époux. Mais il ne s'agit que d'une mesure de publicité, étant donné que la date de la mention fixe aussi le moment de l'opposabilité aux tiers.

Ensuite s'agissant de la nature juridique de cette déclaration à la mairie, nous verrons qu'elle n'est pas seulement un acte déclaratif destiné à constater un fait préexistant mais aussi un acte constitutif qui crée un nouvel état, une situation juridique nouvelle²⁵⁰ et qui est normalement le caractère attaché à un jugement de divorce. Toujours est-il qu'on a pu parler d'atteinte à la séparation des pouvoirs. Pour échapper à cette critique, deux types de solutions sont envisageables.

D'une part, on peut suggérer la suppression de l'intervention judiciaire, le divorce résultant alors de la seule déclaration exprimée devant l'officier d'état civil, ce qui, en droit sud-coréen, constitue du reste, un retour au divorce purement administratif applicable avant la loi de 1977²⁵¹. Cette idée est séduisante en raison, d'abord, de la simplicité d'une telle procédure, ensuite à cause de l'économie réalisée sur le coût du divorce, enfin parce qu'elle est réputée respectueuse de la volonté individuelle²⁵². Soulignons au passage que cette « *déjudiciarisation* » du divorce a été aussi proposée en France en 1998²⁵³.

D'autre part, les opposants à la « *déjudiciarisation* » proposent, quant à eux, la suppression de la déclaration administrative²⁵⁴. Au soutien de cette solution, on avance la

²⁵⁰ Peut-on soutenir que le juge sud-coréen se contente d'attester la réalité du consentement des époux par la délivrance d'un certificat mais ne prononce pas le divorce ?

²⁵¹ En Corée du sud, la réforme relative au divorce, la loi de 1958 et de 1963, disposait que les époux déclarent leur consentement du divorce à l'officier de l'état civil (Jou-Sou KIM, *Droit de la famille, Bobmounsa*, 2^e éd., 1992, p. 260 ; Sou-San YANG, *Le droit de la famille et de l'héritage*, *op. cit.*, p. 293.).

²⁵² Le retrait du juge serait conforme à la liberté individuelle et respectueuse de la vie privée. Puisqu'on a le droit de divorcer, il n'est donc pas nécessaire de maintenir, à travers le juge, un contrôle social (P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 259).

²⁵³ La suppression de ce contrôle a été suggérée, en 1998, par I. Théry que le divorce aurait pu résulter de la seule déclaration des époux exprimée devant un officier de l'état civil (ou d'un acte dressé par un avocat ou un notaire) (I. Théry, *Couples, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, *op. cit.*, 1998, p. 122) ; H. HULCHIRON, *Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce notarial)*, *art. préc.*, p. 365.

²⁵⁴ Dong-Sub PARK, *Le droit de la famille*, *op. cit.*, p. 612.

protection de la personne, vocation première du juge civil²⁵⁵. En effet le divorce met en jeu divers intérêts, ceux des époux et des enfants notamment, mieux protégés par le contrôle judiciaire en amont ²⁵⁶. Par ailleurs, ils estiment que l'intervention administrative contribuerait à « *desinstitutionnaliser* » le mariage.

Conscients du fait que le divorce par consentement mutuel, quoique souhaitable dans la perspective d'une procédure et un après-divorce apaisés, ne reflète pas toujours la réalité, les législateurs français et sud-coréen ont élargi le domaine du choix offert aux époux confrontés à une crise conjugale, en leur proposant d'autres modalités, au cas où ils veulent rompre définitivement le lien : les divorces contentieux.

²⁵⁵ Sang-Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce, L'étude du droit de la famille II, Bobmounsa.*, 2006, p. 111 ; Sang-Yong KIM, *Die einverständliche Scheidung in rechtsvergleichender Sicht -Ein Vorschlag zur Reform der koreanischen einverständlichen Scheidung*, art. préc., p. 24.

²⁵⁶ S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, La Documentation française*, 2008.

TITRE II.

LES DIVORCES CONTENTIEUX

Nonobstant le pluralisme des cas de divorce adopté par les deux systèmes juridiques, il est permis de distinguer, en fait, deux ensembles. Nous avons étudié²⁵⁷, celui qui se caractérise par une volonté concordante des époux pour mettre fin à leur vie commune, dans lequel figure, aussi bien en France qu'en Corée du Sud, le divorce par consentement mutuel.

Cette fois, les cas où la volonté partagée des époux n'a plus sa place, car un seul des époux souhaite divorcer²⁵⁸, ont été réunis sous l'appellation de « *divorces contentieux* », dont la cohérence a été renforcée en droit français, par la création en 2004 d'un « *tronc commun* » procédural. La comparaison des législations permet alors d'opérer, au sein de cette catégorie de divorces contentieux, la distinction entre, d'une part, les hypothèses communes aux droits sud-coréen et français (Chapitre I) et celle qui est propre à un seul système juridique, en l'occurrence français, d'autre part (Chapitre II).

²⁵⁷ Cf. Supra. p. 52 (Titre I. Le divorce par consentement mutuel dans la Partie I. Le pluralisme législatif en matière de divorce).

²⁵⁸ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 269 et s.

CHAPITRE I.

LES CAS COMMUNS AUX DEUX SYSTEMES JURIDIQUES EN MATIERE DE DIVORCE CONTENTIEUX

Sans doute, le dénominateur commun dans tous les divorces est-il l'échec du mariage. Toutefois, les circonstances de cet échec diffèrent d'un couple à l'autre. Il en est résulté le souci partagé par les législateurs français et sud-coréen de proposer aux époux « *un divorce à la carte* »²⁵⁹.

Dès lors, parmi les conceptions qui peuvent présider à la détermination des cas retenus comme permettant le divorce, les deux systèmes juridiques ont porté leur choix, d'une part sur la conception du divorce dit divorce sanction où l'on cherche à établir une faute commise dans le passé par l'un ou l'autre des époux pour justifier la rupture du lien conjugal (Section II), et, à l'opposé la conception d'un divorce faillite, où il importe seulement de constater dans le présent la désunion du ménage, pour y apporter un remède pour l'avenir, à savoir la dissolution du mariage (Section I).

²⁵⁹ Cf. Supra. p. 46 (Partie I. Le pluralisme législatif en matière de divorce).

SECTION I.

LES CAS DE DIVORCE FAILLITE

En France, une des innovations de la loi de 1975 a été d'ouvrir la possibilité de divorcer pour cause objective, matérialisée par le divorce pour rupture de la vie commune²⁶⁰. Le fondement de ce divorce est de permettre à un époux de recouvrer sa liberté sans l'accord de son conjoint et sans avoir de faute à lui reprocher, mais en se prévalant seulement de l'absence de communauté de vie²⁶¹. Les oppositions ont été vives²⁶². C'est la raison pour laquelle, ce type de divorce ne peut être demandé que dans des situations bien particulières et que le demandeur devait en supporter les conséquences. Présenté comme l'héritier du divorce pour rupture de la vie commune, le divorce nouvellement intitulé par la loi de 2004 « *pour altération définitive du lien conjugal* » (art. 237 C.civ.) a, en réalité, subi une profonde transformation. Toujours soupçonné d'être une forme de répudiation²⁶³, le législateur de 2004 a pourtant voulu en faire un divorce à part entière, sans être un divorce à part (§ 1).

Toujours est-il que la tentation est alors grande de faire le rapprochement avec le cas prévu par l'article 840, n° 6 du Code civil sud-coréen. En effet, aux termes de cette disposition, un époux peut demander le divorce « *pour le motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal* ». Ce type de divorce a aussi soulevé une controverse non seulement à cause de l'ambiguïté de la notion de motif grave²⁶⁴, mais également du fait qu'il est perçu

²⁶⁰ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 283

²⁶¹ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 29.

²⁶² J.J. LEMOULAND, *La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, art. préc.*, p. 1829 ; H. LÉCUYER, *Brèves observations sur la proposition de loi portant réforme du divorce, Dr. famille* 2001, chron. 26 ; D. FENOUILLET, *La suppression du divorce pour faute ou feu le pluralisme en droit de la famille !, AJ famille* 2001, p. 82.

²⁶³ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 284 ; A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 196.

²⁶⁴ Kun-Sik LEE, *Relative grounds of divorce, art. préc.*, p. 239.

comme une situation bâtarde qui tient de deux genres différents, divorce faillite et divorce sanction (§ 2)²⁶⁵.

§ 1. LE DIVORCE POUR ALTERATION DEFINITIVE DU LIEN CONJUGAL

Parmi les innovations que l'on doit à la loi de 1975, celle qui a institué le divorce pour rupture de la vie commune a été la plus contestée. Rappelons que ce type de divorce a pour fondement la reconnaissance du droit de ne plus rester dans les liens du mariage, dès lors que celui-ci n'existe plus faute de communauté de vie entre les époux durant un temps suffisamment long pour considérer que cette vie commune ne pourra plus se reconstituer²⁶⁶.

En effet, si les articles 237 et 238 du Code civil posaient des conditions strictes et contraignantes, la jurisprudence, pour sa part, n'a pas été en reste et a multiplié les obstacles procéduraux en se montrant très exigeante sur l'obligation faite à l'époux demandeur de prendre en charge les conséquences, notamment financières, de la séparation²⁶⁷. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que ce type de divorce n'occupait qu'une place très marginale. Il représentait à peine 1, 5 % des divorces prononcés²⁶⁸.

Voulant rompre définitivement avec ce passé, le législateur de 2004 a d'abord changé jusqu'à la dénomination de ce cas de divorce, en substituant au divorce pour rupture de la vie commune, le divorce pour altération définitive du lien conjugal, ensuite, et surtout, en faisant évoluer les causes de cette altération dans le sens d'un assouplissement (A), enfin en l'intégrant désormais dans le droit commun du divorce quant à ses effets (B).

²⁶⁵ Dans l'article 840 alinéa 1^{er} à 6 du Code civil coréen, il est prévu six cas de rupture comme dans les divorces contentieux. L'alinéa 6 est sur le principe de la faillite du mariage et les autres cas sont sur le principe de la faute : Eun-Hee CHO, *art. préc.*, p.143.

²⁶⁶ P. COURBE, *op. cit.*, p. 148.

²⁶⁷ Civ. 2^e, 26 septembre 2002, *Bull. civ. II*, n° 188.

²⁶⁸ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 26.

A. ASSOUPLISSEMENT DES CONDITIONS DU DIVORCE

Ce divorce pour altération définitive du lien conjugal introduit par la loi du 26 mai 2004 s'inspire, par certains côtés, de l'ancien divorce pour rupture de la vie commune issu de la loi du 11 juillet 1975.

Ainsi, le problème est-il posé de la même manière dans les deux versions : depuis de nombreuses années toute vie conjugale a cessé, pourquoi, dans ces conditions, maintenir de façon artificielle, fictive, le mariage ? De même, la question reçoit une réponse dont le fondement est aussi identique en 1975 comme en 2004 : il s'agit de permettre à un époux de recouvrer la liberté sans l'accord du conjoint et sans avoir de faute à lui reprocher²⁶⁹.

En revanche, pour l'essentiel, les deux formes de divorce diffèrent. Ainsi, en est-il des conditions du divorce. A ce propos, l'ancien article 237 du Code civil mettait l'accent sur la durée de la rupture à savoir « *une séparation de fait prolongée pendant une période de six ans* » pour qu'on puisse prononcer le divorce. La nouvelle rédaction que l'on doit à la loi de 2004 insiste sur son aspect définitif²⁷⁰, dans la mesure où « *le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré* » (art. 237 C.civ.) (1).

S'agissant ensuite de l'altération des facultés mentales, l'autre cas permettant de prononcer le divorce en raison de la rupture de la vie commune selon des conditions particulières et un régime procédural bien défini, plus qu'une transformation, il a fait l'objet d'une suppression pure et simple. Cette disparition de la cause spécifique fondée sur l'altération des facultés mentales (2) a eu pour effet de rendre le divorce pour altération définitive du lien conjugal un divorce comme un autre et non un divorce à part.

1. Altération définitive du lien conjugal, véritable condition du divorce

Aux termes de l'article 237 du Code civil, le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré. Le texte suivant, l'article 238 du

²⁶⁹ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 197 : le nom de ce divorce intitulé est expressif plus qu'exact car le « *lien conjugal* » n'est pas une notion affective, mais un concept juridique dont on perçoit mal qu'il soit « *altéré* ».

²⁷⁰ P. COURBE, *op. cit.*, p. 148.

Code civil, apporte deux précisions relativement à l'origine de l'altération définitive du lien conjugal.

Elle peut résulter soit d'une séparation prolongée de deux ans (a) soit par dérogation à cette exigence de délai, du simple constat de l'échec du mariage (b).

a. Altération définitive résultant d'une vie séparée de deux ans

Sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, l'ancien article 237 du Code civil faisait de « *la séparation de fait* » la cause même du divorce pour rupture de la vie commune. C'était aussi la cause unique car la loi n'imposait pas d'autres conditions. Mieux, elle ne faisait pas mention d'une éventuelle imputabilité de la rupture à l'un des époux. Sans doute pour faire valoir la conception novatrice du divorce pour altération définitive du lien conjugal, le législateur de 2004 a renoncé à réutiliser les expressions « *séparation de fait* » et « *rupture* » au profit des termes « *cessation de communauté de vie* » et de « *vie séparée* » visés par le nouvel article 238 du Code civil, « *en raison de leur caractère objectif* » nous dit-on²⁷¹.

Toutefois le changement de vocabulaire n'a pas réussi ni à raréfier le contentieux ni à mettre fin aux débats relatifs aussi bien aux éléments constitutifs de la cessation de communauté de vie qu'à sa durée. Sur la condition de la cessation de la vie commune, l'origine de la controverse remontait à une décision de la Cour de cassation²⁷² qui exigeait en matière de divorce pour rupture de la vie commune qu'elle doit à la fois revêtir un aspect matériel (l'absence de cohabitation) et un aspect psychologique (la volonté de rompre le lien)²⁷³.

Si l'accord est réalisé autour de la nécessité d'un élément matériel qui est le fait de ne plus vivre ensemble, en revanche l'élément intentionnel qui est la volonté de rompre la

²⁷¹ En ce sens P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 285 ; P. COURBE, *op. cit.*, p. 149.

²⁷² Civ. 2^e, 30 jan. 1980, *Bull. civ.* II, n° 17 ; *JCP* 1981.II.19521, note R. LINDON ; *Defrénois* 1980.1206, note J. MASSIP ; *D.* 1981. IR. 70, note A. BRETON.

²⁷³ « *La notion de séparation de fait supposait ainsi à la fois un élément matériel, la séparation de résidence, et un élément psychologique ou morale ou affectif, la volonté unilatérale de vivre séparé* » (P. COURBE, *op. cit.*, p. 149) ; « *La séparation matérielle risquait d'être rendue inefficace faute d'établir qu'elle s'accompagnait d'une séparation affective, preuve à l'objet incertain et subjectif. Cette précision introduisait des ambiguïtés débouchant sur une restriction* » (A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 198).

cohabitation faisait débat²⁷⁴. En effet, on reconnaît que cette intention est utile pour distinguer cessation de la communauté de vie de certaines hypothèses dans lesquelles les époux vivent séparément sans avoir pour autant la volonté de rompre. Ainsi, est-ce le cas de conjoints qui ont des domiciles distincts pour des raisons professionnelles ou d'autres motifs qui n'ont rien à voir avec l'idée de séparation²⁷⁵.

Toujours est-il qu'après de nombreux débats²⁷⁶, il est acquis que, dorénavant, en vertu de la nouvelle rédaction des articles 237 et 238, alinéa 1 du Code civil, il suffit que les époux vivent séparés depuis un délai de deux ans pour que le lien conjugal soit dissous. « Plus n'est besoin d'apprécier l'état d'esprit passé et présent des intéressés, leurs intentions initiales ou leurs regrets »²⁷⁷. Seul importe donc le fait matériel, objectif, d'une vie séparée de deux ans.

En effet, en application de l'article 238 du Code civil, la loi impose un minimum de deux ans pour que la vie séparée des époux caractérise une altération définitive du lien conjugal²⁷⁸. Cette exigence, là encore, appelle quelques observations.

D'abord il s'agit d'un délai préfixe, en principe il ne peut donc être ni interrompu, ni raccourci. Néanmoins, en cas de reprise de la vie commune, il prend fin²⁷⁹. Et si une

²⁷⁴ Civ. 2^e, 11 juillet. 1979, *Bull. civ.* II, n° 206 ; *JCP* 1980.II.19400, note R. LINDON ; *D.* 1981. IR. 70, note A. BRETON ; La loi parlait de séparation de fait. La Cour de cassation avait jugé qu'une séparation légale consécutive à un jugement de séparation de corps pouvait servir de fondement à une demande en divorce pour rupture de la vie commune : Civ. 2^e, 11 octobre 1989, *Bull. civ.* II, n° 179 ; *Deffrénois* 1990.298, obs. J. MASSIP ; La Cour de cassation avait jugé qu'une séparation légale consécutive à un jugement de séparation de corps pouvait servir de fondement à une demande en divorce pour rupture de la vie commune, même s'il s'agissait d'une séparation de corps obtenue par la requête conjointe : Civ. 2^e, 11 déc. 1991, *Bull. civ.* II, n° 343 ; *Deffrénois* 1992.724, obs. J. MASSIP.

²⁷⁵ Matériellement, des époux sont séparés de fait quand ils n'habitent plus sous le même toit car il existe des circonstances de vie séparée comme l'emprisonnement d'un époux ou l'hospitalisation ou l'expatriation, une telle séparation ne signifie pas directement la rupture entre les époux : P. COURBE, *op. cit.*, p. 149.

²⁷⁶ MONSTALLIER, *Le divorce pour rupture de la vie commune*, *RTD civ.* 1980.266 ; J. MASSIP, *Le divorce pour séparation de fait et la pratique des tribunaux*, *D.* 1980, chron. 81 ; LINDON, *L'accueil fait par les tribunaux au divorce pour rupture de la vie commune*, *JCP* 1977.I.2857 et 2865 ; *JCP* 1978.I.2886 ; *JCP* 1979.I.2946.

²⁷⁷ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 285 et s.

²⁷⁸ Après de nombreux débats, la durée de deux ans a paru suffisante du fait de l'acceptation sociale croissante de ce type de procédure : P. COURBE, *op. cit.*, p. 149.

²⁷⁹ Deux années seront cependant nécessaires à compter de la fin de cette période de réconciliation pour que le délai exigé par la loi soit accompli, lorsque la réconciliation est rétablie. Il n'y a pas d'interruption du délai de deux ans, tant qu'une réconciliation pour régler des questions d'ordre pécuniaire ou bien pour s'occuper des enfants n'est pas intervenue.

nouvelle séparation intervient après, le délai repart à zéro²⁸⁰. Il n'est d'ailleurs pas sans intérêt d'observer qu'il s'agit d'une réduction significative de l'ancien délai de six ans, ramené à deux ans²⁸¹.

Ensuite s'est posée la question de savoir à quel moment faut-il se placer pour vérifier si le délai imparti est écoulé ? En disposant que la durée de la séparation de deux ans est acquise au jour de l'assignation, l'article 238 du Code civil fournit une réponse qui, en réalité, précise la portée de cette exigence de délai. En effet, il en résulte que le défaut d'expiration du délai de deux ans n'est pas un obstacle au dépôt d'une requête initiale en divorce car, nous le verrons²⁸², elle n'indique pas les motifs du divorce. En revanche, il faut que le délai ait expiré au jour de l'assignation qui comporte la cause du divorce²⁸³. D'ailleurs, l'article 1126 du Code de procédure civile mentionne que le juge ne peut pas relever d'office le moyen tiré du défaut d'expiration du délai de deux ans prévu par l'article 238 du Code civil précité²⁸⁴.

Enfin, aux termes de l'alinéa 2 du même article 238 du Code civil, le délai de deux ans n'est pas exigé dans le cas où la demande pour altération définitive du lien conjugal n'est pas présentée à titre principale comme nous venons de le voir, mais reconventionnellement à une demande principale pour faute qui est rejetée²⁸⁵. Ce cas particulier n'est donc pas resté sans conséquence sur la cause du divorce.

²⁸⁰ La preuve de la séparation est un fait juridique et pourra être faite par tous les moyens : quittances de loyers, facture d'électricité ou de téléphone, témoignages, relevés bancaires, bulletins de salaire (Civ. 2^e, 2 octobre 1980, *Bull. civ.* II, n° 193 ; *D.* 1981. IR. 70, note A. BRETON).

²⁸¹ Cette preuve relève du pouvoir souverain des juges du fond : il appartient au juge aux affaires familiales de trancher, en vertu du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (Civ. 2^e, 11 juillet 1979, *Bull. civ.* II, n° 206 ; Civ. 2^e, 2 octobre 1980, *Bull. civ.* II, n° 193 ; Civ. 2^e, 25 jan.1984, *Bull. civ.* II, n° 12, mais dans la phase de la procédure (Civ. 2^e, 18 juin.1981, *Gaz. Pal.* 1982.1.14, note J. VIATTE).

²⁸² Cf. *Infra.* p. 175 (Titre I. La procédure du divorce dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

²⁸³ Il n'est nullement inconcevable que le délai de deux ans ne soit pas expiré lors de la requête en divorce : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 28 et s.

²⁸⁴ Le rejet d'une première demande en divorce en durée insuffisante de la séparation de fait ne peut interdire d'en introduire une seconde lorsque la séparation a atteint la durée légale : Civ. 2^e, 12 octobre 1988, *Bull. civ.* II, n° 195 ; Civ. 2^e, 11 juillet 1979, *Bull. civ.* II, n° 206 ; Civ. 2^e, 2 octobre 1980, *Bull. civ.* II, n° 193 ; Civ. 2^e, 25 jan.1984, *Bull. civ.* II, n° 12 ; Civ. 2^e, 18 juin.1981, *Gaz. Pal.* 1982.1.14, note J. VIATTE.

²⁸⁵ Le fait que l'un des époux demande le divorce pour faute alors que l'autre demande aussi la dissolution du mariage pour l'altération du lien conjugal fait en effet apparaître que l'union ne peut plus être maintenue, que l'échec du mariage est irrémédiable (J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 31). Il suffit dès lors au défendeur de former une demande reconventionnelle. Cela seul montre que le lien conjugal est définitivement altéré (P. COURBE, *op. cit.*, p. 151).

b. Altération définitive résultant du caractère certain de l'échec du mariage

Dès l'adoption de la version de 1975, ce type de divorce par lequel un époux peut l'imposer à son conjoint, en se prévalant de l'absence de cohabitation n'a pas reçu un accueil favorable. C'est pourquoi le législateur en 1975, comme, du reste, en 2004 a toujours essayé de concilier les opposants et les partisans de cette forme de divorce. A ce propos, le conjoint qui va subir la demande peut naturellement y résister en démontrant que les conditions requises par la loi ne sont pas remplies. Mais il dispose surtout de moyens de défense particuliers, entre autres la demande reconventionnelle.

L'hypothèse est prévue par l'article 238, alinéa 2 du Code civil. En l'occurrence, le juge est saisi d'une demande principale en divorce pour faute par l'un des époux. L'époux défendeur aura riposté par une demande reconventionnelle en divorce pour altération définitive. En cas de rejet de la demande en divorce pour faute, le juge prononcera en application de l'article 238, alinéa 2 du Code civil, le divorce pour altération définitive du lien conjugal, sans avoir à respecter le délai de deux ans exigé par l'alinéa 1^{er} du même article 238 du Code civil.

Deux précisions s'imposent à la suite de l'admission de cette nouvelle cause d'altération du lien conjugal.

D'une part il est indéniable que la cause du divorce retenue est purement objective. L'altération du lien conjugal est définitivement établie par le comportement de l'époux qui a pris l'initiative de la demande principale en divorce pour faute, quoique rejetée, ajouté à la volonté de divorcer manifestée par l'époux défendeur présentant une demande reconventionnelle. En dernière analyse, ce cas particulier montre bien que c'est le « *caractère certain de l'échec du mariage qui est la cause profonde et véritable de ce type de divorce* »²⁸⁶.

D'autre part, l'article 238, alinéa 2 du Code civil, en permettant au juge de prononcer le divorce sous la seule condition que l'altération définitive du lien conjugal lui apparaisse indiscutable atteste, là encore, que ce dernier dispose d'une compétence liée.

²⁸⁶ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 287.

Positivement, l'innovation due à la loi de 2004 consistait donc à apporter une précision sur la notion d'altération définitive. Négativement, elle se traduit par la suppression de la cause spécifique fondée sur l'altération des facultés mentales.

2. La disparition de la cause spécifique fondée sur l'altération des facultés mentales

Nonobstant l'hostilité de principe du droit français à l'égard de cette forme de divorce²⁸⁷, la loi de 1975 l'a finalement adoptée pour des « *raisons d'humanité* »²⁸⁸, nous dit-on, et en a fait un cas particulier.

On s'explique alors les conditions spécifiques qui avaient été installées. D'abord, par cette expression « *altération des facultés mentales* »²⁸⁹, entendue très largement, la loi visait tous les accidents et maladies qui provoquent une détérioration des capacités intellectuelles et affectives. Ensuite, pour justifier le prononcé du divorce, il faut que l'altération se soit prolongée pendant six ans et qu'elle empêche toute communauté de vie pour le présent et pour l'avenir. Autrement dit, aucune amélioration n'est prévisible, dès lors toute communauté de vie s'avère impossible entre les époux.

Au niveau des conséquences, tout était fait pour dissuader d'avoir recours à ce type de divorce. Ainsi l'époux demandeur devait-il prendre en charge les conséquences, notamment financières, du divorce.

Du côté du défendeur atteint de maladie mentale, il disposait de moyens de défense particuliers. En d'autres circonstances, nous avons eu l'occasion d'évoquer qu'il lui est offert la possibilité de former une demande reconventionnelle. Mais il peut aussi faire valoir l'exception de dureté, qualifiée par la pratique de « *clause de dureté* ». Aux termes de l'ancien article 240 du Code civil, le juge peut, en effet, rejeter la demande, si le défendeur établit que le divorce aurait soit pour lui, soit pour les enfants des conséquences

²⁸⁷ J. CARBONNIER, *Ecrits*, PUF, 2008, p. 202.

²⁸⁸ J. CARBONNIER, *La famille*, *op. cit.*, p. 556.

²⁸⁹ L'altération des facultés mentales liées à une infirmité, à la maladie ou à l'âge, devait avoir duré au moins six ans et avoir détruit toute communauté de vie entre les époux sans que cette communauté ne pût se reconstituer dans l'avenir : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 286.

matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté. Ainsi défini en termes stricts par la loi, ce moyen de défense a été, malheureusement, rarement admis par les tribunaux²⁹⁰.

Force est toutefois de constater qu'il n'en est plus question aujourd'hui de divorce pour altération des facultés mentales. L'époux défendeur ne peut plus invoquer l'exceptionnelle dureté qu'aurait le divorce tant pour lui, que pour ses enfants. L'objectif clairement énoncé en 1975 était de ne pas obliger l'époux candidat au divorce à quitter le conjoint aliéné et de protéger l'incapable. Cette préoccupation a été totalement occultée par la loi de 2004²⁹¹.

A présent, le conjoint demandeur n'a plus qu'à invoquer la séparation due à l'altération des facultés mentales comme cause du divorce, puisque seule compte désormais la cessation de la communauté de vie entre les époux²⁹². Il suffit alors au conjoint pour pouvoir demander et obtenir le divorce pour altération définitive du lien conjugal de suspendre avec le conjoint qui n'a plus ses facultés mentales toute communauté de vie pendant deux ans.

La situation ainsi décrite suscite trois observations. D'abord, elle laisse perplexe quant à l'exécution du devoir de secours entre époux, notamment lorsque l'un d'eux est malade ou en détresse. Ensuite, on a pu parler de consécration du « *droit au divorce* »²⁹³ pour qualifier cette profonde transformation. Enfin, il n'existe plus aucune cause de divorce spécifique pour rupture de la vie commune lorsque le défendeur est une personne atteinte d'un trouble mental. Ce qui reste c'est un divorce pour altération définitive du lien conjugal, conçu comme un simple divorce faillite, banalisé donc par voie de conséquence, soumis au droit commun du divorce, notamment pour ses effets.

²⁹⁰ En effet, la dureté pouvait évoluer et même disparaître : Cass.civ. 2^e, 14 janvier 1998, *Bull. civ.* II, n° 13 ; *Dr. Fam.* 1998, n° 64, n. H. LÉCUYER ; *Defrénois* 1998, 1387, obs. J. MASSIP ; *RTD civ.* 1998, 349, obs. J. HAUSER : « *Une demande en divorce pour rupture de vie commune peut être formée une deuxième fois pour la même cause, s'il existe un fait nouveau susceptible d'entraîner une nouvelle appréciation par le juge de l'exceptionnelle dureté des conséquences matérielles et morales invoquées par l'époux défendeur* ».

²⁹¹ P. COURBE, *op. cit.*, p. 152.

²⁹² L'altération des facultés mentales liées à une infirmité, à la maladie ou à l'âge, devait avoir duré au moins six ans et avoir détruit toute communauté de vie entre les époux sans que cette communauté ne pût se reconstituer dans l'avenir : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 286.

²⁹³ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 197.

B. APPLICATION DU DROIT COMMUN DES EFFETS DU DIVORCE

Le divorce pour rupture de la vie commune issu de la loi de 1975 était très discuté à l'époque. Il n'était guère surprenant que le but avoué du législateur était de l'éloigner le plus possible de la répudiation. Dans cette perspective, la démarche entreprise était généralement marquée par la « *recherche d'équilibre et d'arbitrage entre les intérêts opposés et des volontés contraires, la liberté de l'un dans le respect de l'autre* »²⁹⁴.

Dans ces conditions, l'insertion dans le droit commun du divorce pour rupture définitive du lien conjugal quant à ses effets²⁹⁵ poursuit un double objectif. Il s'agit d'une part de rompre avec le droit antérieur inspiré par l'idée de faire payer à l'époux demandeur le prix de la liberté retrouvée (1).

D'autre part, faire apparaître que le changement de nom du divorce pour rupture définitive du lien conjugal était accompagné d'une modification de l'esprit de ce type de divorce, attestée par l'absence d'interaction entre cause et effet du divorce (2).

1. La renonciation à un divorce aux charges assumées

Sous l'empire de la loi de 1975, quand le divorce est demandé pour rupture de la vie commune, non seulement l'époux défendeur dispose, nous l'avons vu²⁹⁶ des moyens de défense, mais il ne doit pas non plus subir les conséquences pécuniaires du divorce qui doivent être assumées par l'époux demandeur²⁹⁷.

Cette obligation mise à la charge de l'époux demandeur s'explique par la situation du défendeur. Ce dernier est un époux innocent et hostile au divorce qui doit continuer à bénéficier des effets pécuniaires du mariage. A l'opposé, l'ancien article 239 du Code civil, en disposant que « *l'époux qui demande le divorce pour rupture de la vie commune en assume toutes les charges* » fait de ce type de divorce, un divorce assumé par le

²⁹⁴ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 284.

²⁹⁵ Mise en œuvre par la loi de 2004.

²⁹⁶ Cf. *Supra*. p. 84 et s.

²⁹⁷ Maintien du devoir de secours, intégralité de la charge financière de la procédure, impossibilité de percevoir une prestation compensatoire, révocation des donations et avantages patrimoniaux dont le demandeur était bénéficiaire : P. COURBE, *op. cit.*, p. 153.

demandeur²⁹⁸. Concrètement, ce dernier, non seulement va perdre un certain nombre d'avantages, à la différence du conjoint innocent, telles que les déchéances des donations et avantages matrimoniaux (ancien art. 239 C.civ.)²⁹⁹, il devait aussi supporter les frais de procédure. Il doit continuer à assurer les charges du mariage³⁰⁰. Il reste tenu du devoir de secours, lequel prend la forme d'un capital ou d'une pension alimentaire qui cesse d'être due en cas de remariage du conjoint créancier.

Aujourd'hui, cette conception fondée sur l'idée d'un divorce assumé par le demandeur est entièrement abandonnée par la loi de 2004³⁰¹. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal est désormais un divorce faillite. Autrement dit, c'est un divorce comme un autre, soumis aux mêmes règles de procédure que les autres divorces contentieux et produisant les mêmes conséquences. Les effets en sont désormais régis par le droit commun. Il en résulte la suppression des charges et pénalités pesant sur le demandeur dans le système antérieur. Il en est ainsi de la fin du devoir de secours. Mais l'application du droit commun au divorce pour rupture définitive du lien conjugal quant à ses effets, rend compte aussi d'un souci plus général qui inspirait l'intervention législative de 2004 : détacher les conséquences pécuniaires du divorce de la responsabilité de la rupture.

2. La référence à un divorce moralement neutre

Afin de rompre définitivement et de manière significative avec le système antérieur, il était d'abord nécessaire, et nous l'avons déjà constaté³⁰², de faire plus nettement référence à l'idée de divorce, constat d'échec du mariage. Ainsi a-t-il été décidé que le seul élément à prendre en compte pour apprécier la cessation de la communauté de vie était le simple fait d'une vie séparée entre les époux pendant deux ans.

²⁹⁸ En conséquence, le divorce était réputé prononcé contre l'époux qui avait pris l'initiative de la demande : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 31.

²⁹⁹ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 25.

³⁰⁰ Par exemple : maintien du nom, du logement, du droit à une pension alimentaire en exécution du devoir de secours entre époux et des droits sociaux : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 197.

³⁰¹ Toutes les charges et pénalité qui pesaient sur le demandeur dans le régime de 1975, étaient supprimées.

³⁰² Cf. Supra. p. 84 et s.

Pour la même raison, il fallait ensuite faire du divorce pour rupture définitive du lien conjugal un divorce moralement neutre : un divorce qui produira des conséquences identiques à tout autre divorce³⁰³. L'objectif ainsi annoncé est ici servi par la volonté de dissocier les conséquences pécuniaires du divorce des circonstances dans lesquelles il a été prononcé. A l'image du divorce accepté³⁰⁴, le divorce pour rupture définitive du lien conjugal ne peut être que neutre dans ses effets, il suit aussi le droit commun des effets du divorce.

En l'occurrence, permettre à l'époux demandeur qui impose le divorce d'obtenir des compensations si sa situation financière est moins bonne que celle de son conjoint en est la conséquence.

Précisément et même si la règle a été jugée « scandaleuse »³⁰⁵, l'époux demandeur en divorce pour rupture définitive du lien conjugal peut désormais bénéficier d'une prestation compensatoire, ce qui lui a été refusé dans le système antérieur. Il suffit, en application du droit commun, que le divorce qu'il réclame crée une disparité dans les conditions de vie respectives des époux.

Ceci étant, il faut néanmoins reconnaître que tout en adoptant le système du divorce moralement neutre, le législateur de 2004 n'a pas définitivement renoncé à l'idée de procéder à un équilibre des intérêts en présence dans ce type de divorce. On s'explique, par exemple, le droit exceptionnel à des dommages-intérêts pour réparer les « conséquences d'une particulière gravité »³⁰⁶ du divorce, qui est ouvert par l'article 266 du Code civil au conjoint défendeur, s'il n'a pas lui-même demandé le divorce de son côté.

Toujours est-il qu'en raison de sa neutralité, le divorce pour rupture définitive du lien conjugal est désormais compatible avec les autres cas de divorce. Ainsi est-il possible de passer de cette forme de divorce à un divorce par consentement mutuel³⁰⁷ ou vers un

³⁰³ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 29 : Cette suppression a une portée morale et philosophique importante : elle rapproche incontestablement le divorce de la répudiation unilatérale d'autant que le délai de séparation a été considérablement raccourci.

³⁰⁴ Cf. *Infra*. p. 134 (Chapitre II. Le divorce accepté, un cas propre au droit français en matière de divorce contentieux dans la Partie I. Le pluralisme législatif en matière de divorce).

³⁰⁵ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 289.

³⁰⁶ A. GOUTTENOIRE, *Les nouvelles procédures de divorce*, *Deffrénois (n° 7)*, 2005, p. 548 et s.

³⁰⁷ Comme dans l'hypothèse du divorce accepté, il est toujours possible de basculer vers un divorce par consentement mutuel en cas d'accord des époux sur les conséquences du divorce par le biais de l'article

divorce accepté³⁰⁸, voire même à un divorce pour faute, en cas de demande reconventionnelle pour faute³⁰⁹.

Par comparaison, c'est le risque de confusion avec le divorce pour faute qui a été, entre autres, à l'origine de la controverse dont a été l'objet en droit sud-coréen le divorce pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal.

§ 2. LE DIVORCE POUR MOTIF GRAVE DE NE PAS MAINTENIR LE LIEN CONJUGAL (ART. 840, N° 6 C.CIV. SUD-COREEN)

D'emblée, le divorce pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal, prévu par l'article 840 du Code civil sud-coréen en son numéro 6³¹⁰, a attiré l'attention sur lui pour une raison qui n'est guère surprenante : l'ambiguïté de la notion de motif grave (A)³¹¹.

Ensuite, et notamment parce qu'il figure dans le même article 840 du Code civil que les cinq fautes, cause du divorce en droit sud-coréen, il est apparu comme une forme de divorce à la recherche de son autonomie (B)³¹².

247 du Code civil à condition qu'une décision sur le fond n'ait pas été rendue (Sylvie MATHERON, *Les nouvelles passerelles, La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 : pacification et simplification*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 49 et s.) ; Naturellement, le juge doit recevoir de nouveau les époux pour procéder à l'appréciation des critères de l'article 232 (consentement libre et éclairé ; sauvegarde suffisante des intérêts) (A. BÉNABENT, *La réforme du divorce -article par article-*, *op. cit.*, p. 52).

³⁰⁸ Une autre passerelle peut être envisagée du divorce pour altération définitive du lien conjugal au divorce accepté en vertu de l'article 247-1 du Code civil qui énonce que les époux peuvent également, à tout moment de la procédure, lorsque le divorce aura été demandé pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage (S. MATHERON, *op. cit.*, p. 49 et s.).

³⁰⁹ Il ne faut pas craindre que ce choix initial ne se tourne contre lui si son conjoint fait le choix d'une procédure pour faute, c'est-à-dire, conflictuelle (P. COURBE, *op. cit.*, p. 152) ; Dans le cas où, sur la demande principale pour altération, le défendeur forme une demande reconventionnelle pour faute, le demandeur peut invoquer les fautes de son conjoint et modifier le fondement de sa demande (art. 247-2 C.civ.) : A. BÉNABENT, *La réforme du divorce -article par article-*, *op. cit.*, p. 53.

³¹⁰ Sang -Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce*, *op. cit.*, p.112 ; *Almanach judiciaire, Bureau d'Administration pour Tribunal*, 2001, p. 419 : En effet, dans le divorce contentieux, le divorce-faillite était occupé 5, 5% en 2000.

³¹¹ Chul-Ja KIM, *La demande en divorce et le divorce-faillite, Étude sur le droit de la famille (n° 12)*, *The korean society of family law*, 1998, p. 242 et s. ; Yong-Han KIM, *Interprétation de motif grave comme cause du divorce, Bub-Jo (n° 12, vol. 3)*, 1963, p. 36.

³¹² Kun-Sik LEE, *Relative Grounds of Divorce, art. préc.*, p. 242 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p.187 ; Yong-Han KIM, *Interprétation de motif grave comme cause du divorce, Bub-Jo (n° 12, vol. 3)*, 1963, p. 38 et s.

A. LA DIFFICILE INTERPRETATION DE LA NOTION DE MOTIF GRAVE

En l'absence d'une définition légale³¹³, on s'explique l'intervention de la doctrine (1) afin de déterminer les éléments à prendre en compte lors de l'appréciation par la jurisprudence de la notion de motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal (2)³¹⁴.

1. Les propositions doctrinales

Pour que le motif grave, cause du divorce prévue par la loi, soit constitué, deux éléments doivent être constatés selon les auteurs³¹⁵.

D'une part, un élément qualifié d'objectif provenant du constat que fait l'époux demandeur relativement à la faillite de la vie conjugale³¹⁶. Ceci posé, il nous faut observer qu'à la différence du divorce par consentement mutuel, caractérisé, en France comme en Corée du Sud, par une volonté concordante des époux sur le principe du divorce, en l'occurrence il n'y a qu'un seul époux qui, convaincu de l'échec du mariage, souhaite divorcer.

En revanche, la référence à un élément objectif peut justifier un rapprochement avec le divorce pour altération définitive du lien conjugal connu du droit français. Dans les deux formes de divorce, la prise en compte d'un élément objectif permet de leur reconnaître l'appartenance à la catégorie de divorce faillite.

Toutefois la comparaison n'est pas totalement satisfaisante. En visant simplement la cessation de la communauté de vie, expliquée aussitôt par la vie séparée des époux, c'est la fin de la cohabitation qui est, en priorité et de manière exclusive, concernée en droit français. Par contre la vie séparée n'est qu'une cause parmi d'autres de nature à fonder la faillite du mariage pour le droit sud-coréen³¹⁷.

³¹³ Jou-Sou KIM, *Commentaires du Code civil, op. cit.*, p. 379.

³¹⁴ Dans l'article 840, numéros 1er à 6 du Code civil coréen, il est prévu six cas de divorces contentieux. Le numéro 6 en son article est sur le principe de la faillite du mariage et les autres cas sont sur la faute : Eun-Hee CHO, *art. préc.*, p.143.

³¹⁵ Gwang-Hyeon JEONG, *Le nouveau droit de la famille, La presse de l'université de Seoul*, 1967, p. 304.

³¹⁶ Kun-Sik LEE, *Concrete and abstract grounds for divorce, Study of social science (n° 1)*, Social Science Research Institute of Yonsei University, 1965, p. 77.

³¹⁷ Hyun-Che KIM, *La signification, le statut, le caractère de chaque numéro de l'article 840 du code civil : l'étude sur la cause de divorces contentieux, Jurisprudence administrative (n° 3)*, Institut coréen de

D'autre part, le maintien du lien conjugal, dans ces conditions, constitue une source de « *souffrance intolérable* »³¹⁸ pour l'époux demandeur. Et les auteurs de préciser que cette « *souffrance intolérable* », qualifiée, cette fois, d'élément subjectif, est celle considérée comme telle par l'opinion commune³¹⁹.

La jurisprudence ayant fait sienne la double condition, il importe d'analyser l'application qui en a été faite.

2. L'appréciation par la jurisprudence

Saisie de la question relative au caractère cumulatif ou non de la double condition, la jurisprudence sud-coréenne a fait preuve de doutes et flottements. En effet, il a d'abord été jugé que le constat de la faillite de la communauté de vie suffisait pour constater le motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal³²⁰. On en a conclu que l'élément subjectif n'est pas toujours déterminant pour prononcer le divorce³²¹.

Mais, très vite, la Cour suprême s'est ravisée pour exiger également la prise en considération de la « *souffrance intolérable* » de l'époux demandeur pouvant faire obstacle au maintien de la vie conjugale³²². Par la suite, la jurisprudence s'est alors stabilisée autour

jurisprudence administrative, 1973, p. 346 ; Yong-Han KIM, *Le nouveau droit de la famille et des héritages*, *op. cit.*, p. 324 et s.

³¹⁸ Bok-Yong HAN, *La perspective et le fondement de l'histoire à propos du divorce-faillite*, *Histoire et loi* (vol. 19, n° 1), Institut d'histoire et de loi, 1996, p. 103 et s.

³¹⁹ Sou-San YANG, *Le droit de la famille et de l'héritage*, *op. cit.*, 1998, p. 291 ; Seung-Ou LEE, *La famille*, *Korea national open university*, 1991, p. 103 ; Cette opinion commune peut être interprétée comme « *common sense* » en anglais.

³²⁰ Ou-Duk KIM, *Considération comparative sur les causes du divorce*, *Droit privé* (n° 11 et 12), *Centre de recherche du droit privé*, 1995, p. 443 ; Jung-Myung GO, *Droit coréen de la famille et de l'héritage (la nouvelle version)*, *Goymounsa*, 1990, p. 162 ; Sang-Suk LEE, *Recevabilité de la demande en divorce du conjoint sur faute -avec le Cour suprême 87m86, 22 septembre 1987-*, *Jurisprudence administrative* (n° 29, vol. 7), *Institut coréen de jurisprudence administrative*, 1988, p. 59 et s. ; Kun-Sik LEE, *Concrete and abstract grounds for divorce*, *art. préc.*, p. 79 ; Bong-Hee HAN, *Les causes de divorce faillite*, *Droit privé* (n° 3), *Centre de recherche du droit privé*, 1982, p. 81.

³²¹ Gi-Hong SONG, *Étude sur l'article 840, numéro 6 du Code civil*, *Jurisprudence administrative* (n° 24), *Institut coréen de jurisprudence administrative*, 1983, p. 337 ; Chul-Ja KIM, *La demande en divorce et le divorce-faillite*, *Étude sur le droit de la famille* (n° 12), *The korean society of family law*, 1998, p. 244 et s. ; Yong-Han KIM, *Interprétation de motif grave comme cause du divorce*, *Bub-Jo* (n° 12, vol. 3), 1963, p. 39.

³²² Le jugement de la Cour suprême. 90 m1067, 9 juillet 1991 ; Jou-Sou KIM, *Droit de la famille*, *Bobmounsa*, 2^e éd., 1992, p. 269 ; Kun-Sik LEE, *Relative grounds of divorce*, *art. préc.*, p. 239.

de l'idée selon laquelle les deux conditions doivent être réunies pour constituer le motif grave au sens de l'article 840 du Code civil en son numéro 6³²³.

S'agissant ensuite des éléments à prendre en compte pour apprécier la faillite du mariage et la « *souffrance intolérable* » de l'époux demandeur en cas de maintien de l'union³²⁴, trois remarques s'imposent.

La première pour relever que les faits généralement invoqués devant le juge au soutien de la demande peuvent se produire ou non dans le cadre d'une vie séparée des époux. A ce propos, la lecture de la jurisprudence permet d'observer qu'il est des époux qui vivent parfaitement sans cohabiter. Tant que cela leur convient, il n'y a pas de problème³²⁵. Mais si l'un entre eux ne s'en accommode plus, cette situation lui permet de demander le divorce. Dans ce cas, faute d'indication sur la durée de la séparation nécessaire pour justifier le divorce³²⁶, il appartient au juge d'apprécier dans chaque cas si la durée est jugée suffisante et de nature à établir, en l'espèce, que les deux conditions requises pour ce type de divorce sont remplies³²⁷.

La deuxième remarque pour constater que les faits invoqués, dont on observe l'extrême variété, concernent les différents aspects de la vie d'un couple. Ainsi, on note des faits d'ordre physique tels que le refus de toute relation sexuelle d'un conjoint depuis plusieurs années³²⁸, la contraception intentionnelle et unilatérale d'un conjoint contre l'avis de l'autre conjoint, les infections sexuellement transmissibles d'un conjoint pour justifier le motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal au sens de l'article 840 du Code civil.

³²³ Kun-Sik LEE, *Concrete and abstract grounds for divorce, Study of social science (n° 1)*, Social Science Research Institute of Yonsei University, 1965, p. 77.

³²⁴ La Cour suprême 2002m74, 29 mars 2002 : Le journal de la Cour suprême 15 mai 2002, p. 1012.

³²⁵ Hye-Shin BANG, *Le divorce-faillite demandé par le conjoint fautif, Thèses légales d'Université de Dankook (n° 27)*, Institut d'étude juridique de l'université Dan-kouk 2003, p. 160.

³²⁶ Bok-Yong HAN, *La perspective et le fondement de l'histoire à propos du divorce-faillite, Histoire et loi (vol. 19, n° 1)*, Institut d'histoire et de loi, 1996, p. 113 et s.

³²⁷ Le tribunal familial de Seoul 65de335, 13 juillet 1965 ; La Cour suprême 90m552, 11 janvier 1991 ; La Cour suprême 2009m2130, 24 décembre 2009 ; La Cour suprême 2010m1256, 24 juin 2010 ; Selon une enquête, le délai de séparation est en moyenne deux ans et six mois (Yong-Won KIM, *Les biens à l'égard de la répartition des biens lors du divorce, Thèses légales (n° 21)*, Institut de droit d'université de Soung-Sil, 2008, p. 13) ; En effet, le juge a accepté le divorce pour motif grave en cas de 5ans, 15ans et 40ans de séparation entre deux époux : Jou-Sou KIM, *Commentaires du Code civil, op. cit.*, p. 210.

³²⁸ La Cour suprême 65m65, 31 janvier 1966 (Jung-Myung GO, *Droit coréen de la famille et de l'héritage (la nouvelle version)*, Goymounsa, 1990, p. 340 et s. ; Jou-Sou KIM, *Droit de la famille en jurisprudence, Samyoungsa*, 1983, p. 657 ; La Cour suprême 2002m74, 29 mars 2002.

Peuvent également être acceptés des faits d'ordre psychologique³²⁹ comme la maladie mentale incurable³³⁰, la violence sur les enfants et l'attitude patriarcale et autoritaire du conjoint³³¹ et l'alcoolisme³³².

Enfin, la dernière observation a trait à l'appréciation proprement dite par le juge saisi de la demande en divorce. A ce propos, les décisions révèlent que, pour justifier le prononcé du divorce, le fait invoqué par l'époux demandeur doit avoir des répercussions sur la vie commune. Dans cette conception, il a été jugé, sans surprise, que la prodigalité³³³ ou l'oisiveté excessive³³⁴, entraînant des difficultés d'ordre financier au sein du couple sont des comportements constitutifs d'un motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal³³⁵.

En revanche, un comportement a priori non répréhensible, voire considéré comme une liberté fondamentale telle que la pratique religieuse, ne peut être retenue comme un motif grave justifiant le prononcé du divorce tant que les activités découlant de cette pratique n'entraînent pas des perturbations dans la vie familiale et ne rendent pas la vie conjugale intolérable pour l'époux demandeur³³⁶.

³²⁹ La Cour suprême 71m32, 12 octobre 1971 (la hypocondrie) ; La Cour suprême 95m90, 26 mai 1995 ; La Cour suprême 95m816, 22 décembre 1995 ; La Cour suprême 2004m740, 13 septembre 2004.

³³⁰ Le tribunal de Seoul 4293minje 555, 25 juillet 1960 ; Le tribunal de Jeju 63gahap 19, 9 juillet 1963 ; Le tribunal familial de Seoul 64de57, 19 mars 1965 ; Le tribunal familial de Seoul 64de391, 29 septembre 1964 ; le tribunal familial de Seoul 64de443, 29 février 1965 ; La Cour suprême 90m446, 15 janvier 1991 (en cas de schizophrénie et de paranoïa : Le journal de la Cour suprême N° 249, p. 121) ; La Cour suprême 91m627, 24 décembre 1991 (en cas de schizophrénie : le journal de la Cour suprême N° 260, p. 116) ; La Cour suprême 96m608, 28 mars 1997.

³³¹ La Cour suprême 99m1886, 5 septembre 2000.

³³² Le tribunal de Seoul 87le15, 20 avril 1987.

³³³ Le tribunal de Seoul 4294minje116, 16 janvier 1962 ; Le tribunal familial de Seoul 64de302, 9 février 1965 ; La Cour suprême 65m50, 31 janvier 1966.

³³⁴ Le tribunal familial de Seoul 71de208, 31 août 1971 ; Le tribunal familial de Seoul 71de2558, 31 août 1971.

³³⁵ Yong-Han KIM, *Le droit de la famille*, Bakyounghsa, 2003, p. 377 ; Dong-Sub PARK, *L'interprétation de droit de la famille*, CHUNG-LIM, 1994, p. 95 ; Jou-Sou KIM, *Commentaires du Code civil*, op. cit., p. 290.

³³⁶ Chang-Ryeol CHOI, *art. préc.*, p. 218 (La Cour suprême 81m26, 14 juillet 1981) ; Le tribunal familial de Seoul 87de 6835, 10 octobre 1988 ; Le tribunal de Seoul 89le3755, 23 février 1990 ; La Cour suprême 71de20, 31 août 1971 ; Haeng-Sik CHOI, *La vie religieuse excessive sur le divorce contentieux-la Cour suprême 96 m 851 (15 novembre 1996)-, Étude sur le droit de la famille (n° 13), The korean society of family law*, 1999, p. 221 ; En cas de l'acceptation de la demande en divorce en raison du conflit religieux (Le tribunal familial de Seoul 64de610, 13 juillet 1965 ; La Cour suprême 69m13, 24 février 1970 ; La Cour suprême 89m51, 12 septembre 1989 ; La Cour suprême 96m851, 15 novembre 1996 (Le journal de la Cour suprême 1^{er} janvier 1997. p. 81)).

Encore faut-il ajouter, par comparaison, que parmi les motifs ainsi invoqués devant le juge sud-coréen pour constater l'échec, la faillite du mariage, certains ont été également soutenus devant les juridictions françaises à l'occasion d'une demande en divorce pour faute³³⁷. On comprend alors que les controverses ne soient pas définitivement éteintes, en droit sud-coréen, sur la véritable nature du divorce prononcé sur le fondement de l'article 840 du Code civil, en son numéro 6, eu égard à cette proximité avec le divorce pour faute³³⁸.

B. L'AUTONOMIE CONTESTÉE PAR RAPPORT AU DIVORCE POUR FAUTE

Deux types d'arguments nourrissent les controverses sur la nature exacte du divorce prononcée, sur le fondement de l'article 840 du Code civil, en son numéro 6.

D'une part, ceux tirés des rapports existant entre le cas prévu par le texte précité et les cinq autres cas identifiés par des numéros allant de 1 à 5 du même article 840 du Code civil (1). D'autre part, ceux qui relèvent de la mise en œuvre de ces différentes dispositions mais faisant partie d'un tout, l'article 840 du Code civil, pour fonder une demande en divorce (2).

1. Les arguments de texte

On sait que le droit sud-coréen a fait le choix de la technique énumérative pour ce qui concerne la définition de la faute conjugale. Il en est résulté l'article 840 du Code civil qui comporte en tout six numéros dont les cinq premiers correspondent en autant de fautes conjugales, tandis que le numéro 6 du même article 840 du Code civil est relatif au divorce pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal³³⁹.

Connaissant le débat qui a lieu sur la question de savoir si l'article 840 du Code civil est un tout indivisible ou si ses différents éléments constitutifs sont au contraire indépendants les uns des autres, la doctrine s'est mise à proposer des solutions.

³³⁷ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 199 et s.

³³⁸ Chul-Ja KIM, *La demande en divorce et le divorce-faillite, art. préc.*, p. 237 et s.

³³⁹ Kun-Sik LEE, *Concrete and abstract grounds for divorce, art. préc.*, p. 77; Kun-Sik LEE, *Relative grounds of divorce, art. préc.*, p. 242.

Théoriquement, on peut, semble-t-il, envisager de trois manières différentes les rapports entre ces six éléments qui composent l'article 840 du Code civil.

D'abord, en cas de demande en divorce pour faute fondée sur l'un des cinq premiers cas prévus par l'article 840 du Code civil, le numéro 6 doit être interprété comme une condition à caractère général qui vient parfaire et compléter l'appréciation faite par le juge saisi de la demande³⁴⁰. Selon ses partisans, cette interprétation s'impose dans la mesure où l'idée de faillite du mariage et la notion de « *souffrance intolérable* » de l'époux demandeur sont inhérentes au divorce, en général, à celui prononcé pour faute en particulier³⁴¹.

La question se pose, toutefois de savoir s'il ne s'agit pas en l'espèce, d'un moyen soulevé d'office par le juge, donc d'une condition supplémentaire, alors que le texte sur lequel l'époux demandeur fonde sa prétention ne l'exige pas expressément³⁴².

Ensuite, les auteurs ont proposé de faire de la notion de « *motif grave pour ne pas maintenir le lien conjugal* » prévue par le numéro 6 de l'article 840 du Code civil, une définition générale et abstraite de la faute conjugale³⁴³. Dans cette conception les cinq autres cas doivent être considérés comme des exemples venant illustrer le cas général³⁴⁴.

³⁴⁰ Choun-Eu HONG, *L'époux, demandeur fautif et le divorce-faillite, Devoir et développement des études sur le droit privé – thèse pour souvenir HAN Bong Hee, Milal, 1995*, p. 207 : « Cette doctrine est l'avis de « *statut exemplatif à l'égard de l'article 840, numéro de 1 à 5 du Code civil* » ; Yong-Han KIM, *Caractère de l'article 840 du Code civil, Bub-Jo (n° 10)*, 1961, p. 68 et s. : « *Les cinq autres causes existent pour suppléer ou compléter au numéro 6 de l'article 840 du Code civil* ».

³⁴¹ Sook-Ja KIM, *La cause de divorce, Le prospect et devoir du Code civil contemporain : thèses pour souvenir professeur Bong-Hee HAN, MILAL, 1994*, p. 180 et s. Il existe la demande en divorce contentieux sur l'article 840, numéro 6 du Code civil alors que l'autre cause est indiquée dans cette demande (Res judicata) : Jung-Myung GO, *Droit coréen de la famille et de l'héritage (la nouvelle version)*, Goymounsa, 1990, p. 372 et s.

³⁴² Les cinq causes, de 1 à 5 de l'article 840 du Code civil, sont prévues afin de faciliter que le juge décide le divorce pour faut sur le numéro 6 de l'article 840 du code civil : Moon-Ki CHOI, *Les causes de divorce contentieux, La perspective de droit civil, Comité des thèses pour souvenir HONG Chun-Lyong, 1997*, p. 761 ; Bong-Hee HAN, *Les causes de divorce faillite, Droit privé (n° 3), Centre de recherche du droit privé, 1982*, p. 76.

³⁴³ Chang-Ryeol CHOI, *A study on serious cause for making it difficult to continue the marriage, Étude sur le droit de la famille (n° 15, vol. 2), The Korean society of family law, 2001*, p. 107 et s.

³⁴⁴ Moun-gui CHOI, *Les causes de divorce contentieux, La perspective de droit civil, Comité des thèses pour souvenir HONG Chun-Lyong, 1997*, p. 761 ; Contrairement avec l'avis « *statut exemplatif à l'égard de l'article 840, numéro de 1 à 5 du Code civil, chaque cause de divorce pour faute est prévu concrètement par l'article 840 numéro 1 à 5 du Code civil. Le but de l'article 840, numéro 6 du Code civil est de compléter le manquement sur ces causes étroites* » (Bong-Hee HAN, *Les cause de divorce*

Cette proposition nous inspire deux remarques. On peut l'interpréter comme une volonté, timide certes, mais réelle d'abandonner la technique énumérative pour se rapprocher de la méthode adoptée par le droit français. Il est vrai aussi qu'une telle interprétation peut présenter un intérêt pour le droit sud-coréen, dès lors qu'on peut y voir un moyen de suppléer au caractère limitatif de l'énumération de l'article 840 du Code civil, selon l'interprétation qu'en fait habituellement la jurisprudence³⁴⁵.

Enfin, la dernière proposition que l'on doit à la doctrine est fondée sur le caractère particulier et indépendant de chaque cas composant l'article 840 du Code civil³⁴⁶. Ainsi conçu, chaque cas est une cause indépendante et particulière : les cinq premiers numéros correspondent à cinq fautes, cause de divorce, distinctes l'une de l'autre, et le numéro 6 n'est pas un cas fondé sur la faute, mais un cas de divorce faillite³⁴⁷.

C'est cette interprétation qui a eu finalement la faveur de la jurisprudence sud-coréenne³⁴⁸, notamment lorsqu'elle se heurte aux difficultés posées par une demande concurrente en divorce pour faute et en divorce pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal³⁴⁹.

faillite, Droit privé N° 3, 1982, p. 97 et s.) ; Kun-Sik LEE, *Concrete and abstract grounds for divorce, Study of social science n° 1, Social Science Research Institute, Yonsei University*, 1965, p. 77.

³⁴⁵ Chang-Ryeol CHOI, *A study on serious cause for making it difficult to continue the marriage, Étude sur le droit de la famille (n° 15, vol. 2), The Korean society of family law*, 2001, p. 207 et s. ; Yong-Han KIM, *Caractère de l'article 840 du Code civil, art. préc.*, p. 71 et s.

³⁴⁶ Gwang-Hyeon JEONG, *Le nouveau droit de la famille, op. cit.*, p. 198 ; Sook-Ja KIM, *La cause de divorce, op. cit.*, p. 171 ; La Cour suprême 62da812, 31 janvier 1963 ; L'article 840, numéro 6 est une cause du divorce pour altération du lien conjugal et chaque numéro de 1 à 5 de l'article 840 constitue le divorce pour faute (Jou-Sou KIM, *Commentaires du Code civil, op. cit.*, p. 405).

³⁴⁷ Chang-Ryeol CHOI, *art. préc.*, p. 208. Si-Youn LEE, *La Procédure de Code civil. 4^e édition. Bakyounsa*, 2002, p. 295 : Selon l'autorité de la chose jugée (Res judicata), la demande rejetée ne peut pas être recevable. Pourtant, l'époux, demandeur peut demander le divorce sur les causes non invoquées alors que sa précédente demande en divorce est rejetée.

³⁴⁸ La Cour suprême 62da812, 31 janvier 1963.

³⁴⁹ Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 178 ; Chang-Ryeol CHOI, *art. préc.*, p. 196 : « Chaque numéro de l'article 840 du Code civil est une cause indépendante : il désigne une demande en divorce intégrant plusieurs causes » ; Chul-Ja KIM, *La demande en divorce et le divorce-faillite, art. préc.*, 1998, p. 250 et s. ; Yong-Han KIM, *Interprétation de motif grave comme cause du divorce, art. préc.*, p. 39.

2. La demande concurrente en divorce pour faute et pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal

A l'origine, on est en présence d'un époux qui, souhaitant divorcer, forme une demande dans ce sens sur le fondement de l'article 840 du Code civil en son numéro 6 pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal. Devant le juge, son conjoint défendeur forme à titre reconventionnel une demande en divorce pour faute, arguant une des cinq fautes prévues par le même article 840 du Code civil. Le juge va examiner les deux demandes.

Il faut alors distinguer plusieurs hypothèses.

Soit il rejette la demande reconventionnelle, et le divorce est prononcé selon le motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal³⁵⁰. Soit au contraire il rejette la demande principale fondée sur l'article 840, numéro 6 du Code civil et prononce le divorce pour faute³⁵¹. Soit enfin, il accueille les deux demandes et prononce un divorce aux torts partagés³⁵².

Une autre hypothèse est qu'un époux souhaite également divorcer, alors qu'à la suite d'une séparation de fait avec son conjoint, il vit déjà en concubinage avec une autre personne³⁵³. Il forme tout de même à titre principal une demande en divorce pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal sur le fondement de l'article 840, numéro 6 du Code civil. En revanche son conjoint défendeur, innocent, ne souhaite pas la dissolution du mariage. Dans ce cas, le principe est que le juge rejette la demande principale fondée sur

³⁵⁰ Le juge a prononcé le divorce en précisant qu'il était difficile d'espérer que les époux maintenaient la vie conjugale parce que la séparation subsistait plus de quarante ans (La Cour suprême 85m85, 25 mars 1986 : Le journal mensuel de tribunal, n° 188, p. 121) ; La Cour suprême 98m282, 14 juillet mars 1998.

³⁵¹ La Cour suprême 80m60, 11 mai 1982 ; La Cour suprême 82m63, 26 avril 1983 ; La Cour suprême 87m9, 25 avril 1988 ; La Cour suprême 88m375, 27 mars 1990 ; La Cour suprême 88m1071, 10 avril 1990 ; La Cour suprême 89m112, 25 septembre 1990 ; La Cour suprême 90m1067, 9 juillet 1991 ; La Cour suprême 90m528, 24 décembre 1991 ; La Cour suprême 92m549, 10 novembre 1992 ; La Cour suprême 93m317, 25 février 1994 ; La Cour suprême 94m130, 27 mai 1994 ; Le juge a prononcé le divorce en précisant qu'il était difficile d'espérer que les époux maintenaient la vie conjugale parce que la séparation subsistait plus de quarante ans (La Cour suprême 85m85, 25 mars 1986 : Le journal mensuel de tribunal, n° 188, p. 121) ; La Cour suprême 98m282, 14 juillet mars 1998.

³⁵² La Cour suprême 94m130, 27 mai 1994 (Le bulletin tribunal, n° 971, p. 1829).

³⁵³ Bong-Hee HAN, *Les causes de divorce faillite, Droit privé (n° 3)*, Centre de recherche du droit privé, 1982, p. 86 et s. (La Cour suprême 80m60, 11 mai 1982).

l'article 840, numéro 6 du Code civil au motif que « l'on ne peut permettre le divorce au conjoint demandeur ayant la responsabilité de la faute³⁵⁴ ou la faillite du mariage »³⁵⁵.

La formulation de la motivation de la décision témoigne de la difficulté à faire la distinction entre le divorce pour faute et le divorce pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal. Toutefois, le principe ainsi posé supporte des exceptions³⁵⁶. Autrement dit, le juge peut aussi accepter le divorce sur le fondement de l'art 840 en son numéro 6, quoique demandé par un époux ayant commis une faute³⁵⁷.

On explique la solution par le comportement de l'époux défendeur, soit parce que celui-ci est animé d'une volonté de nuire³⁵⁸, par exemple, il ne veut pas divorcer pour empêcher le mariage de son conjoint demandeur avec un tiers³⁵⁹, soit parce qu'il a l'intention de

³⁵⁴ La Cour suprême 65m37, 21 septembre 1965 ; dans le même sens, La Cour suprême 84m90, 11 décembre 1984 ; La Cour suprême 85m20, 23 juillet 1985 ; Si-Seung KIM, *Le motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal sur les jugements, Étude juridique* (n° 6), 1996, p. 435 et s. ; Yong-Han KIM, *Interprétation de motif grave comme cause du divorce, Bub-Jo* (n° 12, vol. 3), 1963, p. 36 et s. ; Hye-Jin LEE, *Court opinion's change in the responsible spouse's application of judicial divorce, Legal Dong-A* (n° 45), *Institut de droit d'université de Dong-A*, 2009, p. 239 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 192 ; Bong-Hee HAN, *The Reform of the Family Law of Korea : La demande en divorce par le conjoint sur faute ou faillite et les cause du divorce faillite, Étude légale d'université de Pusan* (n° 31, vol. 1), *Institut de droit d'université de Pusan*, 1989, p. 375.

³⁵⁵ Hyun-Soo JUNG, *La limite d'acceptation de la demande en divorce du conjoint fautif, Étude légale* (n° 15, vol. 1), *Recherche de droit d'université de Chung-Nam*, 2004, p. 178 ; Yong-Woo KWON, *A study on the guilty spouse's claim for divorce, Thèses légales* (n° 33, n° 1), *Institut de droit de l'université de Dan-Kook*, 2009, p. 148 ; Bong-Hee HAN, *art. préc.*, p. 341 ; Hye-Shin BANG, *Le divorce-faillite demandé par le conjoint fautif, Thèses légales d'Université de Dankook* (n° 27), *Institut d'étude juridique de l'université Dan-kook*, 2003, p. 176 et s.

³⁵⁶ Un tel rejet ne peut pas retourner avant la rupture de la vie commune, c'est pourquoi il a été beaucoup critiqué : Yong-Han KIM, *Caractère de l'article 840 du Code civil, Bub-Jo* (n° 10), 1961, p. 76 ; Moon-Ki CHOI, *La perspective des jugements pour le demandeur fautif (A study on tendency of precedents of claim for division of property by divorce), Revue sociale et humaine* (n° 26, vol. 2), *Université de Kyung-Sung*, 2010, p. 176.

³⁵⁷ À partir du jugement du 14 avril 1987, la jurisprudence acceptait exceptionnellement la demande en divorce du conjoint fautif (La Cour suprême 86m28, 14 avril 1987) ; Hye-Jin LEE, *Court opinion's change in the responsible spouse's application of judicial divorce, Legal Dong-A* (n° 45), *Institut de droit d'université de Dong-A*, 2009, p. 231.

³⁵⁸ Moon-Ki CHOI, *Les causes de divorce contentieux, La perspective de droit civi, Comité des thèses pour souvenir HONG Chun-Lyong*, 1997, p. 761 ; Yong-Woo KWON, *A study on the guilty spouse's claim for divorce, Thèses légales* (n° 33, n° 1), *Institut de droit de l'université de Dan-Kook*, 2009, p. 162 ; Hyun-Soo JUNG, *La limite d'acceptation de la demande en divorce du conjoint fautif, Étude légale* (n° 15, vol. 1), *Recherche de droit d'université de Chung-Nam*, 2004, p. 181.

³⁵⁹ La Cour suprême 86m28, 14 avril 1987 (Jou-Sou KIM, *Étude du jugement, Le journal mensuel de tribunal*, octobre 1987, p. 458) ; La Cour suprême 86m87, 22 septembre 1987 ; La Cour suprême 87m60, 9 février 1988 ; La Cour suprême 94m741, 25 juin 1996 ; La Cour suprême 2003m1890, 27 février 2004.

négocier le divorce et obtenir des avantages pécuniaires conséquents³⁶⁰. Pour cela, cet époux défendeur peut proposer au conjoint demandeur un divorce par consentement mutuel afin de pouvoir bénéficier de la prestation compensatoire et de la division des biens³⁶¹.

Outre cette exception justifiée par le comportement de l'époux défendeur, la cessation de la communauté de vie entre les époux peut également conduire le juge à prononcer le divorce à la demande du conjoint fautif sur le fondement de l'article 840, numéro 6 du Code civil³⁶², parce qu'il considère que cette absence de vie commune témoigne de la faillite du mariage³⁶³.

Il résulte de ces développements qu'en droit sud-coréen, une clarification dépourvue d'ambiguïté des rapports entre les différents cas prévus par l'article 840 du Code civil s'avère nécessaire pour aboutir à un divorce faillite définitivement et entièrement distinct du divorce sanction pour faute, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui du divorce pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal³⁶⁴.

³⁶⁰ Jong-Yong PAK, *Le critère de permettre pour le conjoint fautif -La Cour suprême, 2004m1033, 24, septembre, 2004-*, *Étude sur le droit de la famille (n° 20, vol. 1)*, *The korean society of family law*, 2006, p. 329 ; Dong-Sub PARK, *L'interprétation de droit de la famille, op. cit.*, p. 60 ; Young-Bai SU, *La demande en divorce-faillite par le conjoint fautif, Étude de droit (n° 3)*, *Institut de droit d'université de Kyung-Sang*, 1992, p. 9 ; KANG, Young Ho, *La demande en divorce du conjoint sur faute-dans les jugements de Cour suprême-*, *Jurisprudence administrative (n° 18, vol. 5)*, *Institut sud-coréen de jurisprudence administrative*, 1987, p. 521 ; Chun-Hee HONG, *Le divorce faillite et le conjoint fautif, Le prospect et devoir du Code civil contemporain : thèses pour souvenir professeur HAN Bong-Hee, MILAL*, 1994, p. 217.

³⁶¹ La Cour suprême 99m1213, 8 octobre 1999 (Le journal de la Cour suprême 15 novembre 1999, p.2324) ; La Cour suprême 90m998, 8 novembre 1996 (Le journal de la Cour suprême 15 décembre 1996, p. 3576) ; La Cour suprême 97m155, 16 mai 1997 (Le journal de la Cour suprême 15 juin 1997, p. 1735) ; La Cour suprême 91m177.184, 26 novembre 1991 ; La Cour suprême 91m23, 22 novembre 1991.

³⁶² Yong-Woo KWON, *A study on the guilty spouse's claim for divorce, Thèses légales (n° 33, n° 1)*, *Institut de droit de l'université de Dan-Kook*, 2009, p. 162 ; Hyun-Soo JUNG, *La limite d'acceptation de la demande en divorce du conjoint fautif, Étude légale (n° 15, vol. 1)*, *Recherche de droit d'université de Chung-Nam*, 2004, p. 181.

³⁶³ La Cour suprême 73m29, 11 juin 1974 ; La Cour suprême 89m235, 27 mars 1990 ; La Cour suprême 89m1214, 24 avril 1990 ; La Cour suprême 89m365, 26 février 1991 ; La Cour suprême 92m990, 9 mars 1993 ; La Cour suprême 98m15, 23 juin 1998 (Le journal de la Cour suprême 1 août 1998, p. 2002) ; La Cour suprême 2004m1033, 24 septembre 2004 ; Ou-Duk KIM, *Review on the cause of divorce to be supported to the bankruptism, Droit privé (n° 6)*, *Centre de recherche du droit privé*, 1986, p. 413 et s. ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 195).

³⁶⁴ Si-Seung KIM, *Le motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal sur les jugements, Étude juridique (n° 6)*, 1996, p. 430 ; Yong-Han KIM, *Interprétation de motif grave comme cause du divorce, Bub-Jo (n° 12, vol. 3)*, 1963, p. 36 ; Jong-Yong PAK, *Le critère de permettre pour le conjoint fautif -La Cour*

Par comparaison, on peut rappeler que le législateur français, en 2004, espérait que l'adoption de cette nouvelle conception du divorce pour cause objective qu'est le divorce pour rupture définitive du lien conjugal, fera du divorce pour faute un divorce réservé aux manquements les plus graves aux obligations du mariage³⁶⁵.

suprême, 2004m1033, le 24, septembre, 2004-, Étude sur le droit de la famille (n° 20, vol. 1), The korean society of family law, 2006, p. 340 et s.

³⁶⁵ Young-Ho SHIN, *La demande en divorce du conjoint sur faute, Revue légale de Korea N° 42, Institut légal de l'université de Korea, 2004, p. 33* ; Jong-Yong PAK, *Le critère de permettre pour le conjoint fautif -La Cour suprême, 2004m1033, le 24, septembre, 2004-, Étude sur le droit de la famille (n° 20, vol. 1), The korean society of family law, 2006, p. 340 et s.*

SECTION II.

LE CAS DE DIVORCE SANCTION : LE DIVORCE POUR FAUTE

Souvent contesté, maintes fois menacé par d'autres types de divorce³⁶⁶, le divorce pour faute, seul admis en France avant la loi du 11 juillet 1975³⁶⁷ a été maintenu, malgré les opinions en faveur de la suppression de la faute et du divorce sanction³⁶⁸.

Ainsi, la loi du 26 mai 2004, si elle ne modifie que très peu le divorce pour faute, a-t-elle également marqué le souhait du législateur d'uniformiser les effets du divorce indépendamment de la cause et de l'attribution des torts³⁶⁹. Force est toutefois de constater que cette logique de neutralité n'a pas toujours été suivie.

Nous verrons qu'un examen un peu plus approfondi du régime du divorce pour faute suffit pour nous convaincre qu'il reste un divorce-sanction spécifique.

En Corée, très tôt, une loi de 1484 a prévu, avec d'autres types de divorce, le divorce pour faute³⁷⁰. Depuis, il a été maintenu par les interventions législatives postérieures³⁷¹ sans grand changement. L'attention du législateur sud-coréen n'a pas été attirée par ce cas

³⁶⁶ Ainsi l'ouverture d'une possibilité de divorce par cause objective avait aussi pour but de limiter le divorce pour faute au cas de manquement caractérisé des obligations du mariage (Rapport n° 1513 de M. Patrick DELNATTE à l'Assemblée nationale, p. 50).

³⁶⁷ P. COURBE, *op. cit.*, p. 154 ; J. CARBONNIER, *La question du divorce. Mémoire à consulter*, D. 1975. Chron. 116, spéc. 118 : « il est des conflits conjugaux que la conscience populaire continue de poser en terme de culpabilité et à résoudre en terme de sanctions ».

³⁶⁸ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 288.

³⁶⁹ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 200.

³⁷⁰ Bu-Young LEE, Yel-Gou KIM, et Il-Sang LEE, *op. cit.*, p. 95 et s. ; Seung-II LEE, *The Joseon governor general office's policy of Joseon people registration - Changes occurred during the 1910s-, in terms of the basic registration units which comprised the civilian registers and residence registration charts (Legislative policy of the government-general in the 1910s)*, art. préc., p. 33.

³⁷¹ Les lois de 1922 et de 1958 ; Le législateur de 1958 (loi n° 471 du 22 février 1958) a suivi l'idée majeure du divorce pour faute prévu par la loi de 1922 (Sang-Yong KIM, *Réflexion socio-légale sur les causes de l'augmentation des taux de divorce, op. cit.*, p. 42). Il est critiqué du fait que l'opinion publique cherche un coupable dans la perspective de responsabilité individuelle pour ce divorce (Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 159 et s.).

de divorce, ignoré et délaissé par les époux au profit du divorce par consentement mutuel³⁷².

Par réalisme et/ou opportunité, les deux systèmes juridiques ont donc conservé le divorce pour faute. De même, la loi française et la loi sud-coréenne admettent qu'un époux peut demander le divorce lorsque son conjoint a commis une faute, c'est-à-dire, d'une manière générale³⁷³ un manquement aux devoirs et obligations nés du mariage (art. 242 et s. C.civ. français et art. 840, n° 1 à n° 5 C.civ. sud-coréen)³⁷⁴.

Dans cette perspective, les législateurs français et sud-coréen se sont efforcés, chacun à sa manière, de préciser la notion de faute conjugale, cause du divorce (§ 1), avant de s'accorder à nouveau pour reconnaître au juge un pouvoir d'appréciation relativement à cette faute conjugale (§ 2).

§ 1. LA DEFINITION DE LA FAUTE CONJUGALE

D'une manière générale, l'idée dominante est la suivante : l'un des époux est fautif et, sans la faute qu'il a commise, rien ne se serait passé en principe. Au cœur du dispositif, se trouve la notion de faute.

Il importe donc, en particulier, de caractériser cette faute, cause du divorce. La comparaison des législations révèle alors que si, après quelques hésitations, le législateur français a finalement opté pour une définition générale et abstraite (A), son homologue coréen est resté fidèle à une technique énumérative des fautes conjugales (B).

³⁷² 96 % des époux dans les années 60, 86 % des époux en 2006 (Sang-Yong KIM, *Le déroulement historique du divorce*, art. préc., p. 155 ; Jou-Sou KIM, *Retrospect of family law and its emerging agenda, Étude sur le droit de la famille* (n° 23, vol. 1), *The korean society of family law*, 2009, p. 12 ; Jou-Sou KIM, *L'évolution du droit de la famille*, art. préc., p. 336) ; Après que l'article 840 du Code civil est prévu les cinq causes du divorce pour faute dans la loi de 1958, elles n'ont jamais été réformées jusqu'à aujourd'hui (Sang-Yong KIM, *Le déroulement historique du divorce*, art. préc., p. 148).

³⁷³ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Impression de recherche sur les fautes causes de divorce*, D. 1985. Chron. 219 ; J. ROCHE-DAHAN, *Les devoirs nés du mariage ; obligations réciproques ou obligations mutuelles ?*, RTD civ. 2000.735 ; P. COURBE, *op. cit.*, p. 155.

³⁷⁴ L. CAILLET, *Coup d'œil sur l'histoire du divorce*, *Divorce, 20 ans après*, *Revue juridique d'Ile-de-France*, Dalloz, 1997, p. 11 ; Sang-Yong KIM, *Un projet pour la réforme et des lois étrangères à l'égard du divorce par consentement mutuel*, *op. cit.*, p. 15.

A. LA DEFINITION GENERALE ET ABSTRAITE DE LA FAUTE EN DROIT FRANÇAIS

Dans une perspective historique, on constate que la technique législative adoptée pour définir la faute est fonction de l'évolution des mœurs³⁷⁵. Avant 1975, on notait que le divorce reposait, sur une énumération de fautes déterminées³⁷⁶. La jurisprudence distinguait alors entre les causes péremptoires, pour lesquelles le tribunal est obligé de prononcer le divorce³⁷⁷, et les causes facultatives, pour lesquelles le tribunal est libre de sa décision.

En 1975, le droit français abandonne la technique énumérative au profit d'une cause générale, indéterminée, prévue dans l'ancien article 242 du Code civil. Toutefois, subsiste encore la cause résultant de la condamnation à une peine en matière criminelle inscrite dans l'ancien article 243 du Code civil.

En 2004, l'article 242 du Code civil a été maintenu³⁷⁸, alors que l'article 243 du Code civil a été abrogé³⁷⁹. Désormais, la loi ne donne ni liste, ni définition précise mais parle seulement de fait présentant certains traits caractéristiques (1).

³⁷⁵ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 199.

³⁷⁶ « Trois causes concrètes étaient admises : l'adultère, la condamnation à une peine afflictive et infamante, et une cause regroupant les excès, services et injures graves » (P. COURBE, *op. cit.*, p. 154).

³⁷⁷ Adultère et condamnation à une peine afflictive et infamante.

³⁷⁸ L'article 242 du Code civil, définissant les conditions du divorce pour faute, n'a été retouché que dans l'ordre des mots : a été reprise la fameuse « *double condition* » dont la Cour de cassation assure un respect purement formel (un instant supprimé au cours des travaux parlementaires, l'alternative « ou renouvelée » a vite été rétablie). L'ensemble de la jurisprudence antérieure demeurera d'actualité (sauf à souhaiter peut-être que l'on absolve enfin les « *fautes* » commises durant la procédure, en particulier les « infidélités » postérieures à l'ordonnance de non-conciliation, qui ne sont guère à l'origine de la rupture) : A. BÉNABENT, *La réforme du divorce -article par article-*, *op. cit.*, p. 48.

³⁷⁹ *Dans la majorité des cas, les actes criminels constitueront une violation grave des obligations du mariage et le divorce pourra être prononcé sur le fondement de l'article 242 du Code civil. Mais il n'en est pas nécessairement ainsi : on peut être un criminel et rester un époux fidèle et attentionné. Il peut néanmoins être intolérable pour le conjoint du criminel de rester marié avec celui-ci. On peut penser que les tribunaux seront sensibles à une telle situation et ne refuseront pas le divorce au conjoint du criminel en considérant que l'activité criminelle constitue une violation grave des obligations du mariage* (J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 33) ; Ce cas rejoint le droit commun, certains délinquants pouvant être bons époux : « *Est supprimée la place spéciale faite à certaines condamnations pénales de l'un des époux* » (A. BÉNABENT, *La réforme du divorce -article par article-*, *op. cit.*, p. 49).

Il en résulte que la faute est constituée, non seulement par la violation des devoirs et obligations du mariage que la loi évoque de manière explicite, mais aussi par tous les comportements et les attitudes considérés comme illégitimes (2).

1. Les éléments constitutifs de la faute

En droit français, la faute au sens de l'article 242 du Code civil est constituée de trois éléments.

D'abord, il s'agit d'un fait imputable au conjoint. Pour constituer une faute, le comportement reproché à l'époux doit avoir été accompli de façon consciente et en toute liberté. Se pose alors la question des faits accomplis sous l'empire d'un trouble mental³⁸⁰, de l'abus d'alcool³⁸¹ ou de la prise de stupéfiants.

Ensuite, le fait doit constituer une faute conjugale, c'est-à-dire, un manquement au droit conjugal qui doit revêtir une certaine gravité. Dans cette conception, la faute peut se concrétiser dans un fait grave même isolé ou dans des fautes moins graves mais répétées³⁸².

Enfin, le fait fautif est celui qui rend intolérable le maintien de la vie commune³⁸³. Pour justifier le prononcé du divorce, la faute conjugale commise par un époux doit avoir des répercussions sur la vie commune³⁸⁴.

C'est pourquoi, d'une part, les juges vérifient que les conséquences de la faute conjugale soient d'une importance suffisante pour que la demande ne dissimule pas une simple incompatibilité d'humeur³⁸⁵.

³⁸⁰ P. COURBE, *op. cit.*, p. 355.

³⁸¹ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 292 ; Il faut que les faits soient imputables au défendeur. Les faits reprochés s'expliquant par l'état mental de l'épouse atteinte de psychose schizophrénique (Toulouse, 29 octobre 1997, *Dr. Famille* 1998, n° 51, n. H. LECUYER) ou le viol d'une femme mariée par un tiers (TGI Niort, 21 novembre 1960, *D.* 1961. 247 : l'accomplissement de l'acte charnel contre toute volonté libre en dehors de toute conscience exclut de lui-même l'existence d'une faute et par suite d'un adultère) perdront leur caractère fautif.

³⁸² Des manquements renouvelés suffiront, même s'ils sont légers : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 204.

³⁸³ Dans la pratique, il y a peu de débat. Le plus souvent, le juge constate *in abstracto* que la vie est devenue intolérable à partir de la faute et *in concreto* pour les époux divorçant en particulier.

³⁸⁴ La condition de demander le divorce pour faute doit être rejetée lorsque la vie commune n'existe plus depuis longtemps (Civ. 2^e, 25 mars 1991, *Bull. civ.* II, n° 99).

D'autre part, la Cour de cassation, en exerçant son contrôle, exige la mention expresse du constat de la double condition formulée par l'article 242 du Code civil³⁸⁶ : une violation grave ou renouvelée des devoirs conjugaux rendant difficilement tolérable le maintien de la vie commune³⁸⁷.

En dernière analyse, même un comportement a priori non répréhensible peut donc se révéler fautif, s'il compromet la vie familiale³⁸⁸.

2. La diversité des fautes conjugales

On sait que, d'un côté, la faute, en matière de divorce, est définie de manière abstraite en droit français³⁸⁹. De l'autre, la définition des devoirs et obligations incombant aux époux est assez large pour permettre aux tribunaux de sanctionner une grande diversité de comportements fautifs³⁹⁰.

Aussi, contrairement à ce que l'on pourrait supposer, la notion de devoirs et obligations susceptibles d'être méconnus par les époux, ne se limite pas à ceux énumérés expressément par le Code civil (a). Peuvent également être considérés comme fautifs, des faits non prévus par des textes qui sont inséparables du mariage, dès lors qu'ils sont graves ou renouvelés (b).

a. La violation des droits et devoirs nés du mariage

Le divorce pour faute suppose, par définition, la violation des devoirs et obligations du mariage. On rappellera à cet égard que les articles 212 et 215 du Code civil imposent aux

³⁸⁵ Civ. 2^e, 8 octobre 1986, *Bull. civ.* II, n° 144.

³⁸⁶ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 205.

³⁸⁷ Dans ce sens, Civ. 2^e, 25 mai 1994, *Bull. civ.* II, n° 137 ; JCP 1995.I.3816, obs. F. FERRÉ-ANDRÉ ; 19 octobre 1994, *Bull. civ.* II, n° 198 ; 10 juillet 1996, *Bull. civ.* II, n° 199 et 200 ; 4 mars 1998, *Bull. civ.* II, n° 68 ; Civ. 2^e, 13 décembre 2001, *Dr. fam.* 2002, n° 43, obs. H. LÉCUYER ; 7 février 2002, *RJPF* 2002-4/23, Chr. M. GUERDER ; 7 mai 2002, *RDT civ.* 2002.491, obs. ; J. HAUSER ; Civ. 2^e, 30 novembre 2000, *Bull. civ.* II, n° 157.

³⁸⁸ « *Les fautes conjugales dessinant en creux les devoirs du mariage figurant aux articles 212 et suivants du Code civil, le divorce pour faute devait perdurer autant que l'institution du mariage. Il a simplement été rajouté, à l'article 220-1 du Code civil énonçant les mesures urgentes* » : J. RUBELLIN-DEVICHI, *art. préc.* p. 1038 et s.

³⁸⁹ Cf. *Supra.* p. 108 et s.

³⁹⁰ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 292.

époux un ensemble d'obligations tant d'ordre personnel tel que l'obligation de cohabitation, de fidélité, de respect, que d'ordre matériel, notamment la contribution aux charges du mariage.

Est alors répréhensible la violation du devoir de fidélité qui résulte généralement de l'adultère³⁹¹ et de l'ensemble des relations équivoques avec un tiers³⁹², qui peuvent être considérées comme injurieuses pour le conjoint³⁹³.

Ainsi a été jugé fautif l'abandon définitif ou provisoire du domicile commun³⁹⁴ pour l'un des époux sans le consentement de l'autre. De même, le refus de laisser l'autre accéder à ce domicile commun constitue également une violation du devoir de cohabitation³⁹⁵.

Par ailleurs, le devoir de respecter son conjoint est inscrit dans le Code civil depuis la loi du 4 avril 2006³⁹⁶. Par conséquent, les faits portant atteinte à la personne de son conjoint, non seulement à son corps, mais également à sa personnalité³⁹⁷ seront sanctionnés comme contraires à l'article 212 du Code civil³⁹⁸.

³⁹¹ Civ. 2^e, 23 avril 1980, *Bull. civ.* II, n° 80. *Gaz. Pal.* 1981.1.89, note par J. MASSIP.

³⁹² Civ. 4 jan. 1958, *Bull. civ.* II, n° 9 ; Civ. 2^e, 3 jan. 1964, *Bull. civ.* II, n° 4 ; pour l'entretien d'une correspondance amoureuse avec un tiers (Civ. 2^e, 31 octobre 1962, *Bull. civ.* II, n° 683) ; pour l'infidélité intellectuelle (Paris, 13 février 1986. *Gaz. Pal.* 1986.1.216).

³⁹³ « Ces relations sont, en réalité, moins retenues en elles-mêmes que comme rendant extrêmement probable l'adultère, dont la preuve directe est naturellement toujours très difficile » : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 202 ; La violation de devoir de fidélité contient la relation homosexuelles.

³⁹⁴ Il n'existe plus de prédominance maritale par rapport au choix du domicile commun.

³⁹⁵ Une cour d'appel apprécie souverainement que le refus de l'épouse de rejoindre son mari à l'étranger peut être retenu comme cause de divorce, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce : Civ. 1^{re}, 12 septembre 2002, *Bull. civ.* II, n° 180 ; *Défrenois* 2003.117, obs. J. MASSIP ; *Dr. fam.* 2003, n° 26, note H. LÉCUYER ; *RTD civ.* 2002.784, obs. J. HAUSER : « Les faits de l'espèce avait ceci de particulier que le mari avait fixé sa nouvelle résidence en Chine continentale alors que l'épouse était originaire Taïwan » ; Il appartient au juge du fond d'apprécier si le comportement de l'époux à l'égard de son conjoint ne justifie pas la décision de ce dernier de quitter le domicile conjugal (Ce départ ne constitue pas une faute de sa part : Civ. 2^e, 30 novembre 2000, *D.* 2001. IR. 41 ; *RTD civ.* 2001.114, obs. J. HAUSER).

³⁹⁶ La loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (cf. A.-M. LEROYER, obs. *RTD civ.* 2006.402) : P. COURBE, *op. cit.*, p. 356 ; Ce sont les manquements au devoir de respect qui fournissent depuis longtemps les plus gros bataillons des fautes conjugales (A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 203).

³⁹⁷ Ils signifient des opinions, religion, honneur et image : P. COURBE, *op. cit.*, p. 156.

³⁹⁸ Violences physiques, scènes et propos injurieux, disputes intenses et traumatisantes (Civ. 1^{re}, 23 mai 2006, *D.* 2007.609, obs. L. WILLIATTE-PELLITTERI), ivresse habituelle, vexations et humiliations systématiques (Civ. 2^e, 5 octobre 1960, *Bull. civ.* II, n° 533 ; 19 janvier 1961, *Bull. civ.* II, n° 55 ; 16

Enfin, lorsqu'un époux ne veut pas fournir les subsides nécessaires à la famille, une telle défaillance³⁹⁹ établit la faute conjugale comme constitutive d'une atteinte au devoir de contribuer aux charges du mariage⁴⁰⁰.

Pour être tout à fait complet sur la faute conjugale, il importe d'observer qu'il existe également des devoirs dégagés par la jurisprudence au fil des années et dont l'inobservation par un époux peut constituer un fait fautif, cause du divorce.

b. La violation des devoirs implicitement attachés au mariage

La vie commune entre époux fait apparaître une diversité de situations conflictuelles qui ne peuvent pas être prévues et réglées d'avance par le législateur. Il incombe, en conséquence, au juge de préciser quels sont, dans chaque situation de fait, les devoirs qui s'imposent aux époux l'un envers l'autre. Ils ne sont pas inscrits dans la loi, mais sont inséparables du mariage.

Ils forment un ensemble qualifié de devoirs innommés⁴⁰¹. Faute de pouvoir dresser une liste exhaustive, tout au plus peut-on donner quelques illustrations.

Ainsi, il a été jugé que les injures commises par l'un des époux à l'égard de la famille ou des enfants de l'autre, constitue une faute⁴⁰². En effet la jurisprudence considère qu'il est injurieux pour l'un des époux de voir ses parents maltraités ou boudés par l'autre⁴⁰³.

octobre 1964, *Bull. civ. II*, n° 624 ; 12 février 1987, *Gaz. Pal.* 1987. Pan. 217), attitude injurieuse (CA Orléans, 10 mai 2005, *Dr. fam.* 2006, n° 57, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; CA Metz, 28 juin 2005, *JCP* 2006.IV.1717), attitudes de mépris, d'indifférence ou d'ignorance (Civ. 2^e, 14 novembre 2002, *Gaz. Pal.* 1986. Pan. 246), accusations ou dénonciations injustifiées comme une tentative de placement sous tutelle (Civ. 2^e, 14 novembre 2002, *Bull. civ. II*, n° 256) ; Pour une dénonciation calomnieuse à l'employeur (Versailles, 27 février 1987, *Gaz. Pal.* 1987. Som. 398), délinquance (Civ. 2^e, 11 juin 1954, *D.* 1954.566), soustractions frauduleuses au détriment du conjoint (Civ. 2^e, 28 novembre 1951, *JCP* 1952II6727 ; 13 février 1963, *Bull. civ. II*, n° 137 ; 6 mai 1964, *Bull. civ.* n° 347) ; Les obligations qui ne sont pas inscrites dans la loi en terme exprès, mais sont consubstantielles à l'idée de mariage. Mais, le défaut d'affection n'est pas une faute, car le mariage n'impose pas l'obligation de s'aimer (Civ. 2^e, 2 février 1972, *D.* 1972.295 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Impression de recherche sur les fautes cause de divorce*, *D.* 1985. Chron. 223).

³⁹⁹ Civ. 2^e, 7 novembre 1962, *Bull. civ. II*, n° 699 ; Civ. 2^e, 11 avril 1964, *Bull. civ. II*, n° 276.

⁴⁰⁰ C'est des circonstances indépendantes de la volonté d'un conjoint, par exemple, le chômage : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 202.

⁴⁰¹ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 203.

⁴⁰² Les injures commises par l'un des époux à l'égard de sa belle-famille ou des enfants du conjoint constituent la faute.

Les sentiments d'un époux peuvent également être atteints en raison du défaut de soins et d'attention du conjoint à l'égard des enfants⁴⁰⁴.

Par ailleurs, l'absence de loyauté est un motif fréquemment invoqué. A cet effet, la dissimulation par l'un des époux à l'autre de faits antérieurs au mariage qui ont des répercussions sur la vie conjugale a été jugé constitutive d'une atteinte au devoir de loyauté incombant aux époux⁴⁰⁵. Peuvent enfin être considérés comme fautifs les comportements portant atteinte à la solidarité d'honneur devant exister entre époux⁴⁰⁶.

Encore faut-il, selon l'article 242 du Code civil, que ces manquements, divers et variés, soient graves ou renouvelés, pour que le divorce soit prononcé. Cette condition s'avère ainsi nécessaire pour mettre un frein au nombre de divorces susceptibles d'être demandés.

Si l'objectif est également celui de préciser la notion de faute conjugale, le législateur sud-coréen a cependant fait le choix d'une méthode différente de celle adoptée par son homologue français.

⁴⁰³ La jurisprudence a précisé qu'il était excessif que l'un des époux a voulu imposer ses parents au domicile conjugal ou même la présence d'amis durant des vacances (Paris, 13 février 1986, *Gaz. Pal.* 1986.216) ; Civ. 2^e, 5 décembre 1962, *Bull. civ.* II, n^o 772 ; 22 mai 1963, *Bull. civ.* II, n^o 368.

⁴⁰⁴ Pour un refus de faire baptiser l'enfant comme il avait été promis : Versailles, 26 mars 1987, *Gaz. Pal.* 1987. Som. 398.

⁴⁰⁵ « Cette dissimulation est en réalité antérieure au mariage et elle peut difficilement apparaître comme constituant un manquement à des obligations qui n'étaient pas encore nées » : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 204 ; Dissimulation de l'impuissance du mari (Nancy, 12 mai 1958, *RTD civ.* 1958.585, obs. H. DESBOIS) ; Dissimulation d'une malformation physique de la femme l'empêchant de consommer le mariage (Civ. 7 mai 1951, *D.* 1951.472) ; Dissimulation d'une maladie grave (Civ. 2^e, 5 juillet 1956, *D.* 1956.609 ; 12 mai 1960, *Bull. civ.* II, n^o 309) ; Dissimulation d'une liaison antérieure (Colmar, 13 mars 1954, *D.* 1954.373) ; Dissimulation de l'impuissance du mari (Nancy, 12 mai 1958, *RTD civ.* 1958.585, obs. H. DESBOIS) ; Dissimulation d'une malformation physique de la femme l'empêchant de consommer le mariage (Civ. 7 mai 1951, *D.* 1951.472) ; Dissimulation d'une maladie grave (Civ. 2^e, 5 juillet 1956, *D.* 1956.609 ; 12 mai 1960, *Bull. civ.* II, n^o 309) ; Dissimulation d'une liaison antérieure (Colmar, 13 mars 1954, *D.* 1954.373). Par contre, la dissimulation pendant le mariage d'événements importants Grossesse de l'épouse contre la volonté du mari (Caen, 5 janvier 2006, *Dr. fam.* 2006, n^o 149 ; Nîmes, 21 mars 2007, *Dr. fam.* 2007.189) ; Concurrence déloyale envers le conjoint (Civ. 1^{re}, 17 octobre 2007, *D.* 2008.807) ; Vie professionnelle, et financière, activités religieuses.

⁴⁰⁶ Civ. 1^{re}, 17 octobre 2007, *D.* 2008. Pan. 808, obs. G. SERRA et L. WILLIATTE-PELLITERI.

B. LE RECOURS A LA TECHNIQUE ENUMERATIVE DES FAUTES, CAUSE DU DIVORCE, EN DROIT SUD-COREEN

A la différence du droit français qui se caractérise, nous l'avons vu⁴⁰⁷, sur la question de la faute cause de divorce, par l'abandon de la technique énumérative au profit d'une définition abstraite, le droit sud-coréen n'a jamais renoncé à ce procédé, adopté dès 1484, et poursuivi par les interventions législatives postérieures, notamment la loi de 1958⁴⁰⁸, et ce malgré les opinions contraires formulées à l'encontre de cette méthode⁴⁰⁹.

A la lecture de l'article 840 du Code civil sud-coréen, il apparaît que la catégorie des fautes reprochées est variable. Parmi les cinq causes énumérées par l'article 840 du Code civil précité⁴¹⁰, on distingue les comportements fautifs à l'égard du conjoint (1) de ceux commis à l'égard des autres membres de la famille (2).

1. Les comportements fautifs à l'égard du conjoint

L'article 840 du Code civil évoque en son numéro 1, l'infidélité. Cette cause figurant en tête de la liste mais aussi la première cause en matière de divorce contentieux⁴¹¹, appelle deux observations.

⁴⁰⁷ Cf. Supra. p. 108 et s.

⁴⁰⁸ « La loi de 1958 ne reflète pas le changement social : les cinq causes de l'article 840 du Code civil ne correspondent pas à la vie conjugale contemporaine. Car ces causes de divorce pour faute ont suivi celles prévues par les lois de 1921 et 1922 qui étaient fondées sur l'idéologie patriarcale et confucianiste » : Seung-II LEE, *The study on revision of Choseon civil law and change of kinship custom in colonial Korea, Étude de la culture Est-asiatique (n° 33)*, Institut de la culture Est-asiatique de l'université Han-Yang, 1999, p.174.

⁴⁰⁹ Les causes du divorce pour faute ne pouvaient pas porter à débat. Car ces chiffres ne suscite pas l'intérêt de réformer le divorce pour faute de sorte que ces causes existent depuis plus de 50 ans (Sang-Yong KIM, *Le déroulement historique du divorce, art. préc.*, p. 155 ; Jou-Sou KIM, *Retrospect of family law and its emerging agenda, Étude sur le droit de la famille (n° 23, vol. 1)*, The korean society of family law, 2009, p. 12 ; Jou-Sou KIM, *L'évolution du droit de la famille, art. préc.*, p. 336 ; Kun-Sik LEE, *Relative grounds of divorce, art. préc.*, p. 246.

⁴¹⁰ L'article 840 du Code civil prévoit cinq cause de divorce pour faute : l'infidélité (art. 840, n° 1 C.civ.), l'abandon avec mauvaise volonté (art. 840, n° 2 C.civ.), les injures d'un conjoint ou des parents à l'égard de l'autre (art. 840, n° 3 C.civ.), les injures envers les parents d'un conjoint demandeur (art. 840, n° 4 C.civ.) et l'absence d'un époux pendant plus de trois ans (art. 840, n° 5 C.civ.).

⁴¹¹ 42 % des époux divorcent à cause d'infidélité et celle-ci est la première cause dans le divorce contentieux : Sang -Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce, op. cit.*, p. 112 ; *Almanach judiciaire, Bureau d'Administration pour Tribunal*, 2001, p. 419.

La première pour constater que l'infidélité du conjoint a remplacé dans la loi de 1958, l'adultère prévu par le Code de Sung-Jong dès 1484⁴¹².

On nous fait alors observer que ce changement a eu surtout pour effet d'élargir le champ d'application de la violation du devoir de fidélité⁴¹³. Il en résulte, en effet, une interprétation extensive des manquements au devoir de fidélité⁴¹⁴.

Il a été jugé que les manquements peuvent résulter non seulement de l'adultère proprement dit et consommé, mais également de toutes sortes de relations équivoques avec quelqu'un d'autre, rendant probable l'adultère et pouvant être injurieux pour le conjoint⁴¹⁵.

Si la relation compromettante a eu lieu avant le mariage, elle ne peut pas constituer une faute, cause du divorce⁴¹⁶. En revanche, si le comportement infidèle avec un tiers a débuté avant le mariage et se poursuit pendant l'union conjugale, il constitue une faute⁴¹⁷.

Toutefois, pour que le juge puisse considérer la relation avec un tiers comme portant atteinte au devoir de fidélité, il faut qu'elle soit accomplie de manière délibérée⁴¹⁸. En revanche, la répétition n'est pas une condition nécessaire pour établir la violation du devoir de fidélité⁴¹⁹.

⁴¹² « Depuis l'adultère prévu par le Code de Sung-Jong dès 1484, l'adultère s'appliquait aux femmes pour les maris avant la loi de 1958 » : Dong-Oun SHIN, *Droit pénal*, 6^e édition, Bubmounsa, 2011 p. 121

⁴¹³ La Cour suprême 92 m 938, 9 avril 1993 ; La Cour suprême 87 m 5, 26 mai 1987.

⁴¹⁴ La Cour suprême 62 ma 54, 14 mars 1963 : « La cohabitation avec un tiers constitue l'infidélité. Alors qu'un conjoint n'ayant pas la capacité sexuelle à cause de son âge, a habité avec un tiers, son comportement infidèle constitue la faute Il suffit alors que l'attitude intime avec un tiers constitue une infidélité morale. Lorsqu'un conjoint n'ayant pas la capacité sexuelle à cause de son âge, a habité avec un tiers, son comportement infidèle constitue la faute » ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 179 : « Bien que l'adultère ne soit pas établi, la jurisprudence accepte qu'ils constituent la faute : les faits infidèles venant d'intrigues amoureuses, de galanteries platoniques mais pressantes et de marivaudages plus ou moins licencieux ».

⁴¹⁵ Par exemple, l'ivresse ; Moon-Ki CHOI, *Les causes de divorce contentieux, La perspective de droit civil, Comité des thèses pour souvenir HONG Chun-Lyong*, 1997, p. 769.

⁴¹⁶ L'un des époux ne peut demander le divorce à cause de l'infidélité commise par l'autre avant le mariage parce que les devoirs du mariage sont fondés à partir du mariage. Les fautes antérieures au mariage ne constituent pas les conditions de divorce : Moon-Ki CHOI, *Les causes de divorce contentieux, op. cit.*, p. 772.

⁴¹⁷ La Cour suprême 91 m 85, 13 septembre 1991.

⁴¹⁸ La Cour suprême 76 m 10, 14 décembre 1976.

⁴¹⁹ Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 179.

Il importe ensuite d'observer, et c'est la seconde remarque, que si la dépenalisation de l'adultère est définitivement acquise en France depuis l'abrogation de l'article 337 du Code pénal, l'article 241 du Code pénal sud-coréen dispose qu'en cas d'adultère⁴²⁰, l'époux, qui en est l'auteur et son complice sont punis d'emprisonnement pouvant atteindre deux ans⁴²¹.

La recevabilité de la demande en condamnation pénale pour adultère dépend d'abord de l'existence d'une demande préalable en divorce matérialisée par la requête initiale qui ne mentionne pas le fondement de la demande en divorce (art. 229, al. 1^{er} Code de procédure pénale). C'est pourquoi ensuite la demande en condamnation pénale ne peut être introduite qu'après l'ordonnance de non-conciliation⁴²². Enfin, la demande en condamnation pénale pour adultère n'est plus recevable lorsqu'il y a reprise de la vie commune ou abandon de la demande en divorce (art. 229, al. 2 Code de procédure pénale)⁴²³.

A ce jour, aucune violation de la constitution n'a pu être retenue à l'encontre de l'article 241 du Code pénal prévoyant la condamnation pénale pour adultère malgré les demandes répétées devant le Conseil constitutionnel pour atteinte à la liberté individuelle⁴²⁴.

⁴²⁰ Il est présenté au parlement le projet de loi, mais les dispositions pénales sur la condamnation pénale pour l'adultère ne sont pas encore abrogées : Dong-Woon SHIN, *L'étude sur l'adultère et l'avortement du point de vue de la réforme du droit pénal en Corée du Sud, La politique de droit pénal* (n° 90-22), Centre de recherche de politique pénale, 1990, p. 34 et s.

⁴²¹ Gi-Choun SONG et Jung-Won LEE, *Réfléchi pénal et constitutionnel sur l'abrogation de la condamnation pénale pour l'adultère, Étude de Constitution* (vol. 10, n° 2), 2004, p. 24 : « La condamnation pénale pour l'adultère est critiquée depuis qu'elle a été instituée en 1953 en droit pénal ».

⁴²² Jong-Dae BAE, *Le nouveau droit de la procédure pénale, Hongmounsa*, 2008, p. 196.

⁴²³ La Cour suprême 75do1449, 24 juin 1975 ; La Cour suprême 74do2577, 25 novembre 1975 ; La Cour suprême 76do1278, 8 juin 1976 ; La Cour suprême 81do1975, 13 octobre 1981 ; La Cour suprême 85do1744, 24 septembre 1985 ; La Cour suprême 94do774, 10 juin 1994 ; La Cour suprême 66do790, 6 septembre 1966 ; Dong-Oun SHIN, *Droit pénal, 6^e édition. Bubmounsa*, 2011, p. 87 ; Jong-Dae BAE, *Le nouveau droit de la procédure pénale, Hongmounsa*, 2008, p. 195 ; Youn-Hwan SEONG, *A divorce suit and an effect of complaint of adultery, Chung-Ang Journal of Legal studies* (n° 9, vol. 2), La presse de l'université de Chung-Ang, 2007, p. 178 et s. ; « Il convient de considérer la requête initiale et la procédure de réconciliation comme l'action en divorce » (Sang-Chul LEE, *L'action en divorce et la plainte en adultère, Étude des accusations pénales* (vol. 3), Bakyoungsa, 1994, p. 82) ; Jou-Sung LEE, *Problèmes des accusations sur l'adultère, Jurisprudence administrative* (n° 3), Institut coréen de jurisprudence administrative, 1972, p. 558.

⁴²⁴ Le Conseil Constitutionnel a précisé que cette condamnation criminelle sur l'adultère prévue par l'article 241 du Code pénal et l'article 229 du Code de procédure pénale, empêchait le droit à l'autodétermination sexuelle et à la vie privée (Jai-Kyung JEON, *L'adultère et le droit à vie privée, Nouvelle de politiques pénales* (n° 24), *Étude de politique pénale*, 1994, p. 15 ; Il-Tae HOH, *Unconstitutionality of the penalty and global trend, Legal Dong-A*, n° 45, Institut de droit d'université de Dong-A, 2009, p. 268). Pourtant, la condamnation pénale pour l'adultère violant l'esprit de la Constitution a été rejetée par quatre contre cinq puisqu'il devait atteindre au quorum de six pour

Il en résulte le maintien de l'article 241 du Code pénal dans l'arsenal législatif sud-coréen et l'utilisation de cette disposition par les groupes de pression, favorables à la protection de la femme, comme un moyen de pression sur le conjoint fautif⁴²⁵.

Une autre faute conjugale prévue par l'article 840 du Code civil en son numéro 2 est constituée par ce qu'il qualifie d'abandon avec mauvaise volonté, représentant 17 % des divorces contentieux⁴²⁶.

Certes, il a été jugé, comme en droit français, que la faute est établie en cas d'abandon du domicile commun sans le consentement de son conjoint⁴²⁷. En réalité, la jurisprudence sud-coréenne l'a comprise très largement comme étant la méconnaissance par le conjoint des devoirs résultant du mariage prévus par l'article 826 du Code civil : cohabitation, assistance, secours⁴²⁸, ce qui en faisait la cause passe partout : refus de versement des subsides nécessaires à la famille, refus de l'aide ou de la collaboration de son conjoint⁴²⁹.

Par ailleurs, la dénomination même de cette cause, « abandon avec mauvaise volonté », révèle la nécessité d'un élément intentionnel. Il appartient au juge d'apprécier son

condamner la violation de la constitution. En effet, il a été rejeté quatre fois (Le Conseil Constitutionnel 2007hunga17, 30 octobre 2008 ; Le Conseil Constitutionnel 89hunma82, 10 septembre 1990 ; Le Conseil Constitutionnel 2000hunba60, 25 octobre 2001 ; Le Conseil Constitutionnel 2007godan330, 10 septembre 2007) ; Il-Tae HOH, *Die Verfassungswidrigkeit der Todesstrafe in Korea (Le caractère anticonstitutionnel de la peine pour adultère)*, *Justice* (n° 31, vol. 2), juin 1998, p. 7 et s.

⁴²⁵ Jong-Dae BAE, *Le nouveau droit de la procédure pénale, Hongmounsa*, 2008, p. 197 ; Jai-Kyung JEON, *L'adultère et le droit à vie privée, Nouvelle de politiques pénales* (n° 24), *Étude de politique pénale*, 1994, p. 18 ; En effet, la moitié des demandeurs pour cette condamnation pénale sur l'adultère sont des maris.

⁴²⁶ Sang-Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce, op. cit.*, p. 121.

⁴²⁷ La Cour suprême 81m48, 8 décembre 1981 ; La Cour suprême 85m6, 24 juin 1986.

⁴²⁸ La jurisprudence a pourtant ajouté qu'un tel abandon devait être la violation des devoirs et des obligations de cohabitation, de secours, et d'assistance, de coopération prévus par l'article 826 du Code civil (La Cour suprême 86m26, 27 mai 1986 ; La Cour suprême 96m1434, 10 avril 1998).

⁴²⁹ Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 182. « *Lorsqu'un époux ne peut pas ou ne veut pas fournir les subsides nécessaires à la famille ou quitte son domicile ou refuse à l'autre époux accéder à ce domicile commun, une telle violation des devoirs et obligations du mariage constitue la faute conjugale* » ; La Cour suprême 85m5, 9 juillet 1985 ; La Cour suprême 86m83, 28 octobre 1986 ; La Cour suprême 90m583, 9 novembre 1990.

existence⁴³⁰. Il a donc été jugé non constitutif d'abandon avec mauvaise volonté, le fait de quitter son domicile pour cause de travail, de maladie ou d'emprisonnement⁴³¹.

Par contre la loi n'apporte aucune précision sur la durée de l'abandon pour constituer la faute prévue par l'article 840, numéro 2 du Code civil. Là encore, la question est laissée à l'appréciation souveraine des juges⁴³² qui exigent, en général, une durée suffisamment longue et continue⁴³³. Toujours est-il que sur le plan procédural, aucune disposition du Code civil sud-coréen ne prévoit un délai de prescription de la demande en divorce sur la base de cette faute⁴³⁴.

Figurant au numéro 3 de la liste établie par l'article 840 du Code civil, les injures d'un conjoint ou des parents du conjoint à l'égard de l'autre ont été aussi jugés constitutifs d'une faute, cause du divorce⁴³⁵. 23 % des divorces contentieux prononcés, l'ont été sur la base de cette cause⁴³⁶.

D'une manière générale, le manquement visé par l'article 840, numéro 3 du Code civil consiste en des comportements injurieux d'ordre physique ou moral⁴³⁷ par l'un des conjoints ou les parents d'un conjoint rendant la vie intolérable pour l'époux victime⁴³⁸.

⁴³⁰ La Cour suprême 86m75, 19 août 1986 ; Puisqu'il est difficile de prouver la violation d'un devoir de coopération en réalité.

⁴³¹ L'emprisonnement du conjoint ne peut pas constituer la faute de l'abandon avec mauvaise volonté prévu par l'article 840, numéro 2 du Code civil mais, il peut appartenir à la faute de motif grave de ne pas continuer la vie conjugale prévue par l'article 840, numéro 6 du Code civil (La Cour d'appel de Dai-Gou, 66r661, 21 octobre 1966) ; En cas de travail ou de maladie ou d' Si l'époux abandonne son domicile commun à cause de la violence de son conjoint (La Cour suprême 69m31, 9 décembre 1969 ; La Cour suprême 89m1085, 23 mars 1990 ; La Cour suprême 90m408, 10 août 1990 ; Le tribunal familial de Séoul 92d66545, 8 avril 1993).

⁴³² Hormis au Long Island (cinq ans) et à Hawaï (six mois), la plupart des États s'applique la durée d'un an aux Etats-Unis pour l'abandon de domicile commun (la violation du devoir d'assistance et de secours est prévue séparément).

⁴³³ Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 183.

⁴³⁴ L'abandon avec mauvaise volonté est considéré comme « Gestaltungsrecht » en allemand, de sorte que ce droit de demander le divorce sur cette cause ne s'expire pas (La Cour suprême 96m1434, 10 avril 1998) : Soun-Gou MYUNG, *La demande en divorce est un droit formatif?*, *Justice* (n° 34), 2000, p. 261.

⁴³⁵ La Cour suprême 71m17, 6 juillet 1971.

⁴³⁶ Sang -Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce*, *op. cit.*, p.112.

⁴³⁷ La Cour suprême 4293minsang694, 18 janvier 1962 : Jou-Sou KIM, *Droit de la famille en jurisprudence*, *op. cit.*, p. 208.

⁴³⁸ La Cour suprême 80m9, 13 octobre 1981 ; La Cour suprême 85m6, 24 juin 1984 (La nouvelle jurisprudence, p. 840-35) ; La Cour suprême 97m612, 12 février 1999 (Le journal de la Cour suprême

En particulier, outre les violences physiques⁴³⁹, faisant suite généralement à un conflit sur la contribution aux charges⁴⁴⁰, l'accusation injustifiée d'adultère⁴⁴¹, les attitudes de mépris, d'indifférence⁴⁴², le mauvais traitement à cause de la stérilité⁴⁴³, sont les motifs fréquemment invoqués. En tout cas, tous ces comportements injurieux d'un conjoint à l'égard de l'autre ont été jugés comme une atteinte au devoir de respect dû à son conjoint.

Le même numéro 3 de l'article 840 du Code civil fait également état des comportements injurieux des beaux-parents pouvant constituer une faute, cause du divorce⁴⁴⁴. Cette disposition a repris la loi de 1922 marquée par l'influence de l'idéologie confucianiste⁴⁴⁵, en vigueur pendant la période d'occupation japonaise.

Toujours est-il que la jurisprudence tient parfois compte d'une situation particulière, telle que la cohabitation avec les parents du conjoint, pour apprécier le caractère fautif des comportements des beaux-parents⁴⁴⁶.

Si la faute conjugale, cause du divorce la plus courante est l'adultère, celle résultant de l'absence d'un époux pendant plus de trois ans énoncé au numéro 5 de l'article 840 du Code civil constitue la cause la plus controversée, au moins pour deux raisons⁴⁴⁷.

15 avril 1999. p. 661) ; La Cour suprême 2003m1890, 27 février 2004 (Le journal de la Cour suprême 1 avril 2004. p. 551) ; La Cour suprême 2003m1890, 27 mars 2004 ; La Cour suprême 99deghap9837, 28 mars 2001 ; La Cour suprême 99m180, 26 novembre 1999 ; La Cour suprême 97m612, 12 février 1999.

⁴³⁹ La Cour suprême 4290minsang828, 16 octobre 1958 ; La Cour suprême 90m484, 27 novembre 1990 ; La Cour suprême 89m808, 27 mars 1990 (Jou-Sou KIM, *Droit de la famille en jurisprudence, op. cit.*, p. 207).

⁴⁴⁰ La Cour suprême 86m14, 27 mai 1986 ; La Cour suprême 85m72, 25 mars 1986.

⁴⁴¹ La Cour suprême 65m56 et 57, 13 janvier 1966 ; La Cour suprême 88m504 et 511, 13 février 1990 ; La Cour suprême 80m9, 13 octobre 1981 ; La Cour suprême 82m36, 23 novembre 1982 ; La Cour suprême 86m56, 9 septembre 1986 ; La Cour suprême 86m68, 9 septembre 1986 ; La Cour suprême 89m785, 13 octobre 1989 ; La Cour suprême 99m180, 26 novembre 1999.

⁴⁴² La Cour suprême 85m51, 26 novembre 1986 ; La Cour suprême 82m28, 25 octobre 1983.

⁴⁴³ La Cour suprême 90m484, 27 novembre 1990.

⁴⁴⁴ La Cour suprême 68m29, 25 mars 1969 : Jou-Sou KIM, *Droit de la famille en jurisprudence, op. cit.*, p. 211.

⁴⁴⁵ En idée confucianiste, on considère comme une vertu que les enfants et jeunes obéissent ou respectent les parents et plus âgés : Sang -Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce, op. cit.*, p. 112.

⁴⁴⁶ Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 185 ; Dans la plupart des cas de divorce sur cette faute, les injures d'un conjoint sont mentionnées mais pas les parents du conjoint : *Almanach judiciaire, Bureau d'Administration pour Tribunal*, 2001, p. 419.

⁴⁴⁷ Myung-Soo CHOI, *Causes of a judicial divorce - centering around Pusan, Ulsan, and Kyungnam Area -, Legal de Kyung-Sung (n° 16, vol. 1), Centre de recherche judiciaire d'université de Kyung-Sung*, 2007, p. 192 : « 0, 86 % des époux ont demandé le divorce sur l'absence pendant plus de trois ans en 2006 ».

D'une part, si le texte précité permet à un époux de demander le divorce pour faute en cas d'absence de son conjoint pendant plus de trois ans, il importe alors de distinguer cette cause des cas douteux relatifs à l'existence juridique d'une personne.

En effet, comme le droit français, le droit sud-coréen traite aussi le problème de l'incertitude de la personnalité juridique en cas d'absence ou de disparition d'une personne. Certes, à la différence de l'article 112 du Code civil français, l'absence désigne en droit sud-coréen la situation d'une personne qui, non seulement n'a pas réapparu à son domicile et ne donne plus de ses nouvelles⁴⁴⁸, mais aussi celle dont tout porte à croire qu'elle est décédée, visée par l'article 23 du Code civil sud-coréen⁴⁴⁹.

A la suite de la présomption d'absence et après l'écoulement d'un délai de cinq ans, toute personne intéressée peut, en vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article 27 du Code civil, demander au juge d'établir une déclaration d'absence. Dès lors, sur le plan extrapatrimonial, qui nous intéresse, l'absence déclarée entraîne la disparition du mariage de l'absent. Il importe de préciser que le retour de l'absent ne remet pas en cause cette décision relative au mariage.

S'agissant de la disparition, l'alinéa 2 de l'article 27 précité du Code civil prévoit que toute personne intéressée peut demander la déclaration judiciaire de décès d'une personne dont le corps n'a pas pu être retrouvé au bout d'un an à compter de la disparition dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger, la guerre, l'accident d'avion ou de navire.

Dans cette hypothèse, du reste comme en droit français, la disparition judiciairement constatée entraîne la dissolution du mariage. Si l'absence d'un époux pendant plus de trois ans constitutive d'une faute, cause de divorce doit être distinguée des cas douteux sur l'existence juridique d'une personne, la confusion avec l'abandon, cause de divorce légalement reconnue par le numéro 2 du même article 840 du Code civil, doit également être évitée.

⁴⁴⁸ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes : La protection des mineurs et des majeurs*, Deffrénois, 2010, p. 20 et s.

⁴⁴⁹ Chang-Ryeol CHOI, *A study on serious cause for making it difficult to continue the marriage*, art. préc., p. 211.

En effet, la possibilité offerte à un époux, par ledit article 840 du Code civil, en son numéro 5, de demander le divorce pour faute en cas d'absence de son conjoint de plus de trois ans suppose de la part de l'époux demandeur l'ignorance de toutes les circonstances entourant l'absence de son conjoint. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si l'époux demandeur a des nouvelles ou des informations sur l'existence de son conjoint absent, il s'agit plutôt d'un cas d'abandon visé par le numéro 2 de l'article 840 du Code civil.

Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que la doctrine s'est toujours montrée perplexe quant à la véritable finalité de ce cas d'absence d'un époux depuis plus de trois ans, constitutive d'une faute cause de divorce⁴⁵⁰. En revanche, le doute n'est pas permis en ce qui concerne les injures envers d'autres membres de la famille.

2. Les comportements fautifs à l'égard des autres membres de la famille

Peuvent également être constitutifs d'une faute cause de divorce, des faits qui ne concernent pas directement les relations entre les époux. En l'espèce, il s'agit des comportements injurieux à l'égard des parents du conjoint, un cas prévu au numéro 4 de l'article 840 du Code civil⁴⁵¹.

Les injures commises par l'un des époux à l'égard de la famille de son conjoint et invoquées devant le juge, concernent notamment les beaux parents : propos injurieux, vexations et humiliations⁴⁵², attitudes de mépris⁴⁵³, d'indifférence ou encore accusation injustifiée⁴⁵⁴. Généralement, la jurisprudence, tout en considérant qu'il est injurieux pour l'un des époux de voir ses parents maltraités par l'autre, observe un juste milieu. Cela signifie que s'il convient d'apprécier les comportements injurieux à l'égard des beaux

⁴⁵⁰ Sang-Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce*, *op. cit.*, p. 120.

⁴⁵¹ L'article 840, numéro 4 et 5 est sur les idées confucianistes, de sorte que la nécessité de ces motifs est en doute en pratique : Moon-Ki CHOI, *Les causes de divorce contentieux*, *art. préc.*, p. 769.

⁴⁵² La Cour suprême 4291minsang350, 7 mai 1959 : Jou-Sou KIM, *Droit de la famille en jurisprudence*, *op. cit.*, p. 218.

⁴⁵³ La Cour suprême 4280minsang37, 6 mai 1947 : Jou-Sou KIM, *Droit de la famille en jurisprudence*, *op. cit.*, p. 216.

⁴⁵⁴ La Cour suprême 64290minsang828, 16 octobre 1958 (l'épouse a accusé la violence physique de sa belle-mère) : Jou-Sou KIM, *op. cit.*, p. 216 ; La Cour suprême 62na445, 4 octobre 1962 : L'épouse a poussé sa belle-mère qui l'a battue ; Jou-Sou KIM, *Commentaires du Code civil*, *op. cit.*, p. 130.

parents, il faut aussi tenir compte de l'attitude de ces derniers dans l'appréciation de la faute⁴⁵⁵.

Pour être complet, on peut relever que si le droit sud-coréen a choisi de prévoir expressément ces comportements injurieux à l'égard des membres de la famille du conjoint dans un texte, en revanche les mêmes comportements fautifs font partie de la catégorie des manquements innomés dégagés par la jurisprudence en droit français⁴⁵⁶.

En France, comme en Corée du Sud, il s'agit de caractériser le fait qui constitue la faute, cause du divorce. Il appartient donc au juge de vérifier dans chaque situation de fait qui lui est soumise, l'existence et le bien-fondé de cette cause.

§ 2. L'APPRECIATION DE LA FAUTE

S'il est admis dans les deux systèmes juridiques que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation, il importe toutefois de circonscrire, préalablement, le domaine d'application du pouvoir ainsi inconnu du juge (A), pour ensuite dégager les conséquences de cette intervention du juge (B).

A. LE DOMAINE D'APPLICATION DE L'APPRECIATION DU JUGE

La comparaison des législations révèle que le champ d'application de l'appréciation de la faute conjugale par le juge est fonction de la méthode adoptée par le législateur de chaque système juridique pour définir la faute, soit de manière abstraite comme en droit français (1), soit par voie énumérative, à la façon du droit sud-coréen (2).

1. Les conditions posées par la définition abstraite de la faute par l'article 242 du Code civil français

Ainsi, en France, nous avons vu que l'article 242 du Code civil subordonne le divorce au fait que le manquement aux devoirs et obligations du mariage constitue une violation soit grave, soit renouvelée. De plus, il faut que ces faits rendent intolérables la vie

⁴⁵⁵ La Cour suprême 86m14, 27 mai 1986.

⁴⁵⁶ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 203.

commune et être imputables à l'époux demandeur. Il appartient au juge d'apprécier si ces conditions prévues par la loi sont bien réunies.

Par ailleurs, on nous apprend⁴⁵⁷ l'existence, en droit français, avant 1975, de la distinction entre cause péremptoire et cause facultative du divorce. Si la première est invoquée à l'appui d'une demande recevable, le juge doit prononcer le divorce. En revanche, pour la seconde, il fallait une certaine gravité afin de justifier une sanction. Depuis 1975, et la loi de 2004 n'a pas changé la règle : suite à cette définition générale et abstraite de la faute, toute faute conjugale constitue une cause facultative du divorce. Qualifier de facultative une cause de divorce ne signifie certainement pas que le juge ait la faculté de prononcer le divorce à son gré. Il ne s'agit pas d'un pouvoir discrétionnaire voire même arbitraire. Il lui appartient seulement de reconnaître si les faits invoqués remplissent les conditions posées par la loi.

A ce propos, ces conditions faisaient l'objet d'un contrôle de la Cour de cassation, qui cassait systématiquement toute décision n'ayant pas pris soin de caractériser la faute par la réunion de ces conditions. La cassation était alors purement formelle. Il n'en est plus de même aujourd'hui. Dès lors que les juges du fond ont retenu les faits imputables à l'époux défendeur, constituant des causes de divorce au sens de l'article 242 du Code civil précité, il en résulte que les conditions exigées par ce texte sont consacrées⁴⁵⁸.

Nous avons aussi relevé le choix opposé du législateur sud-coréen quant à la détermination de la faute conjugale, et qui ne reste pas sans conséquence sur son appréciation par le juge.

2. Le caractère indépendant des fautes énumérées par l'article 840 du Code civil en droit sud-coréen

On sait qu'en application de la technique énumérative, le Code civil sud-coréen en son article 840 prévoit cinq fautes, cause de divorce, affectées d'un numéro 1 à 5. Après

⁴⁵⁷ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 298.

⁴⁵⁸ Civ. 2^e, 13 décembre 2001; *Dr. fam.* 2002, n° 43, obs. H. LECUYER ; 7 mai 2002, *Bull. civ.* II, n° 88.

quelques hésitations⁴⁵⁹, la jurisprudence a décidé que chaque faute ainsi répertoriée constitue une cause indépendante et particulière de divorce⁴⁶⁰.

Il en résulte, qu'en formant une demande en divorce pour faute, l'époux demandeur peut invoquer une ou plusieurs causes parmi les cinq énumérées par l'article 840 du Code civil.

Dans la pratique, plusieurs questions ont mis à l'épreuve la sagacité des juges sud-coréens.

En premier lieu s'est posé la question de savoir si le juge peut examiner la cause non invoquée dans la demande en divorce. Une réponse négative en a été donnée : il ne peut porter une appréciation que sur la cause du divorce invoquée par l'époux demandeur⁴⁶¹.

En deuxième lieu, le fait d'invoquer une cause autre que celles énumérées sous les numéros 1 à 5 par l'article 840 du Code civil a été à l'origine de difficultés d'une toute autre ampleur.

Il peut arriver qu'un époux invoque une cause qui, selon lui, est de nature à rendre intolérable la poursuite de la communauté de vie même si cette cause ne fait pas partie de celles énumérées par l'article 840 du Code civil. Dans cette hypothèse, on peut raisonnablement envisager une réponse négative du juge conduisant à l'irrecevabilité de la demande au motif que l'énumération de l'article 840 du Code civil a un caractère limitatif. Force est toutefois de constater que, sans porter un jugement sur le bien-fondé ou non de la cause invoquée, on assiste en l'occurrence à un des inconvénients de la technique énumérative qui, à l'évidence, ne peut pas tout prévoir.

⁴⁵⁹ Kun-Sik LEE, *Concrete and abstract grounds for divorce, art. préc.*, p. 82.

⁴⁶⁰ Jun-Beun YOUN, *L'étude sur la demande en divorce du conjoint sur faute, Revue de science sociale (n° 11), Recherche de science sociale d'université de Seo-Kyung*, 1998, p. 132 et s. ; Jou-Sou KIM, *Commentaires du Code civil, op. cit.*, p. 443.

⁴⁶¹ Gi-Hong SONG, *Étude sur l'article 840, numéro 6 du Code civil, Jurisprudence administrative (n° 24), Institut coréen de jurisprudence administrative*, 1983, p. 339 ; Chang-Ryeol CHOI, *A study on serious cause for making it difficult to continue the marriage, art. préc.*, p. 217 ; Ou-Duk KIM, *Considération comparative sur les causes du divorce, Droit privé (n° 11 et 12), Centre de recherche du droit privé*, 1995, p. 443 ; Chun-Hee HONG, *Le divorce faillite et le conjoint fautif, Le prospect et devoir du Code civil contemporain : thèses pour souvenir professeur HAN Bong-Hee, MILAL*, 1994, p. 211. Hyun-Che KIM, *La signification, le statut, le caractère de chaque numéro de l'article 840 du code civil : l'étude sur la cause de divorces contentieux, Jurisprudence administrative, n° 3, Institut coréen de jurisprudence administrative*, 1973, p. 348.

Face à cette fin de non-recevoir sur le fondement du divorce pour faute, les époux peuvent éventuellement faire une nouvelle demande en se prévalant du numéro 6 de l'article 840 du Code civil qui, on l'a vu⁴⁶², prévoit la possibilité de demander le divorce pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal et qui est conçu en droit sud-coréen comme un cas de divorce-faillite. En tout cas, pour permettre au juge de procéder à l'appréciation, l'époux demandeur doit apporter la preuve du comportement fautif de son conjoint sur lequel il fonde sa demande.

3. La preuve des manquements invoqués

Il est admis, aussi bien par le droit français que le droit sud-coréen, que les faits invoqués en tant que cause du divorce ou comme défense à une demande peuvent être établis par tout moyen⁴⁶³.

Néanmoins, cette liberté de preuve n'empêche pas une certaine spécificité au niveau des modes de preuve en raison du caractère intime des faits conjugaux. Aussi en France, pour éviter de dramatiser le conflit et pour préserver les proches, les témoignages des descendants des époux sont interdits (art. 205 CPC)⁴⁶⁴. Cette prohibition s'applique aux conjoints de ces descendants⁴⁶⁵. Pour les autres membres de la famille, la règle est plus souple c'est-à-dire selon la volonté des intéressés. Ils peuvent refuser de déposer sans avoir à justifier d'un motif légitime (art. 206 CPC). Ceci étant, l'intérêt majeur de témoignage dans un divorce pour faute⁴⁶⁶ conduit certains à faire de fausses attestations. C'est

⁴⁶² Cf. Supra. p. 94 et s.

⁴⁶³ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 296 ; Civ. 1^{re}, 28 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 113 ; Dr. fam. 2006, n° 91 : « en matière de divorce, la preuve se fait par tous moyens » ; Cass. civ. 2^e, 29 janvier 1997, *Bull. civ. II*, n° 28 ; D. 1997.296, n. crit. A. BÉNABENT ; Selon l'article 259 du Code civil français, l'aveu peut être aussi retenu comme mode de preuve. En droit sud-coréen, l'article 156 du Code de procédure civile prévoit que les dossiers, les photos, ou tous les matériaux reconnus peuvent être présentés au juge en tant que preuves de la demande.

⁴⁶⁴ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 296 et s.

⁴⁶⁵ Civ. 2^e, 30 septembre 1998, *Bull. civ. II*, n° 250 (*Dr. fam.* 1999, n° 6, obs. H. LÉCUYER ; RTD. civ. 1999, 71, obs. J. HAUSER ; Civ. 1^{re}, 14 février 2004, *Bull. civ. I*, n° 71 : *Dr. fam.* 2006, n° 90, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.

⁴⁶⁶ Civ. 2^e, 23 mars 1997, *Bull. civ. II*, n° 93 ; D. 1998.5, obs. A. MEERPOEL ; Civ. 2^e, 19 janvier 1983, *Bull. civ. II*, n° 12 ; Civ. 2^e, 5 juillet 2001, *Bull. civ. II*, n° 129 : (*Defrénois* 2001, 1349 obs. J. MASSIP).

pourquoi, le juge peut être amené à rejeter un témoignage de complaisance ou frauduleux⁴⁶⁷.

Outre les témoignages, il est possible de se servir d'un constat (abandon de domicile, adultère, etc.). Réalisé par un huissier après autorisation, il ne doit cependant pas constituer une violation de domicile ou d'atteinte illicite à l'intimité de la vie privée (art. 259-2 C.civ.)⁴⁶⁸.

En dehors des témoignages et des constats, peuvent être produites en justice les lettres écrites ou reçues par un des époux (art. 259-1 C.civ.)⁴⁶⁹. D'aucuns y ont vu une trahison du secret de la correspondance⁴⁷⁰. Se fondant sur cette liberté de preuve, la jurisprudence, en France et comme en Corée du Sud estime qu'il est possible de démontrer la preuve d'un adultère par SMS⁴⁷¹ ou courriel dans les mêmes conditions que pour les correspondances classiques.

Le demandeur devant établir le comportement fautif du défendeur, ce dernier va généralement réagir en tentant de démontrer d'éventuelles fautes commises par son conjoint. Il appartient alors au juge dans le cadre de son travail d'appréciation d'en tirer les conséquences.

B. LES CONSEQUENCES DE L'APPRECIATION DE LA FAUTE CONJUGALE PAR LE JUGE

Le jeu respectif des fautes invoquées par les deux parties et soumises à l'appréciation du juge peut alors aboutir à trois situations, celle résultant d'une fin de non-recevoir ou du rejet de la demande (1) celle qui conduit au partage des torts (2) ou enfin celle qui attribue tous les torts à un seul des époux (3).

⁴⁶⁷ Il est impossible d'utiliser des lettres échangées entre le conjoint et un tiers après les avoir obtenues par violence ou fraude, ni des enregistrements réalisés à l'insu du conjoint ou encore des constats d'adultère dressés par huissier, mais obtenus par violation de domicile.

⁴⁶⁸ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 296 : « *En toute hypothèse, on peut ne pas être convaincu par ce qui n'en reste pas moins une violation de la vie privée* ».

⁴⁶⁹ Compromis entre les intérêts de l'expéditeur et ceux de l'époux divorçant.

⁴⁷⁰ Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 213 : « *l'épouse prétendait que son mari avait détourné son code secret d'accès à sa messagerie personnelle et reproduit sa correspondance sur son imprimante à son insu mais, elle ne rapportait pas la preuve de la violence ou de la fraude* ».

⁴⁷¹ Civ. 1^{er}, 17 juin 2009, *Bull. civ. II*, n° 132 (en France) ; Le tribunal familial de Seoul 2005dedan8414, 4 juillet 2006 (en Corée du Sud).

1. L'irrecevabilité ou le rejet de la demande

Lorsque l'époux demandeur en divorce a invoqué et prouvé les fautes commises par son conjoint, la loi ou la jurisprudence, selon le cas dans les deux systèmes juridiques, donnent à celui-ci la possibilité de se prévaloir de moyens de défense.

Ainsi, en vertu de l'article 244 du Code civil français, l'irrecevabilité de la demande en divorce pour faute peut trouver son fondement dans l'exception de réconciliation, c'est-à-dire la réconciliation intervenue entre les époux depuis les faits invoqués. D'une manière générale, la réconciliation est analysée par le juge comme un pardon qui efface les fautes de l'époux défendeur.

La validité du pardon s'apprécie d'abord du côté de son auteur. Ainsi il doit être volontaire. Du coup, le maintien ou la reprise de la vie commune n'implique pas nécessairement le pardon lorsqu'il a pu être causé par d'autres raisons qu'une volonté de pardonner⁴⁷², telle que la sauvegarde des apparences, les besoins d'éducation des enfants⁴⁷³. De même, le pardon doit avoir été donné par l'époux demandeur en parfaite connaissance de cause, ce qui signifie, en pratique, la connaissance de tous les faits fautifs reprochés au pardonné⁴⁷⁴. Ensuite, du côté de l'époux fautif, le pardon doit avoir été accepté⁴⁷⁵. Ce pardon n'engage que s'il a été accepté par l'auteur de la faute⁴⁷⁶.

A quelques différences près, ce moyen de défense fondé sur la réconciliation, lorsque l'époux outragé pardonne à l'époux fautif, a son équivalent en Corée du Sud, dénommé « *post-pardon* »⁴⁷⁷. En effet, celui-ci a été dégagé par la jurisprudence et appliqué

⁴⁷² Paris, 23 juin 1909, *DP* 1910.2.143 : « *la réconciliation, avec le pardon et l'oubli réciproque du passé, résulte de l'accord de deux volontés libres et réfléchies* » ; Civ. 2^e, 4 avril 1962, *Bull. civ.* II, n^o 370 : « *le maintien ou la reprise de vie commune n'implique pas nécessairement la réconciliation* ».

⁴⁷³ Paris, 10 février 1998, *Dr. fam.* 1998, n^o 159, 2^e esp., obs. H. LÉCUYER (en France) ; La Cour suprême 2000do868, 7 juillet 2000 (en Corée du Sud).

⁴⁷⁴ Ce qui suppose que ces fautes sont connus du demandeur (Civ. 2^e, 7 janvier 1970, *Bull. civ.* II, n^o 2 : preuve, par la femme, que le mari a connu les griefs et a donc pardonné).

⁴⁷⁵ Paris, 18 juin 1955, *D.* 1956.8, obs. A. BRETON.

⁴⁷⁶ Pour l'abandon d'une procédure de divorce sur requête conjointe (Civ. 2^e, 3 mars 1983, *Bull. civ.* II, n^o 65 ; *D.* 1983. IR. 137) ; Toutefois en cas de désistement d'instance sans l'acceptation du défendeur (Civ. 2^e, 3 mars 1976, *JCP* 1976.IV.233).

⁴⁷⁷ Lorsque le pardon était conditionnel, on ne considère pas qu'il existe le pardon de l'époux demandeur (lorsque l'époux a promis de pardonner la faute si son conjoint a avoué son adultère, il n'était pas constitué le pardon : La Cour suprême 91 do 2409, 26 novembre 1991).

essentiellement en matière d'infidélité⁴⁷⁸. Certes, comme l'exception de réconciliation en droit français, le « *post-pardon* » sud-coréen est aussi soumis à des conditions, dont certaines sont identiques à celles exigées en France. Ainsi, le pardon doit être volontaire et éclairé. C'est pourquoi, ici aussi, le maintien ou la reprise temporaire de la vie commune ne sont pas considérés comme un véritable pardon⁴⁷⁹. Par contre, le pardon selon le droit sud-coréen, est unilatéral. Cela signifie que l'acceptation de l'époux pardonné n'est pas nécessaire⁴⁸⁰.

En droit français, comme en droit sud-coréen, la faute pardonnée conduisant à la réconciliation constitue une fin de non-recevoir. Le juge doit déclarer la demande irrecevable.

Mais il nous faut aussitôt ajouter que cette disparition des fautes pardonnées n'est pas toujours définitive. Les faits anciens pouvant être rappelés à l'appui d'une nouvelle demande si d'autres fautes postérieures ont été commises par l'époux (art. 244, al. 2 C.civ. français)⁴⁸¹.

Avant 1975, la jurisprudence française avait admis que l'époux, souhaitant obtenir le divorce mais n'ayant rien à reprocher à son conjoint, puisse provoquer, par une mise en scène, un comportement fautif de ce dernier. Bien qu'ayant encouragé l'adultère de son conjoint, il pouvait néanmoins se prévaloir de la faute ainsi provoquée pour demander le divorce⁴⁸².

Cette solution, critiquée par la doctrine, a été depuis abandonnée. Désormais, la provocation délibérée de la faute de l'un des époux par l'autre, pour se ménager un grief,

⁴⁷⁸ Lorsque l'époux ne mentionne rien sur l'infidélité de son conjoint, un tel silence ne peut pas être interprété comme le pardon alors qu'il connaît que son conjoint est en concubinage depuis quelques années (La Cour suprême 71 m 1, 23 février 1971).

⁴⁷⁹ La Cour suprême 2000 do 868, 7 juillet 2000.

⁴⁸⁰ Il suffit qu'un tel pardon soit unilatéral, l'acceptation de l'auteur de la faute n'est pas nécessaire : Il-Tae HOH, *Die Verfassungswidrigkeit der Todesstrafe in Korea (Le caractère anticonstitutionnel de la peine pour adultère)*, *Justice*, n° 31, vol. 2, juin 1998, p. 20.

⁴⁸¹ Cass. req., 3 août 1937, *DH* 1937.517 : « *Il n'est pas nécessaire que les faits postérieurs à la réconciliation, pour faire revivre les anciens, soient assez grave à eux seuls pour justifier le divorce. En l'espèce, il s'agissait de faits de légèreté commis par la femme* » (Civ. 2°, 29 octobre 1980, *Bull. civ.* II, n° 227) ; 24 février 1982, *D.* 1983. IR. 38, obs. J.-Cl. GROSLIÈRE ; Jai-Kyung JEON, *art. préc.*, p. 21.

⁴⁸² Civ. 2°, 14 juin 1950, *JCP* 1950.5872. note crit. JACK-MAYER.

interdit à ce dernier de se prévaloir de ce comportement fautif qu'il a lui-même provoqué pour demander le divorce⁴⁸³.

Ainsi présenté, ce moyen de défense fondé sur la provocation de la faute du droit français peut être rapproché de celui dégagé, là encore, par la jurisprudence sud-coréenne et connu sous le nom de « *pré-permission* » en traduction littérale⁴⁸⁴.

Présentant les mêmes traits caractéristiques que l'exemple français, notamment par l'exigence d'une volonté délibérée de provoquer, d'encourager l'adultère de son conjoint, la « *pré-permission* » entraîne aussi l'irrecevabilité de la demande en divorce présentée par le conjoint qui a lui-même provoqué le comportement fautif de l'autre⁴⁸⁵.

Mais le moyen de défense dont dispose l'époux défendeur n'est pas seulement constitutif d'une fin de non-recevoir. Parfois, il s'agit d'une défense au fond, pouvant aboutir à un rejet de la demande en divorce. Il en est ainsi en présence de ce qu'on qualifie d'excuse⁴⁸⁶, prévue par la loi en France, dégagée par la jurisprudence en Corée du Sud.

En droit français, ce moyen de défense a été repris à l'article 245 du Code civil faisant état de l'incidence des fautes du demandeur. L'hypothèse est que les torts du conjoint demandeur peuvent, à l'appréciation du juge, atténuer et même effacer les torts de l'époux défendeur⁴⁸⁷.

⁴⁸³ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 207.

⁴⁸⁴ La Cour suprême 95do2819, 25 février 1997 : « *Lorsque l'époux ne veut plus maintenir la communauté de vie, et qu'il y a l'accord éclairé du divorce entre deux époux, il serait considéré qu'il existe la permission d'adultère de son conjoint alors qu'il semble que la vie conjugale est extérieurement maintenue. L'accord des époux sur le divorce est prouvé non seulement par écrit, mais également les comportements du conjoint qui ne veulent pas le maintien de la vie commune.* » ; Il-Tae HOH, *Die Verfassungswidrigkeit der Todesstrafe in Korea (Le caractère anticonstitutionnel de la peine pour adultère)*, *Justice*, n° 31, vol. 2, juin 1998. p. 17.

⁴⁸⁵ Lorsque les époux vivent séparés avec l'accord du divorce, l'adultère d'un des conjoints ne peut pas être une faute si la permission de l'autre existait ; « *Bien qu'il y ait l'accord temporaire ou conditionnel sur le divorce entre deux époux, il n'est pas considéré comme une permission sur l'adultère de son conjoint.* » (La Cour suprême 2000 do 868, 7 juillet 2000) ; « *Le concubinage déroge à l'ordre public et ne peut coexister avec le système du mariage. La pré-permission du concubinage est un vice* » (La Cour suprême 96 m 1434, 10 avril 1998).

⁴⁸⁶ Le pardon peut être recevable et opposé à la demande jusqu'à la fin de la deuxième instance, et donc avant le prononcé du jugement : Moon-Ki CHOI, *Les causes de divorce contentieux, La perspective de droit civil, Comité des thèses pour souvenir HONG Chun-Lyong*, 1997, p. 767.

⁴⁸⁷ Req. 3 août 1937, *DH* 1937.517 ; Civ. 28 février 1950, *D.* 1950.299 ; Quant à l'incidence de la réconciliation sur les poursuites pénales engagées à l'encontre d'un époux pour abandon de famille (Crim. 12 octobre 1971, *Gaz. Pal.* 1972.1.19).

La jurisprudence, en France comme en Corée du Sud, abonde en exemples d'admission de l'excuse. Ainsi, il a été jugé que l'abandon du domicile commun par un époux est susceptible d'être excusé par la violence, la brutalité de son conjoint, et ne peut donc constituer la faute de l'article 840, numéro 2 du Code civil sud-coréen⁴⁸⁸. Dans le même sens, il a été décidé que l'inconduite du mari, en l'espèce l'adultère, excuse les insultes et injures proférées par la femme⁴⁸⁹.

En tout cas, les juges français et sud-coréen, en retenant l'existence d'une telle excuse, ont donc la possibilité de se fonder sur les fautes du demandeur pour rejeter la demande.

Deux précisions méritent toutefois d'être apportées. D'une part, il est une limite à l'admission de l'excuse : la faute du demandeur n'excuse qu'une faute proportionnée à sa propre gravité⁴⁹⁰. D'autre part il est possible au juge de retenir ces fautes respectives pour en déduire une conséquence autre que le rejet de la demande, à savoir le prononcé du divorce aux torts partagés.

2. Le prononcé du divorce aux torts partagés

En l'occurrence, le juge estime que chacun des époux a commis une faute de nature à justifier le divorce. Cela peut se produire, aussi bien en droit français qu'en droit sud-coréen, notamment en cas d'exercice de ce qu'on appelle une demande reconventionnelle en divorce pour faute.

Ce moyen de défense offert à celui des époux auquel la faute est reprochée, présente un caractère offensif. Ainsi en France, en application de l'article 245, alinéa 2 du Code civil, le défendeur est admis à demander à son tour le divorce, en se fondant sur les fautes de l'époux demandeur. Dans son appréciation, le juge prend donc en considération le comportement fautif des deux conjoints⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ La Cour suprême 69m31, 9 décembre 1969 ; La Cour suprême 89m1085, 23 mars 1990 ; La Cour suprême 90m408, 10 août 1990 ; Le tribunal familial de Séoul 92d66545, 8 avril 1993.

⁴⁸⁹ La Cour suprême 80m9, 13 octobre 1981 ; La Cour suprême 82m36, 23 novembre 1982 ; La Cour suprême 86m56, 9 septembre 1986 ; La Cour suprême 86m68, 9 septembre 1986 ; La Cour suprême 89m785, 13 octobre 1989 ; La Cour suprême 99m180, 26 novembre 1999.

⁴⁹⁰ Civ. 2^e, 29 mai 1963, *Bull. civ.* II, n° 402.

⁴⁹¹ Civ. 2^e, 15 décembre 1982, *Bull. civ.* II, n° 164 : « l'existence d'une séparation de fait entre deux époux, même imputable à la faute de l'un d'entre eux, et l'introduction consécutive d'une demande en divorce, ne confère pas aux époux, encore dans les liens du mariage, une immunité privant de leurs effets

Toutefois, si la possibilité offerte à l'époux demandeur de se défendre en présentant une demande reconventionnelle est commune au droit sud-coréen (art. 269, al. 1^{er} Code de procédure civile)⁴⁹² et au droit français, il importe de relever que, selon l'article 245, alinéa 3 du Code civil français, le juge peut aussi relever d'office des éléments qui font apparaître des torts à la charge des deux parties, même en l'absence d'une demande reconventionnelle que le défendeur aurait négligé de former. L'avantage de la solution est certain, lorsqu'un époux se défend mal. Une telle initiative de la part du juge, allant au-delà de ce qui est demandé par les parties, constitue toutefois une entorse au droit commun de la procédure civile en France.

Mais que ce soit lors d'une demande reconventionnelle ou à la seule initiative du juge, plusieurs cas de figure peuvent se présenter à l'issue de l'appréciation opérée par le juge. D'abord il peut accueillir à la fois la demande principale et la demande reconventionnelle et prononcer un divorce aux torts partagés⁴⁹³. A l'inverse, il pourrait aussi rejeter les deux demandes. Enfin, le juge a aussi la possibilité de prononcer le divorce aux torts exclusifs de l'un des époux.

3. Le prononcé du divorce aux torts exclusifs d'un époux

Le cas le plus courant se rencontre lorsque le débat judiciaire oppose un époux fautif et un époux innocent. Le juge prononcera alors le divorce aux torts exclusifs du conjoint

normaux les offenses dont ils peuvent se rendre coupables l'un envers l'autre » ; Civ. 2^e, 11 juillet 1979, *Bull. civ. II*, n° 208 : « *les juges du fond ne sont pas tenus, en absence de conclusions les y invitant, de rechercher d'office si les torts d'un époux ne sont pas dépouillés de leur caractère fautif du fait du comportement de l'autre époux* ». Civ. 2^e, 11 juillet 1979. *Bull. civ. II*, n° 208 ; Civ. 2^e, 23 avril 1980, *Gaz. Pal.* 1981.1.89, note J. MASSIP.

⁴⁹² La Cour suprême 80m60, 11 mai 1982 ; La Cour suprême 82m63, 26 avril 1983 ; La Cour suprême 87m9, 25 avril 1988 ; La Cour suprême 88m375, 27 mars 1990 ; La Cour suprême 88m1071, 10 avril 1990 ; La Cour suprême 89m112, 25 septembre 1990 ; La Cour suprême 90m1067, 9 juillet 1991 ; La Cour suprême 90m528, 24 décembre 1991 ; La Cour suprême 92m549, 10 novembre 1992 ; La Cour suprême 93m317, 25 février 1994 ; La Cour suprême 94m130, 27 mai 1994 ; Kun-Sik LEE, *Concrete and abstract grounds for divorce, art. préc.*, p. 82 ; Jun-Beun YOUN, *L'étude sur la demande en divorce du conjoint sur faute, Revue de science sociale (n° 11), Recherche de science sociale d'université de Seo-Kyung*, 1998, p. 132 et s.

⁴⁹³ « *Les avantages d'un divorce aux torts partagés, par rapport à un divorce prononcé aux torts exclusifs, sont réduits par la loi du 26 mai 2004 mais demeurent indéniable. D'une part, l'époux défendeur évite d'être déclaré exclusivement responsable de la rupture du mariage sur un plan moral. D'autre part, il échappe à une condamnation à des dommages et intérêts sur un plan pécuniaire. Pourtant, l'époux aux torts exclusifs peut solliciter une prestation compensatoire et n'est pas privé du bénéfice des donations et avantages matrimoniaux que les époux s'étaient consentis* » : P. COURBE, *op. cit.*, p. 163.

coupable. De plus, nous avons vu que le jeu respectif des fautes invoquées, soumises à l'appréciation du juge, que ce soit lors d'une demande principale en divorce pour faute, ou en cas de demande reconventionnelle, peut aussi conduire au prononcé du divorce aux torts exclusifs d'un des époux.

Dans ce dernier cas où l'époux défendeur demande à son tour le divorce, en invoquant la faute du demandeur comme cause de la rupture du lien conjugal, très souvent il cherche ainsi à jouer sur les deux tableaux. En démontrant que sa propre faute est moindre du fait des fautes du demandeur, par conséquent les fautes de ce dernier justifient le prononcé du divorce aux torts exclusifs de l'époux, auteur de la demande principale.

Ainsi présentée, la décision tendant à la rupture d'un mariage par la faute exclusive d'un époux appelle deux observations.

La première pour constater que le divorce prononcé aux torts exclusifs d'un époux constituait d'abord une sanction. Dans cette conception, il entraînait un ensemble de mesures diverses présentées sous forme de déchéance, telle que la déchéance de la prestation compensatoire⁴⁹⁴. Certes dans une perspective historique, l'idée de sanction a toujours été associée au divorce pour faute lorsqu'un seul des époux est déclaré responsable de la rupture⁴⁹⁵. Mais il faut aussi faire état des réformes successives allant dans le sens d'un assouplissement⁴⁹⁶. Il en est ainsi de la réforme de 2004 en droit français, qui accorde au juge le pouvoir de juger en équité. C'est pourquoi désormais, pour ne citer que cet exemple, une prestation compensatoire est due quels que soient les torts respectifs (art. 270, al. 3 C.civ. français). Cette solution est aussi prévue par le droit positif sud-coréen (art. 839-2 C.civ. sud-coréen). On peut noter également la tendance à faire valoir l'idée de réparation du préjudice causé à la charge de l'époux coupable. Il en résulte l'attribution des dommages et intérêts à l'époux innocent (art. 266 et art. 1382 C.civ. français). Les dispositions légales sud-coréennes prévoient la même possibilité (art. 806 et art. 843 C.civ. sud-coréen).

⁴⁹⁴ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 302 ; Civ. 2^e, 26 novembre 1986, *Bull. civ.* II, n° 174.

⁴⁹⁵ Il s'agit seulement d'une faculté laissée à l'appréciation discrétionnaire du juge (Civ. 2^e, 16 janvier 1991, *Bull. civ.* II, n° 18) ou d'une simple faculté et non d'un devoir pour le juge qui peut s'en tenir à la demande (Civ. 2^e, 21 juillet 1986, *D.* 1987, som. 275, obs. J.-CL. GROSLIÈRE).

⁴⁹⁶ P. COURBE, *op. cit.*, p. 163 : « *pourtant, l'époux aux torts exclusifs peut solliciter une prestation compensatoire et n'est pas privé du bénéfice des donations et avantages matrimoniaux que les époux s'étaient consentis* ».

La seconde observation consiste à rapporter l'inquiétude exprimée par une partie de la doctrine⁴⁹⁷ face au pouvoir reconnu au juge relativement à l'appréciation de la faute conjugale. Principalement, nous dit-on, le risque est de voir « *leurs conceptions personnelles...influier sur le contenu de leurs jugements* »⁴⁹⁸. Mais les mêmes auteurs de relativiser en affirmant qu'il s'agit là d'un risque inévitable car « *inhérent au caractère subjectif et casuistique de l'appréciation exigée du magistrat* »⁴⁹⁹.

En dehors de ces cas de divorce contentieux communs aux droit français et sud-coréen, une forme de divorce spécifique, non seulement parce qu'elle n'a été intégrée que depuis peu dans cette catégorie des divorces contentieux, mais aussi parce qu'elle est propre au système juridique français appelle des développements particuliers. Il s'agit du divorce pour acceptation de la rupture du mariage, dit divorce accepté.

⁴⁹⁷ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 205 et s.

⁴⁹⁸ *Idem*, p. 205.

⁴⁹⁹ Aix, 14 octobre 1993, *JCP* 1994.IV.625 : le juge a admis comme grief, les faibles qualités ménagères de la femme.

CHAPITRE II.

LE DIVORCE ACCEPTE, UN CAS PROPRE AU DROIT FRANÇAIS EN MATIERE DE DIVORCE CONTENTIEUX

Le divorce accepté, selon la terminologie retenue par la loi du 26 mai 2004 succède au divorce sur demande acceptée instituée par la loi du 11 juillet 1975⁵⁰⁰. Il est vrai que ce dernier n'a pas connu un grand succès, au moins pour deux raisons⁵⁰¹.

Parce qu'il était caractérisé par l'échange d'aveux écrits de faits de l'un et de l'autre rendant intolérable le maintien de la vie commune, suivi d'une réitération des aveux devant le juge aux affaires familiales, ce cas de divorce était formellement très contraignant.

Par ailleurs, la rétractation de l'accord donné par l'époux acceptant le divorce proposé par son conjoint a eu pour effet de fragiliser considérablement cette forme de divorce, pour en faire un cas relativement aléatoire⁵⁰². C'est pourquoi, dans la réforme de 2004, la forme en est simplifiée, des lacunes ont été comblées et surtout les défauts réparés⁵⁰³.

Ainsi aux termes de l'article 233 du Code civil, le divorce accepté de 2004 a pour cause l'acceptation du principe de la rupture du lien conjugal par l'un et l'autre époux. Peu importe, désormais, les faits à l'origine de la rupture. La loi n'exige plus que les époux en fassent état dans des mémoires. Dès lors que l'un et l'autre ont accepté le principe du divorce, la cause en est acquise. Mieux, puisque la demande peut être formée par les deux époux (art. 233 C.civ.), il ne s'agit plus nécessairement d'une demande de l'un acceptée par l'autre, mais le principe du divorce accepté par l'un et l'autre. Si l'acceptation conjointe donne à ce type de divorce son aspect amiable, un autre élément prévu par l'article 234 du Code civil, lui confère son caractère contentieux : l'intervention du juge. Car si le principe est définitivement acquis, le divorce ne sera pas pour autant immédiatement prononcé. Il ne le sera qu'au cours d'une seconde phase où le juge aura fixé les conséquences de ce divorce. De ce qui précède, trois observations s'imposent.

⁵⁰⁰ L'espoir du législateur français de 1975, lorsqu'il a instauré cette cause de divorce originale, était d'encourager les époux à la sincérité, d'éviter qu'ils ne cherchent à imputer la responsabilité exclusive de la rupture à leur conjoint, de les inciter à une sorte d'examen de conscience et de dédramatiser un certain nombre de divorce : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 22 et s.

⁵⁰¹ Le divorce accepté a été nommé par Jean CARBONNIER le consentement mutuel imparfait. De même, à cause de son caractère de divorce hybride, mi gracieux mi contentieux, le divorce sur demande acceptée n'a jamais vraiment trouvé sa place (J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 22 et s.).

⁵⁰² J.J. LEMOULAND, *La loi du 26 mai 2004 relative au divorce*, *art. préc.*, p. 1825 et s. : « *La question s'était en effet posée de savoir si l'un des époux pouvait rétracter son accord et jusqu'à quel moment* ».

⁵⁰³ Il était envisagé de le supprimer, et même le Sénat n'avait pas insisté pour le maintenir lors des discussions sur la proposition déposée sous la précédente législature.

D'abord, il n'est pas forcément exagéré de conclure à une utilité pratique de ce type de divorce, du moins pour certains époux. Principalement pour ceux qui sont d'accord sur le principe mais pas sur les effets du divorce. Subsidiairement pour ceux qui hésitent à prendre, voire à participer à l'initiative d'une demande en divorce.

Ensuite, du fait de son originalité, on peut affirmer que le divorce accepté, proprement dit, n'a pas son équivalent en droit sud-coréen. Car même en forçant les traits, une tentative de rapprochement avec le divorce dit par conciliation connu du droit sud-coréen, ne résiste pas à un examen plus approfondi⁵⁰⁴. L'hypothèse est que lors de la première phase de toute procédure de divorce contentieux, le droit sud-coréen charge un comité ad hoc dit de conciliation à tenter de mettre d'accord les époux sur le principe du divorce et ses conséquences. En cas d'accord, le juge va prononcer le divorce par conciliation⁵⁰⁵. Force est alors de constater qu'une différence subsiste avec le divorce accepté du droit français quant au rôle du juge. Celui-ci est plus actif dans la recherche d'un accord en cas de divorce par conciliation prononcé par le juge sud-coréen, alors que le divorce accepté ne laisse expressément au juge français que le seul rôle de s'assurer que chacun « *a donné librement son accord* » (art. 234 C.civ.).

Enfin, si les deux éléments qui caractérisent le divorce accepté, à savoir l'acceptation du principe du divorce et l'intervention du juge, font de ce cas une voie intermédiaire (Section II), il est vrai aussi qu'en faisant de la volonté des époux de divorcer la condition unique de ce divorce, à l'exclusion des faits à l'origine de la rupture, le droit français a ouvert un autre cas de divorce pour cause objective (Section I).

⁵⁰⁴ L'article 2, alinéa 1^{er} et l'article 50, alinéa 1^{er} du Code de procédure familiale sud-coréen.

⁵⁰⁵ A l'audience de tentative de conciliation, le juge peut prononcer le divorce lorsque les deux époux s'entendent sur le principe de la rupture de mariage et sur les effets (art. 7, al. 1^{er} Code de procédure familiale sud-coréen).

SECTION I.

UN CAS DE DIVORCE POUR CAUSE OBJECTIVE

Il résulte, d'une part, des termes de l'article 233 du Code civil, en son premier alinéa, que, à la différence du divorce sur demande acceptée, l'acceptation du principe du divorce est désormais la vraie et l'unique cause du divorce accepté. Ainsi conçu, il n'est plus qu'un cas objectif de divorce faillite (§ 1). D'autre part, le second alinéa du même article précise que l'acceptation du principe de la rupture intervient une fois et une fois pour toutes (§ 2).

§ 1. ACCORD NECESSAIRE ET SUFFISANT SUR LE PRINCIPE DU DIVORCE

Le législateur de 2004 poursuivait un double objectif. En premier lieu, rompre avec le droit antérieur, selon lequel l'admission du divorce sur demande acceptée supposait de la part des époux l'aveu de faits de l'un et l'autre rendant intolérable le maintien de la vie commune⁵⁰⁶.

En second lieu, favoriser le nouveau divorce accepté qui se veut être une forme de divorce apaisée afin d'éviter toute tentation d'un usage intempestif du divorce pour faute⁵⁰⁷. Dans cette perspective l'article 233 du Code civil invite à ne tenir compte que de la volonté concordante des époux de divorcer « *sans considération des faits à l'origine de la rupture* » (A). Et, pour faciliter l'expression de cette acceptation commune de la rupture, le législateur a simplifié la procédure du divorce accepté (B).

A. ACCORD SANS CONSIDERATION DES FAITS A L'ORIGINE DE LA RUPTURE

Sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, l'époux demandeur prend l'initiative, mais l'autre époux pourra lui répondre.

⁵⁰⁶ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 281.

⁵⁰⁷ C. COLOMBET, *La famille*, PUF, 3^e éd., 1994. p. 289 et s. : « *Mais ces conséquences étaient sans doute inévitable du fait que se mêlent, en ce type de divorce, les caractéristiques d'un divorce objectif et celles d'un divorce pour faute* ».

La requête de l'époux demandeur n'est recevable que si elle est accompagnée d'un mémoire personnel dans lequel il indiquait que la vie commune n'était plus possible pour des raisons qu'il explicitait de manière objective⁵⁰⁸. Il s'agit de décrire objectivement la situation conjugale, sans chercher à qualifier les faits ni à les imputer à l'un ou à l'autre.

Dès réception de ce mémoire, le conjoint défendeur peut alors adopter deux attitudes. Il peut rejeter le mémoire, soit expressément, soit tacitement en s'abstenant d'y répondre dans un délai d'un mois. Dans ce cas, la requête devient caduque et la procédure ne peut être poursuivie. Mais il peut aussi accepter le mémoire sans rien y ajouter ou au contraire en joignant à la déclaration d'acceptation un mémoire où sans contester les faits, il en propose sa version personnelle (art. 1133 CPC). Dans ce cas, la procédure se poursuit.

Ainsi présenté, cet échange d'aveux écrits implique deux remarques. Sur la forme on s'est aperçu que ces mémoires qui, selon les souhaits du législateur de 1975 devaient contenir une description objective de la situation conjugale, étaient dans la pratique devenus de simples documents formels. En effet rédigés par les avocats⁵⁰⁹, selon un modèle type⁵¹⁰, ces mémoires étaient loin de refléter la réalité de la situation conjugale.

Sur le fond, l'acceptation par l'époux défendeur du mémoire présenté par son conjoint conforte l'idée selon laquelle le divorce sur demande acceptée reposait sur l'aveu par les époux d'une situation conjugale d'échec : le double aveu des « *faits procédant de l'un et de l'autre époux et rendant intolérable le maintien de la vie commune* » (ancien art. 233 C.civ.) constituait donc la cause de ce divorce.

C'est l'abandon de cette idée d'un double aveu objectif des faits constitutifs de la cause de divorce qui caractérise, en revanche, la loi du 26 mai 2004. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à l'article 233, alinéa 1 du Code civil disposant que le divorce peut être demandé en l'espèce « *lorsque les époux acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci* ».

La formule utilisée par le législateur invite à faire deux observations.

⁵⁰⁸ Libérés, purifiés, les époux marcheraient peut-être sur la voie de la réconciliation selon J. CARBONNIER (*Droit civil, La Famille, L'enfant, Le couple, Thémis, Quadriga*, 2002, p. 574) : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 280.

⁵⁰⁹ J.J. LEMOULAND, *La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, art. préc.*, p. 1831.

⁵¹⁰ J. RUBELLIN-DEVICHI, *art. préc.*, p. 1038.

Concernant sa signification, il est donc acquis que c'est bien sur l'acceptation commune de la rupture, sur la volonté concordante de divorcer que repose la cause du divorce accepté. La suppression de la rédaction d'un mémoire exposant les raisons du divorce en est la conséquence. La seule exigence posée par le texte est que les époux acceptent le principe de la rupture du mariage et qu'il n'y a pas à prendre en considération des faits à l'origine de celle-ci⁵¹¹. Les commentateurs n'ont pas manqué de relever qu'il y a là, à la fois, « *le souci du législateur de 2004 de rompre avec le système antérieur qui prévoyait au contraire un exposé des faits à l'origine de la rupture...et l'évocation de l'idée d'un divorce pour cause objective, d'un divorce constat d'échec mais reposant sur un échec reconnu par les deux époux* »⁵¹². On peut donc raisonnablement conclure que le divorce accepté est devenu un véritable divorce pour cause objective.

Par ailleurs, il convient d'observer que la formule figurant à l'article 233 du Code civil revêt une double portée. D'abord à l'égard du juge dont le rôle ne consiste ni à statuer sur un litige, ni à connaître la cause du divorce que les époux sont autorisés à tenir cachée. Ensuite à l'égard des époux eux-mêmes qui sont alors invités à ne plus se rejeter mutuellement les fautes ou les responsabilités.

On s'explique alors le souci du législateur de favoriser la pratique de ce type de divorce. C'est pourquoi la loi du 26 mai 2004 a eu pour objectif de simplifier la procédure de ce divorce.

B. ACCORD FAVORISE PAR LA SIMPLIFICATION DE LA PROCEDURE

L'espoir que le législateur de 2004 a mis dans le divorce accepté qu'il n'a pas fondamentalement modifié, mais subtilement transformé par rapport au système antérieur,

⁵¹¹ D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 144 : S'inspirant d'une proposition faite par la Commission Irène THÉRY, l'idée est sans doute que demander aux époux de déterminer quels sont les faits à l'origine de leur désunion est inutile (*le pari de la loi était que cet effort psychologique d'introspection sur les causes profondes de la désunion permettrait d'éviter les rancœurs, l'expression des griefs ayant, le cas échéant, une vertu éducative ; à quoi l'on objectait qu'il ne servait à rien de chercher les causes de la désunion, la seule chose importante étant de séparer les conjoints*), dangereux (*cela risque de raviver le conflit*), illusoire (*ils manquent du recul nécessaire pour ce faire*), déplacé (*cela les oblige à étaler leur vie privée en public*), voire hypocrite (*les jurisprudences avait interdit au juge de contrôler la réalité des faits allégués, si bien que les époux pouvaient fort bien avancer n'importe quel élément*).

⁵¹² J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 23 ; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 280.

explique le moyen mis en œuvre pour favoriser ce type de divorce dans la pratique⁵¹³. Puisque toute allusion aux faits rendant intolérable le maintien de la vie commune a disparu, il fallait encourager les époux candidats au divorce à préférer le divorce accepté au détriment notamment du divorce pour faute. Pour satisfaire cet objectif, il a donc été décidé de faciliter l'accès à cette voie.

A ce stade de notre analyse, la simplification voulue par le législateur se situe à un double niveau⁵¹⁴.

S'agissant des modes d'introduction de la demande, l'article 233 du Code civil précise que les époux peuvent effectuer leur demande en divorce conjointement ou séparément. S'ils décident ensemble d'utiliser cette procédure de divorce, ils pourront déposer une requête conjointe. La demande en divorce peut aussi émaner d'un seul des époux. Rappelons que, dans ce dernier cas, il n'est plus question de demande accompagnée d'un mémoire. En tout cas, l'instance est alors formée, instruite et jugée suivant la procédure en matière contentieuse applicable devant le tribunal de grande instance (art. 1114 CPC). Si les modes d'introduction de la demande laissent ainsi une place, encore limitée certes, à la volonté concordante des époux, celle-ci, en revanche, constitue l'objet même des modes d'expression de l'acceptation sur le principe du divorce.

Plusieurs hypothèses sont prévues par les dispositions légales en ce qui concerne la manifestation de l'accord des époux sur ce principe du divorce. Ainsi, dans le but de favoriser le divorce accepté qui, du fait de son caractère objectif, écarte les risques de conflit, le législateur a permis aux époux dès la tentative de conciliation sur saisine d'un seul (art. 1123 CPC), de faire connaître au juge leur acceptation du principe du divorce sans considération des faits à l'origine de celui-ci⁵¹⁵.

L'acceptation peut aussi intervenir plus tard, notamment après l'ordonnance de non-conciliation. Dans ce cas, la double déclaration d'acceptation sera annexée à la requête qui ne peut être qu'une requête conjointe (art. 1123, al. 3 et al. 4 CPC)⁵¹⁶.

⁵¹³ La loi du 26 mai 2004 a maintenu l'inspiration générale, tout en s'efforçant de le simplifier, de le sécuriser et de l'objectiviser. : D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 143.

⁵¹⁴ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p.102.

⁵¹⁵ J.J. LEMOULAND, *La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce*, *art. préc.*, p. 1832 et s.

⁵¹⁶ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 277.

Enfin, l'acceptation peut également avoir lieu dans le courant d'une procédure introduite sur le mode contentieux, et ce à tout moment, le juge ne restant plus saisi que de la question des effets du divorce (art. 247-1 C.civ.). Dans tous les cas, cet accord doit être donné dans un écrit signé personnellement par chaque époux (art. 1123 CPC)⁵¹⁷.

Relevons aussi l'article 253 du Code civil précisant que « *les époux ne peuvent accepter le principe de la rupture du mariage...que s'ils sont chacun assistés par un avocat* ». Pour apprécier l'intérêt pratique d'une telle disposition, il faut se référer à la dernière modification apportée au divorce accepté par rapport au système antérieur. En effet, la présence obligatoire de deux avocats vise essentiellement à attirer l'attention des époux sur la portée de leur acceptation.

§ 2. ACCORD SUR LE PRINCIPE DU DIVORCE IRREVOCABLE

Une des difficultés du divorce sur demande acceptée issue de la loi du 11 juillet 1975 résultait de la rétractation de l'accord, donné par l'époux acceptant le divorce proposé par son conjoint⁵¹⁸. Saisie de la question, la position adoptée par la Cour de cassation a été fortement critiquée⁵¹⁹. En effet, elle avait considéré que l'ordonnance, constatant le double aveu pouvait être attaqué par la voie de l'appel⁵²⁰. En revanche, une fois passé le délai requis pour exercer cette voie de recours, la règle était que l'un des époux ne pouvait contester la sincérité de son aveu ni rétracter son acceptation du divorce⁵²¹.

⁵¹⁷ Chaque époux annexera sa déclaration d'acceptation à ses conclusions (art. 1123, al. 5 CPC).

⁵¹⁸ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, op. cit., p. 24 ; La Cour de cassation avait tranché que les époux ne pouvaient pas rétracter leur aveu dès lorsque le double aveu avait été constaté (D. FENOUILLET, op. cit., p.145) ; Cass. 2^e civ. 26 janvier 1984, *JCP* 1984, II, 20310, obs. A. BLAISSE.

⁵¹⁹ Il y avait la possibilité que l'un des époux fasse appel de la décision du juge constatant ce double aveu et invoque dans le cadre de l'exercice de cette voie de recours, un vice du consentement ou simplement son intention de ne plus divorcer : L'aveu des époux pouvait en effet être rétracté, tant que l'ordonnance du juge n'était pas devenue définitive (Cass. 2^e civ. 16 juillet 1987, *D.* 1987, Jur. p. 582, note J.-C. GROSLIERE ; 4 octobre 1995, *Deffrénois* 1996, p. 1344 ; CA Paris 4 mai 2000, *Dr. fam.* 2001, n^o 39, note H. LÉCUYER ; CA Pau 14 octobre 2002, *AJ famille* 2003, p. 105).

⁵²⁰ L'ordonnance du juge aux affaires familiales qui constatait le double aveu et prescrivait les mesures provisoires pouvait faire l'objet d'un appel. Il en résulte qu'une demande de dommages intérêts pour rétractation de l'aveu par la voie d'appel n'était pas fondée (Paris, 4 mai 2000, *Dr. fam.* 2001, n^o 39, note H. Lécuyer).

⁵²¹ L'article 233, alinéa 2 du Code civil précise que cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel. La voie de l'appel reste néanmoins ouverte pour les vices du consentement, consentement qui est de l'essence même du divorce accepté (J.J. LEMOULAND, *La loi n^o 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce*, art. *préc.*, p. 1832 et s.).

Devant les incertitudes nées de l'interprétation de la loi de 1975 par la jurisprudence, la loi de 2004 énonce très clairement aux articles 233, alinéa 2 et 262-1, alinéa 1^{er} du Code civil que l'acceptation du principe du divorce n'est plus susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel.

S'agissant de justifier cette nouvelle règle, d'aucuns y ont vu « *la logique d'un divorce fondé sur le consentement mutuel des époux* »⁵²². On n'a pas manqué non plus de relever les avantages pratiques de cette modification par rapport au droit antérieur, dans la mesure où la possibilité de rétractation était source « *de manœuvres dilatoires* »⁵²³ et perçue comme l'une des raisons qui dissuadait les époux de recourir au divorce sur demande acceptée issu de la loi de 1975.

Il nous a donc été donné, successivement, de faire le constat d'une faillite de la vie conjugale que traduit l'acceptation conjointe du principe du divorce, et de suivre l'intervention du juge au cours de la procédure. L'originalité du divorce accepté tient alors à la combinaison nécessaire de ces deux éléments, conférant du coup à ce type de divorce sa nature hybride.

⁵²² J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, op. cit., p. 24.

⁵²³ Rapport n° 1513 de M. Patrick DELNATTE à l'Assemblée nationale, p. 43 et s.

SECTION II.

UN CAS DE DIVORCE DE NATURE HYBRIDE

Schématiquement, le divorce accepté comprend deux phases. Celle devant le juge aux affaires familiales au cours de laquelle ce dernier constate l'accord sur « *le principe de la rupture du mariage, sans considération des faits à l'origine de celle-ci* ». Dès lors, la seconde phase peut se dérouler devant lui-même pour qu'il prononce le divorce et statue sur ses effets. A ces deux phases correspondent deux traits caractéristiques du divorce accepté : jouissant d'un double aspect, il est à la fois amiable (§ 1) et contentieux (§ 2)⁵²⁴.

§ 1. LE CARACTERE AMIABLE DU DIVORCE ACCEPTE

Des termes de l'article 233 du Code civil, selon lesquels seule importe la volonté concordante des époux de divorcer, on en a, certes, déduit le caractère amiable du divorce accepté⁵²⁵. Mais on n'a pas manqué non plus l'occasion de constater une démarche législative empreinte d'un certain paradoxe⁵²⁶ : décider de ne plus ranger le divorce accepté dans la rubrique des divorces par consentement mutuel, sous prétexte de lui accorder une autonomie, et, dans le même temps, faire de l'accord des époux le fondement exclusif, la condition unique de cette forme de divorce⁵²⁷.

Sans doute le choix législatif était-il justifié par l'idée selon laquelle l'acceptation du principe du divorce par les époux constitue une garantie pour une procédure apaisée. C'est pourquoi afin de marquer sa faveur pour le divorce accepté, le législateur a facilité l'accès

⁵²⁴ A cause de son caractère de divorce hybride, mi gracieux mi contentieux : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 22 et s.

⁵²⁵ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 281.

⁵²⁶ « *Paradoxalement, c'est au moment où il est sorti de la catégorie des divorces « par consentement mutuel » que ce divorce s'en rapproche le plus* » : A. BÉNABENT, *La réforme du divorce -article par article-* *op. cit.*, p. 41.

⁵²⁷ Le divorce accepté est prononcé par le juge aux affaires familiales sans autre considération que l'acceptation des époux (art. 1124 CPC).

à cette voie. Ainsi l'accord des époux peut intervenir à tout moment de la procédure⁵²⁸. Toutefois, pour être valable et servir de fondement au divorce accepté, la double volonté, l'acceptation concordante et expresse des époux doit présenter certains caractères soumis au contrôle du juge. A l'occasion, on s'est alors aperçu que le rôle du juge quant à cet accord est identique à celui qui lui est dévolu dans le divorce par consentement mutuel : s'assurer que chaque époux a donné son accord de façon libre et éclairée⁵²⁹.

S'il a acquis la conviction que le double consentement présente ces deux caractères, le juge va constater l'accord. Ce constat judiciaire a alors pour effet de rendre l'accord définitif. Mieux, il ne peut plus être rétracté. C'est un accord sans retour qui est aussi perçu comme la marque d'une « *logique d'un divorce fondé sur le consentement mutuel des époux* »⁵³⁰.

Force est toutefois de constater que ces éléments qui militent en faveur de la reconnaissance du caractère essentiellement amiable du divorce accepté, n'ont pas réussi à dissiper totalement les doutes et flottements quant à la détermination de la nature de cette forme de divorce. A ce propos, initiée par la doctrine et mise en avant lors des travaux parlementaires, la qualification de consentement mutuel imparfait⁵³¹ était finalement attachée au cas de divorce accepté. Le consentement n'est que partiel puisqu'il ne porte que sur le principe de la rupture. De même, on a fait valoir le cas où l'un des époux veut le divorce et l'autre, certes, ne s'y oppose pas, mais peut-on pour autant considérer qu'il l'accepte ? Autant d'interrogations qui, finalement, ont pu convaincre que dans ce type de divorce on ne peut pas faire état d'un consentement mutuel complet.

En revanche, si l'accord sur le principe de la rupture est acquis, reste à régler le désaccord entre les époux sur tout ou partie de ses conséquences. C'est ce qui donne au divorce accepté son caractère contentieux.

⁵²⁸ J.J. LEMOULAND, *La loi du 26 mai 2004 relative au divorce, art. préc.*, p. 1825 et s

⁵²⁹ Cf. Supra. p. 58 (Titre I. Le divorce par consentement mutuel dans la Partie I. Le pluralisme législatif en matière de divorce).

⁵³⁰ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 24.

⁵³¹ *Il s'agit de ce que Jean CARBONNIER a nommé le consentement mutuel imparfait. Cette idée est clairement mise en avant par les travaux parlementaires. Notamment l'exposé des motifs du projet de loi du gouvernement, Sénat, n° 389, p. 4 et le rapport n° 1513 de M. P. DELNATTE à l'Assemblée nationale, p. 43 et s. ; J. MASSIP, Le nouveau droit du divorce, op. cit., p. 22 et s.*

§ 2. LE CARACTERE CONTENTIEUX DU DIVORCE ACCEPTE

En dépit du caractère définitif, irrévocable de l'accord sur le principe du divorce, celui-ci ne sera prononcé que lorsque le juge aura fixé les conséquences de ce divorce. Sur la question est alors applicable la solution dégagée par la jurisprudence dès avant 2004⁵³², et consacrée par l'intervention législative en vertu de l'article 234 du Code civil, selon laquelle le juge doit statuer par une seule et même décision sur le prononcé du divorce et sur ses conséquences.

Cette précision acquise, l'ouverture de cette seconde phase à caractère contentieux appelle trois observations.

Puisque le divorce accepté a été écarté de la catégorie des divorces par consentement mutuel pour être intégré dans la rubrique des divorces contentieux, la phase contentieuse, quant à sa forme, va désormais suivre le droit commun contentieux⁵³³. Chacun des époux va présenter ses demandes et le juge va les trancher selon le droit commun.

Dans la mesure où l'on ne tient plus compte d'un quelconque partage des torts, hérité du divorce sur demande acceptée de la loi de 1975, le divorce accepté prononcé « *sans considération des faits à l'origine de celui-ci* » se caractérise, sur le fond, par la neutralité de ses effets.

D'une part, cela signifie, là encore, l'application du droit commun des effets du divorce⁵³⁴. D'autre part, nous avons vu que la première phase non contentieuse ayant pour seul objet de constater l'accord des époux « *sur le principe de la rupture du mariage* », de ce fait ces derniers s'interdisent de se rejeter mutuellement les fautes. On s'explique alors l'exclusion dans ce cas, de la responsabilité exceptionnelle de l'article 266 du Code civil concernant le préjudice résultant du divorce lui-même et réparé par l'attribution de dommages et intérêts⁵³⁵.

Remarquons, enfin, qu'il n'y a pas nécessairement désaccord des époux sur tous les points relatifs aux conséquences du divorce. Il leur est donc permis de présenter au juge

⁵³² Civ. 2^e, 4 mars 1998, *Bull. civ.* II, n° 67.

⁵³³ Cf. *Supra*. p. 172 (Titre I. La procédure dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

⁵³⁴ Cf. *Infra*. p. 196 (Titre II. Les effets dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

⁵³⁵ Cf. *Infra*. p. 247 (Titre II. Les effets dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

une convention réglant les effets du divorce sur certains points. Cette possibilité ainsi offerte aux époux, à laquelle il faut associer, d'une manière générale, le recours au système de la passerelle, prévue par l'article 247 du Code civil et permettant de passer, à tout moment au divorce par consentement mutuel, témoigne de la faveur de la loi pour les accords entre époux, un argument jugé décisif pour une procédure apaisée.

Il est vrai surtout et nous le verrons⁵³⁶ que cette volonté de pacifier la procédure, réelle en matière de divorce accepté, constitue un aspect de la dédramatisation du divorce en général, un des soucis majeurs partagé par le législateur français et son homologue sud-coréen.

⁵³⁶ Cf. *Infra*. p. 172 (Titre I. La procédure dans Partie II. La dédramatisation du divorce).

PARTIE II.

LA DEDRAMATISATION DU DIVORCE

Les différentes formes de divorce, que nous venons de présenter⁵³⁷, aussi bien en droit français qu'en droit sud-coréen ont en commun de se dérouler devant un tribunal, et plus précisément devant le juge aux affaires familiales en France et le juge du tribunal familial en Corée du Sud. Certes, il s'agit là de la conséquence du caractère essentiellement judiciaire du divorce⁵³⁸. Mais peut-être aussi pour rappeler qu'à l'origine de tout divorce, il y a un conflit, un contentieux à régler.

Dans cette perspective, le souci, partagé par les législateurs sud-coréen et français, a été de dédramatiser le divorce. L'objectif ainsi énoncé, sa réalisation présente un double aspect : apaiser la procédure mais aussi, éviter autant que possible que le contentieux se prolonge après le prononcé du divorce.

Apaiser la procédure consiste à éviter que le procès n'accentue davantage les tensions entre les époux. Nous verrons alors⁵³⁹ que cette volonté de dédramatiser est réelle dès le début de la procédure. Ainsi en est-il en cas de divorce par consentement mutuel. Dans cette hypothèse, le déroulement procédural du divorce, bien plus simple en droit français que sous l'empire de la loi de 1975, est significatif. La demande en divorce que présentent les avocats respectifs des parties ou un avocat choisi d'un commun accord prend la forme d'une requête unique qui ne doit pas indiquer les faits à l'origine de la demande. En droit sud-coréen, même si le ministère d'avocat n'est pas obligatoire, la demande présentée à l'initiative des époux ne fait pas état non plus des motifs de la demande.

Nous apprendrons également que la principale nouveauté du dispositif de 2004 est la mise en œuvre d'un tronc commun procédural à tous les divorces⁵⁴⁰. Dans ce cas, l'introduction de l'instance se fait aussi par une requête indifférenciée, dans la mesure où la cause de divorce n'est pas non plus mentionnée. On observe que le droit sud-coréen aussi n'exige pas d'indiquer dans cette requête initiale la cause du divorce.

⁵³⁷ Cf. Supra. p. 46 (Partie I. Le pluralisme législatif en matière de divorce).

⁵³⁸ Sous réserve de la déclaration du divorce auprès de l'officier d'état civil en droit sud-coréen.

⁵³⁹ Cf. Infra. p. 152 (Chapitre I. Le déroulement procédural du divorce par consentement mutuel dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

⁵⁴⁰ Cf. Infra. p. 172 (Chapitre II. Le déroulement procédural des autres cas de divorce dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

L'objectif de telle mesure est, là encore, en France comme en Corée du Sud, d'apaiser la phase préliminaire de la procédure, c'est-à-dire, l'audience de conciliation. A ce propos, le rôle du juge est primordial dans les deux systèmes juridiques. Ainsi, lors de cette phase, en cas d'accord entre les époux sur le principe du divorce, le juge sud-coréen a la possibilité de prononcer ce qu'on qualifie de divorce par conciliation.

Ce souci d'apaisement n'est pas seulement présent au début mais aussi pendant la durée de l'instance. A cet effet, le droit français prévoit que les règlements pécuniaires doivent être convenus et si possible liquidés. Pour ce qui concerne les enfants, en France comme en Corée du Sud, les modalités d'exercice de l'autorité parentale doivent avoir été fixées.

D'ailleurs, le domaine d'intervention de cette volonté de dédramatiser s'est élargi au niveau des effets. Sur la question, dans leur souci d'apaisement, les législateurs français et sud-coréen, marquent leur faveur pour les accords entre époux⁵⁴¹.

On sait aussi que l'idée majeure qui fût retenue dès 1975 a été d'opérer un règlement définitif des effets. Tout était fait pour qu'il n'y ait pas de contentieux post-divorce, le législateur français a le souci de régler une seule fois les conséquences, notamment financières du divorce. Certes, constatant que l'objectif était difficile à atteindre, le législateur français de 2004 s'est trouvé dans l'obligation de procéder à des réformes partielles, par exemple en ce qui concerne la révision de la prestation compensatoire.

Toutefois, si l'objectif poursuivi et partagé par les deux systèmes juridiques⁵⁴² a été de dédramatiser le divorce non seulement dans la procédure (Titre I), mais également pour ses effets (Titre II), il faut aussitôt observer que les législateurs français et sud-coréen ont emprunté des voies différentes pour y parvenir.

⁵⁴¹ Cf. *Infra*. p. 196 (Titre II. Les effets du divorce dans la Partie II. La dédramatisation du divorce).

⁵⁴² « *Il n'y aura toujours pas de divorce heureux, mais on peut espérer au moins éviter les longueurs et les rancoeurs inutiles* » : J. RUBELLIN-DEVICHI, *art. préc.*, p. 1039 ; Sang-Yong KIM, *Un projet pour la réforme et des lois étrangères à l'égard du divorce par consentement mutuel*, *op. cit.*, p. 5 et s.

TITRE I.

LA PROCEDURE DU DIVORCE

Du point de vue procédural, le droit du divorce se présente comme offrant dans un premier temps le choix entre un « *tout consensuel* » ou un « *tout conflictuel* »⁵⁴³, à un degré qui sera déterminé par la suite. Il s'agit pour le premier cas d'une procédure gracieuse, le divorce par consentement mutuel (Chapitre I) et pour le second cas d'une procédure contentieuse, regroupant les autres types de divorce (Chapitre II).

⁵⁴³ A. GOUTTENOIRE, *Les nouvelles procédures de divorce, Defrénois* (n° 7), 2005, p. 548 et s.

CHAPITRE I.

LE DEROULEMENT PROCEDURAL DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

Aussi bien en France qu'en Corée du Sud, si les époux sont d'accord sur tous les points que la loi précise, ces derniers peuvent former une demande conjointe en divorce par consentement mutuel.

En droit français, les innovations les plus importantes concernant le divorce par consentement mutuel ont été d'ordre procédural⁵⁴⁴. A ce propos, simplification et accélération de la procédure caractérisent le dispositif mis en place par la loi de 2004⁵⁴⁵. Il en est résulté la suppression de plusieurs délais : il en est ainsi du délai de six mois à compter du mariage, pendant lequel les époux ne pouvaient jusqu'ici demander le divorce sur requête conjointe (ancien art. 230, al. 3 C.civ.)⁵⁴⁶ ; c'est le cas également du délai de réflexion de trois mois (ancien art. 231, al. 2 C.civ.) entre les deux comparutions devant le juge. D'ailleurs, une seule comparution est désormais exigée⁵⁴⁷.

En revanche, suite aux critiques faites à l'encontre de la simplification excessive de la procédure, le législateur sud-coréen de 2007⁵⁴⁸ a, au contraire, estimé nécessaire d'organiser une réunion d'information⁵⁴⁹ à l'intention des époux et de prévoir un délai de

⁵⁴⁴ T. GARÉ, *Présentation de la réforme, La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 : pacification et simplification ?*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 15.

⁵⁴⁵ La loi du 26 mai 2004 a ajouté dans le Code civil une section spécialement consacrée à la procédure du divorce par consentement mutuel. Cette loi a entraîné une refonte des dispositions contenues par ailleurs dans le code de procédure civile : J.J. LEMOULAND, *La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, art. préc.*, p. 1833.

⁵⁴⁶ Ce délai avait été institué par le Parlement dans le souci d'affirmer le caractère sérieux de l'institution du mariage et d'éviter des « mariages à l'essai » (art. 37867, *Deffrénois*, 2004, n° 8, p. 143, obs. J. MASSIP) : J.J. LEMOULAND, *La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, art. préc.*, p. 1834.

⁵⁴⁷ « *Le choix qui a donc été fait en définitive est celui du principe d'une comparution unique (sauf exception) plutôt que d'une double comparution avec possibilité pour le juge de dispenser les époux de la seconde comparution ou d'une seconde comparution pouvant être demandée par les époux, comme cela avait été parfois proposé* » : l'Assemblée Nationale avait modifié en ce sens la rédaction de l'art. 232, mais cet amendement n'a pas été retenu par la commission mixte paritaire ; Ass. nat. 14 avril 2004, n° 277 ; *Rapports n° 1579 de M. P. Delnatte et n° 280 de M. P. Gélard au nom de la commission mixte paritaire*.

⁵⁴⁸ La loi n° 8720 du 21 décembre 2007.

⁵⁴⁹ « *Il y avait deux projets sur la réforme du divorce par consentement mutuel : l'un a été présenté au Parlement par le Ministère de la Justice ; l'autre, par le comité de la réforme pour les enfants mineurs (près le tribunal familial de Seoul). Le projet du Ministère de la Justice était progressif alors que le projet du comité s'est caractérisé impératif sur la méthode d'approche pour le divorce par consentement mutuel. Pourtant, ces deux projets poursuivent le même but de protéger les intérêts des enfants mineurs après le divorce de leurs parents* » : Mae-Kyung KIM, *The reform of the procedure of consensual divorce, Étude sur le droit de la famille (n° 20, vol. 3), The korean society of family law*, 2006, p. 7.

réflexion, autant de mesures pour inciter les deux époux à réfléchir sérieusement sur la décision de divorcer⁵⁵⁰ et à s'entendre sur la convention destinée à organiser leurs rapports avec leurs enfants mineurs⁵⁵¹.

Si le souci commun des législateurs sud-coréen et français était de dédramatiser la procédure du divorce, ils ont suivi des voies différentes pour satisfaire cet objectif. Toutefois, en France comme en Corée du Sud, lorsque les époux ont pris d'un commun accord la décision de divorcer, ils doivent d'abord saisir le juge (Section I), pour que ce dernier puisse ensuite rendre sa décision (Section II).

⁵⁵⁰ En instaurant la réunion d'information, le législateur sud-coréen a voulu par le recours au divorce par consentement mutuel, obtenir une volonté éclairée des époux. C'est aussi le même souci qui impose l'exigence du délai de réflexion aux époux dans le cadre de cette procédure : Sang-Yong KIM, *Le déroulement historique du divorce, art. préc.*, p. 142 et s. ; Hye-Jin LEE, *The requisites for divorce by agreement and judicial proceedings correcting the defects in agreement, Legal Dong-A (n° 47), Institut de droit d'université de Dong-A*, 2010, p. 329 et s.

⁵⁵¹ La convention pour les enfants mineurs comporte des dispositions non pas seulement sur l'autorité parentale mais aussi sur le droit de garder les enfants, le droit de visite, la pension due pour contribuer à leur entretien et l'effet du divorce pour les enfants ; Sang-Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce, op. cit.*, p. 105.

SECTION I.

LA PRESENTATION DE LA DEMANDE EN DIVORCE

Ce divorce amiable repose sur l'accord des deux conjoints. Ceux-ci matérialisent cette volonté concordante par une requête conjointe (§ 1), à laquelle sont annexés un certain nombre de documents, dont une convention portant organisation des conséquences du divorce (§ 2).

§ 1. LA REQUETE CONJOINTE

Dans la procédure de divorce par consentement mutuel, la requête conjointe doit être présentée par les deux époux aussi bien en France qu'en Corée du Sud.

Cette requête conjointe est le document par lequel les époux extériorisent et formalisent leur volonté commune de divorcer. Ainsi que nous l'avons déjà signalé⁵⁵², cette requête ne doit pas indiquer les faits qui sont à l'origine de la demande. En revanche, à peine d'irrecevabilité, elle doit contenir, en droit français, les différentes mentions et indications visées à l'article 1090 du Code de procédure civile, dont la liste n'a pas été modifiée par la loi de 2004 : l'identité complète de chaque époux, la date et lieu de leur mariage, l'identité des enfants s'il y en a, les renseignements relatifs à l'affiliation aux organisations sociales et enfin l'indication de nom du ou des avocats chargés par les époux de les représenter⁵⁵³.

Sous la même sanction la requête conjointe est datée et signée par chacun des époux et par leur avocat (art. 1090, al. 2 CPC).

⁵⁵² Cf. Supra. p. 71 (Titre I. Le divorce par consentement mutuel dans la Partie I. Le pluralisme législatif en matière de divorce).

⁵⁵³ On relève que si les désaccords conduisaient les époux à une procédure contentieuse entre eux, l'avocat qu'ils auraient choisi d'un commun accord ne pourrait plaider ni pour l'un ni pour l'autre. Il commettrait une faute disciplinaire en s'occupant d'un des époux avec le consentement de l'autre : Civ. 1^{re}, 20 janvier 1993, *Bull. civ.* I n° 22 ; A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 213.

Par comparaison, la procédure du divorce par consentement mutuel, comportant en principe quatre phases⁵⁵⁴ débute aussi en droit sud-coréen par la présentation de la requête datée et signée par chacun des époux. Il faut aussitôt observer que le ministère d'avocat n'est pas obligatoire en droit sud-coréen (836-2 C.civ.)⁵⁵⁵, ce qui constitue une différence avec le droit français.

La requête a la forme d'un document écrit dont le contenu est fixé par l'article 73 de la Règle du registre de la famille. Comme en France, cette requête n'indique pas les faits de l'origine de la demande. Par contre elle doit mentionner l'identité des époux (art. 73, al. 2, n° 1 et n° 2 Règle du registre de la famille)⁵⁵⁶.

La requête ainsi présentée par le ou les avocats des parties, ou seulement par les époux en Corée du Sud⁵⁵⁷, est accompagnée d'une annexe.

§ 2. LES DOCUMENTS ANNEXES

Selon la loi française du 11 juillet 1975, la volonté concordante des époux a été formalisée par une requête conjointe à laquelle sont annexés deux documents complémentaires : une convention temporaire destinée à organiser pendant la durée de l'instance la situation des couples et des enfants, et un projet de convention définitive. Puisqu'il n'y a plus qu'une seule comparution devant le juge depuis la loi de 2004, ces deux documents ont été supprimés au profit de convention unique et définitive portant le règlement complet des effets, tant personnels que patrimoniaux, incluant notamment un état liquidatif du régime matrimonial⁵⁵⁸ ou une déclaration qu'il n'y a pas lieu à

⁵⁵⁴ Les articles 836, 836-2, 837, 837-2 et 909 du Code civil et les articles 41 et 63-2 du Code de procédure familiale : dépôt de la requête, participation à la réunion d'information, la comparution devant le juge, la déclaration du divorce à la mairie.

⁵⁵⁵ Sang-Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce*, op. cit., p. 110 ; Dong-Sub PARK, *Le droit de la famille*, op. cit. p. 387.

⁵⁵⁶ Cette requête n'indique pas les faits à l'origine de la demande et est accompagnée en annexe de l'acte de mariage et de l'acte de naissance de chacun des époux (art. 73, al. 3 Règle du registre de la famille).

⁵⁵⁷ Les époux doivent le demander eux-mêmes de sorte qu'ils n'ont pas le droit d'être représentés et accompagnés par des avocats lors de la présentation de la requête (art. 836-2 C.civ.).

⁵⁵⁸ « Si cette liquidation inclut des biens immobiliers, l'état liquidatif devra être passé par acte notarié. Cette élaboration de la convention exige le recours à un avocat dont le ministère est obligatoire pour présenter la demande. Cette intervention est justifiée par le devoir d'information et de conseil pesant sur ce professionnel dont la responsabilité pourra être ultérieurement engagée en cas de défaillance à ce devoir » : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille*, op. cit., p. 213.

liquidation⁵⁵⁹. Egalement, la convention doit régler toutes les conséquences du divorce à l'égard des enfants : les modalités d'exercice de l'autorité parentale⁵⁶⁰ et la contribution des époux à leur entretien et leur éducation⁵⁶¹. Cette convention complète doit alors être déposée dès la requête.

De même, en droit sud-coréen, la requête est accompagnée d'une convention qui organise exclusivement les effets du divorce à l'égard des enfants, contrairement au droit français qui exige à la fois le règlement des conséquences du divorce entre les époux et à l'égard des enfants.

A ce propos, il importe d'observer que le concept d'enfant mineur au sens de l'article 836-2, alinéa 2 du Code civil est interprété largement en droit sud-coréen⁵⁶². En effet, un enfant simplement conçu est considéré comme un enfant né lors de l'examen de la convention (art. 836-2, al. 2, n° 1 C.civ.). De même, un enfant mineur désigne non seulement un enfant né des deux époux mais aussi l'enfant adopté par un des époux avant le mariage⁵⁶³.

Pour être tout à fait complet sur la question de la présentation de la demande, il faut signaler que le droit sud-coréen a réservé le cas spécifique de l'époux résidant à l'étranger qui souhaite divorcer par consentement mutuel (art. 73, al. 1^{er} Règle du registre de la

⁵⁵⁹ La convention définitive doit régler avec précision les modalités de la prestation compensatoire et peut contenir toutes autres dispositions que les époux estiment utiles. La déclaration sur l'honneur n'est soumise à aucun formalisme particulier, de sorte qu'elle peut être fournie par acte authentique ou par un simple écrit qui n'est pas soumise à enregistrement (AJF 1/2001, p. 19). Dans le cas où une prestation compensatoire est prévue, chaque époux doit de plus produire une déclaration sur l'honneur indiquant ses ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie (art. 272 C.civ. et 1075-1 CPC).

⁵⁶⁰ Cf. *Infra*. p. 257 (Chapitre II. Les effets du divorce à l'égard des enfants dans la partie des effets du divorce).

⁵⁶¹ Cf. *Infra*. p. 280 (Chapitre II. Les effets du divorce à l'égard des enfants dans la partie des effets du divorce).

⁵⁶² Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 103 ; Kyung-Hee LEE, *op. cit.*, p. 204 ; Les époux peuvent modifier les modalités de la convention pour les enfants et demander la décision sur ces modalités au juge, un mois avant le jour de la comparution (art. 837, al. 4 et art. 909, al. 4 C.civ.) : You-Seok CHOI, *Nonresident father's informal support to children-focusing on the effects of family structures-, Bien-être social*, n° 62, vol. 2, *Korean academy of social welfare*, 2010, p. 58.

⁵⁶³ Lorsque les deux époux élèvent l'enfant adopté par l'un d'eux avant leur mariage, l'autre époux a le devoir d'entretenir pour cet enfant malgré le divorce. Quelques fois, l'enfant prévu par l'article 836-2, alinéa 2 du Code civil comporte celui de l'un des époux s'il est nécessaire : Sang-Yong KIM, *Les quelques controverses du Code civil à l'égard des décisions de l'autorité parentale et de droit de garde des enfants, Jurisprudence administrative (n° 37, vol. 2), Institut coréen de jurisprudence administrative*, 1996, p. 16 et s.

famille). Dans ce cas, l'époux divorçant peut déposer sa requête accompagnée de la convention auprès de l'ambassade sud-coréenne du pays étranger où il réside, à charge pour le service compétent de l'ambassade de transmettre le dossier au juge de tribunal familial en Corée du Sud (art. 75, al. 4 Règle du registre de la famille). Il est à noter que cette procédure n'est pas valable pour les autres cas de divorce.

SECTION II.

LE PRONONCE DU DIVORCE

En France, le juge aux affaires familiales, après avoir été saisi de la requête unique des époux, va convoquer chacun d'entre eux par lettre simple, expédiée quinze jours au moins avant la date de l'audience (art. 1092 CPC et art. 250, al. 2 C.civ.) et en aviser les avocats⁵⁶⁴. A l'issue de la comparution des époux (§1), le juge rendra une décision (§2).

En revanche, en Corée du Sud, non seulement une réunion d'information est organisée à l'intention des époux, mais un délai de réflexion leur est aussi accordé avant la tenue de cette comparution unique⁵⁶⁵.

§ 1. LA COMPARUTION UNIQUE

En France, la loi de 2004 a fortement simplifié et accéléré la procédure du divorce par consentement mutuel⁵⁶⁶. Alors que la loi de 1975 prévoyait deux audiences afin de laisser aux époux un temps de réflexion suffisant de trois mois, il est désormais permis au juge, de prononcer le divorce à l'issue d'une seule audience (art. 232 C.civ.), dès lors que l'équilibre des intérêts en présence est préservé par la convention présentée par les époux.

L'audition se déroule alors en quatre étapes.

Le juge entend d'abord un conjoint seul puis l'autre. Il est évident que cette phase va permettre au juge de s'assurer que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur

⁵⁶⁴ La comparution personnelle des époux reste donc obligatoire dans tous les types de divorce, ce qui nous paraît justifié eu égard à la solennisations, à la protection et à la sécurité juridique que doit apporter l'intervention du juge (T. GARÉ, *Les nouvelles règles applicables en matière de procédure familiale*, *RJPF*(n° 2), 2012, p. 9.

⁵⁶⁵ La comparution des époux comporte deux éléments : le consentement pour le divorce avec la volonté réelle et libre et l'examen de la convention pour les enfants : Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 171 et s. ; Sang-Yong KIM, *Un projet pour la réforme et des lois étrangères à l'égard du divorce par consentement mutuel*, *op. cit.*, p. 8 et s.

⁵⁶⁶ A. GOUTTENOIRE, *art. préc.*, p. 548 : « *La procédure de divorce par consentement mutuel n'est, en fait, soumise à aucune condition de délai, ni entre le mariage et la demande, ni entre la demande et la comparution, ni entre les comparutions puisqu'il n'y en a plus qu'une* ».

consentement est libre et éclairé (art. 232, al. 1^{er} C.civ.). Une fois cette vérification faite, le juge entend les époux ensemble (art. 250, al. 2 C.civ.). Probablement il s'agit ici de confirmer ce qui a été dit lors de la convocation individuelle. Puis, en présence des avocats, est examinée la convention réglant les rapports des époux entre eux et avec les enfants. Il est important de rappeler que le juge exerce un simple contrôle, car il n'a pas le pouvoir de réécrire la convention, œuvre unique des époux et reflet de leur volonté commune.

C'est à ce stade de la procédure du divorce par consentement mutuel que se situe la différence essentielle entre le droit français et le droit sud-coréen.

Nous avons vu que le droit français souhaitant simplifier et accélérer la procédure a supprimé non seulement le délai de réflexion du trois mois, mais aussi la seconde comparution devant le juge⁵⁶⁷.

En Corée du Sud, l'intervention législative du 21 décembre 2007 a profondément transformé la procédure du divorce par consentement mutuel. En effet, cette loi a d'abord prévu l'organisation d'une réunion d'information à l'intention des époux (art. 836-2, al. 1^{er} C.civ.). En réalité cette réunion poursuivait deux objectifs précis : d'une part, elle se propose de fournir à tous les époux candidats au divorce par consentement mutuel des renseignements relatifs à la procédure et aux effets de ce type de divorce⁵⁶⁸. D'autre part, la réunion a aussi pour objet d'informer les époux sur les effets du divorce à l'égard des enfants mineurs⁵⁶⁹, à savoir l'exercice de l'autorité parentale, du droit de garde, du droit de visite et le devoir d'entretien à la charge des parents⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ L'aspect essentiel de la réforme de 2004 qui en découle ne réside pas dans la durée du délai, mais dans l'accord qui en résulte ; « *Dans la symbolique des rapports entre le mariage et le divorce, sa suppression n'est pourtant pas anodine* » : J.J. LEMOULAND, *La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, art. préc.*, p. 1829.

⁵⁶⁸ Jin KIM, *A study on the better device of divorce system by agreement, Étude sur le droit de la famille (n° 19, vol. 1)*, 2005, p. 243 : « *La réunion d'information générale fournit aux époux toutes les informations par rapport du divorce par consentement mutuel. Ainsi, les effets du divorce entre les deux époux ne concernent pas la condition du divorce, mais cette réunion les informe de ses conséquences patrimoniales* ».

⁵⁶⁹ La loi de 2007 permet au juge le pouvoir de proposer aux époux la consultation (Mae-Kyung KIM, *Comment va-t-on changer le divorce par consentement mutuel ?, Conciliation familiale (n° 7), Consultants du tribunal familial de Séoul*, 2005, p. 52). L'obligation de la consultation n'a pas été adoptée par le Parlement en raison de sa charge dans le budget (Eun-Hee CHO, *Freiheit der Scheidung und ihre Grenzen - Einverständliche Scheidung und Reform der Einverständlichen Scheidung -*, *Étude sur le droit de la famille (n° 21, vol. 1)*, p.138 et s.). Le juge peut d'ailleurs proposer aux époux ayant à leur charge un enfant mineur d'avoir recours à un consultant familial. Un tel consultant est obligé d'être un titulaire d'un diplôme dans le domaine de droit ou de la psychologie. On exige de lui d'avoir

Aussi conçue, cette réunion d'information appelle deux observations. En premier lieu, l'absence à cette réunion d'information entraîne la caducité de la demande en divorce par consentement mutuel⁵⁷¹. En second lieu, pour préciser que la tenue de cette réunion fait courir le délai de réflexion accordé aux époux⁵⁷².

L'adoption d'un délai de réflexion est perçue comme le plus grand changement dans la réforme du divorce par consentement mutuel⁵⁷³. Elle s'est avérée comme une nécessité. En effet, une étude a montré que 22, 9 % des époux qui divorcent par consentement mutuel regrettent leur décision⁵⁷⁴. Là simplicité et la rapidité excessive de la procédure ont été en partie jugées responsables⁵⁷⁵. On s'explique aussi que dans une enquête réalisée par le

plusieurs années d'expérience (Sang -Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce par consentement mutuel*, *op. cit.*, p. 148 et s.). Lorsque les époux acceptent la consultation, le service leur est offert à titre gratuit (art. 73, al. 5 Règle du registre de la famille et art. 12-2, al. 2 Règle de procédure familiale).

⁵⁷⁰ A cette réunion d'information, le consultant familial donnent toutes les informations sur ce divorce : Dong-Sub PARK, *Le droit de la famille*, *op. cit.*, p. 431; Hye-Jin LEE, *The requisites for divorce by agreement and judicial proceedings correcting the defects in agreement*, *Legal Dong-A* (n° 47), *Institut de droit d'université de Dong-A*, 2010, p. 334 et s.

⁵⁷¹ L'article 77, alinéa 3 de la Règle du registre de la famille prévoit que la demande en divorce par consentement mutuel est considérée comme l'annulation lors d'une absence dans la réunion d'information générale ou l'autre réunion d'information pour les enfants.

⁵⁷² Le délai de réflexion commence à partir du jour où les époux sont présents à cette réunion : Sang -Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce par consentement mutuel*, *L'étude du droit de la famille II*, *Bobmounsa*, 2006, p. 106 ; Pourtant, selon un autre avis proposé, avant la réforme de divorce de 2007, le délai de réflexion débute à partir du jour où les deux époux ont déposé la requête en divorce au tribunal familial : de commencer le délai de réflexion : Jin KIM, *A study on the better device of divorce system by agreement*, *Étude sur le droit de la famille* (n° 19, vol. 1), *The korean society of family law*, 2005, p. 240 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 240 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 167.

⁵⁷³ En cas d'urgence pour un conjoint, le juge peut réduire ou supprimer ce délai conformément à l'article 836-2, alinéa 2 du Code civil (art. 836-2, al. 3 C.civ.). Ces situations de cas d'urgence ont pour conséquence de rendre le délai habituel de réflexion insupportable, soit psychologiquement, soit physiquement pour l'un des conjoints, justifiant alors son raccourcissement ou sa suppression : Sang-Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce*, *op. cit.* p. 106 ; Mae-Kyung KIM, *Comment va-t-on changer le divorce par consentement mutuel ?*, *art. préc.*, p. 52.

⁵⁷⁴ « Dans l'enquête, 22, 9 % des époux regrettent leur décision impatiente du divorce, de sorte que ce délai d'un mois peut permettre aux époux de réfléchir leur divorce et préparer les conséquences de l'après divorce » : Sang -Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce*, *op. cit.*, p. 106

⁵⁷⁵ « Le délai de réflexion a comme objectif de prévenir le divorce irréfléchi. Cet aspect a été transmis par la loi allemande prévoyant le délai de séparation » : SCHWAB, *Das Recht der Ehescheidung nach dem 1. EheRG : dei scheidungsgruende FamRZ* 1976, S.504 ; Sang-Yong KIM, *Un projet pour la réforme et des lois étrangères à l'égard du divorce par consentement mutuel*, *L'étude du droit de la famille II*, *Bobmounsa*, 2006, p. 122 et s. ; Hye-Jin LEE, *The requisites for divorce by agreement and judicial proceedings correcting the defects in agreement*, *Legal Dong-A* (n° 47), *Institut de droit d'université de Dong-A*, 2010, p. 329 et s. ; Sang-Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce*, *op. cit.*, p. 112.

conseil juridique de la famille, 74, 1 % des sondés ont approuvé l'adoption d'un délai de réflexion⁵⁷⁶.

Même si en première lecture, le délai de réflexion associé à la tenue de la réunion d'information peuvent apparaître comme un facteur de ralentissement de la procédure, ces mesures constituent surtout, dans l'esprit du législateur sud-coréen⁵⁷⁷, une occasion d'envisager sereinement le divorce et l'après divorce⁵⁷⁸ : ce qui signifie en matière de divorce par consentement mutuel du droit sud-coréen, une décision de divorcer en parfaite connaissance de cause et adoption de décisions conformes aux intérêts des enfants⁵⁷⁹.

Une fois de délai de réflexion écoulé, les deux époux doivent comparaître en personne au jour fixé. A ce propos, la loi n'exige pas que le juge les auditionne séparément. Il s'assure alors de la volonté réelle, libre et persistante de chacun des époux pour le divorce.

Ensuite, il examine avec eux la convention relative à l'exercice de l'autorité parentale, du droit de garde des enfants, du droit de visite ainsi que la pension due pour contribuer alors entretien. A cette occasion, il peut demander aux époux de procéder à la modification voire à la suppression de certaines dispositions de la convention. Il peut même modifier d'office si la convention ne préserve pas suffisamment les intérêts des enfants. Si les époux n'acceptent pas la modification suggérée, la demande en divorce sera refusée.

Par ailleurs, il est remarquable qu'une absence des époux à cette comparution n'est pas immédiatement sanctionnée. Exceptionnellement, une seconde comparution peut leur être

⁵⁷⁶ Sur l'adoption de ce délai, ils ont été comparés, les cas des autres pays. La durée de « délai de réflexion » a été en débat : Jin KIM, *art. préc.*, p. 239 et s. ; Young-Ju CHUN et Sung-Hee LEE, *Analyses of experiences of family of origin among the people filing consensual divorce, Korean home management (vol. 24, n° 5)*, 2006, p. 196.

⁵⁷⁷ L'exposé des motifs de la loi de 2007 n'a pas envisagé que l'instauration du délai de réflexion pouvait avoir une incidence sur le taux de divortialité. Après que la loi de 2007 s'est appliquée, le divorce par consentement mutuel n'a pas baissé. En effet, le nombre de divorces n'a pas cessé d'augmenter après l'application de ce délai : Dong-Sub PARK, *Le droit de la famille, op. cit.*, p. 433.

⁵⁷⁸ Jin-Sub CHOI, *L'adoption du délai de réflexion en cas de divorce par consentement mutuel, Journal légal du 1 mars 2005 (n° 3345)* ; Au contraire, « L'efficace du délai de réflexion est sceptique car les époux ne perçoivent que ce délai comme la condition formelle » : Mae-Kyung KIM, *The reform of the procedure of consensual divorce, Étude sur le droit de la famille (n° 20, vol. 3), The korean society of family law*, 2006, p. 9.

⁵⁷⁹ Pendant le délai de réflexion de trois mois, lorsque les époux modifient les modalités ou demandent la révision des modalités au juge, cette convention doit être présentée un mois avant la comparution (art. 837, al. 4 et art. 909, al. 4 C.civ.). Le délai de réflexion permet donc aux époux de modifier les modalités de la convention pour les enfants : Kyung-Gun JEON, *Exécution et estimation de l'entretien de l'enfant, Le ministre de la famille et femme*, 2005, p. 89 et s.

proposée (art. 77, al. 2 Règle du registre de la famille) mais une nouvelle défaillance d'un ou des époux entraîne, cette fois, la caducité de la demande en divorce⁵⁸⁰.

En dernière analyse, ces mesures vont pouvoir contribuer à la dédramatisation de divorce, objectif partagé par les deux systèmes juridiques dès lors qu'elles peuvent permettre de réduire le contentieux après le prononcé du divorce.

§ 2. LA DECISION DU JUGE

Si le juge a acquis la conviction que le consentement des époux n'est pas vicié, et que la convention préserve suffisamment, selon le cas en France ou en Corée du Sud, les intérêts des époux et/ou des enfants, il rend alors une décision.

Selon l'article 250-1 du Code civil français, celle-ci prend la forme d'un jugement par lequel il homologue la convention définitive et prononce le divorce⁵⁸¹. Il est à noter que le juge peut refuser d'homologuer la convention et par voie de conséquence de prononcer le divorce jusqu'à la présentation d'une nouvelle convention (art. 1110, al. 1^{er} CPC) par les époux dans un délai maximum de six mois (art. 250-2 C.civ.)⁵⁸² sous peine de caducité de la demande en divorce⁵⁸³. Pour être tout à fait complet, relevons que la décision

⁵⁸⁰ « À défaut de présence de l'un ou des deux époux, ils seront convoqués un autre jour, de sorte qu'une deuxième fois de comparution est possible à tous les époux demandant le divorce par consentement mutuel » : Sang-Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce*, op. cit., p. 112 ; L'article 77, alinéa 2 de la Règle du registre de la famille prévoit que la demande en divorce par consentement mutuel est annulée après deux absences lors de la comparution.

⁵⁸¹ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, op. cit., p. 57 ; La convention de divorce par consentement mutuel à l'égard des époux, a pour objet de régler l'ensemble des conséquences du divorce sous ses aspects tant personnels que patrimoniaux (F. GRANET et P. HILT, *Droit de la famille*, PUG, 2006, p. 61) ; Cette décision doit constater expressément (Civ. 2^e, 27 mai 1998, *RTD civ.* 1998.661, obs. J. HAUSER ; 24 février 2000, *Dr. fam.* 2000, n° 57, note H. LÉCUYER).

⁵⁸² « Cette position qui ne figurait pas dans l'ancien texte peut poser problème. Que se passera-t-il si les époux présentent une nouvelle convention qui prévoit des conditions ou des garanties différentes de celles demandées par le juge mais qui, bien que autres, paraissent en définitive acceptables au regard de l'intérêt des enfants et de l'intérêt des époux ? » : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, op. cit., p. 63.

⁵⁸³ Le rejet de la demande conjointe s'impose effectivement lorsque le juge constate que la convention ne préserve pas suffisamment les intérêts de chaque époux et des enfants (Paris, 10 octobre 1990, *D.* 1990. IR. 275).

d'ajournement de la convention définitive est susceptible d'appel dans les quinze jours de son prononcé⁵⁸⁴, au motif qu'elle fait grief aux époux (art. 1102 CPC)⁵⁸⁵.

Des nuances doivent être apportées en ce qui concerne aussi bien la forme que le fond de la décision du juge en droit sud-coréen. Certes, comme en France, à l'issue de la comparution des époux au cours de laquelle il a pu vérifier la volonté réelle et libre de ces derniers de divorcer ainsi que la conformité de la convention aux intérêts des enfants, le juge doit rendre une décision⁵⁸⁶. Aux termes de l'article 78 de la Règle du registre de la famille, celle-ci prend la forme d'un certificat de divorce par consentement mutuel⁵⁸⁷. Une fois établi, le juge adresse le certificat au greffe, à charge pour ce service de le transmettre aux époux⁵⁸⁸, résidant en Corée du Sud ou à l'étranger⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ L'appel est formé au nom des époux puisque la poursuite de la procédure suppose que les conjoints persistent dans leur accord. Il suffirait que la volonté commune des époux s'affirme devant la Cour par l'intermédiaire de leur avoué (J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 65).

⁵⁸⁵ Il en résulte que cette ordonnance est susceptible d'appel dans les quinze jours à compter de son prononcé (art. 1102 CPC). Pourtant ce délai est suspendu en cas d'appel (art. 1101 CPC). C'est une menace suffisante pour qu'en pratique les époux amendent le projet initial dans le sens indiqué par le juge, dont il apparaît ainsi que le rôle va au-delà d'une simple fonction d'enregistrement (P. COURBE, *op. cit.*, p. 143).

⁵⁸⁶ Lors de la demande en divorce selon l'article 73 de la Règle du registre de la famille, le juge doit confirmer la volonté de chaque époux dans la comparution (art. 74, al. 1^{er} Règle du registre de la famille).

⁵⁸⁷ Les dispositions de l'article 62 à l'article 65 du Code de procédure familiale réformées en 2010 prévoient que le juge doit rédiger le certificat lors de divorce, que les époux doivent informer le tribunal familial s'il y a un changement dans les modalités de la convention et que l'effet du certificat aboutit à l'exécution forcée. Toutefois, une telle pension alimentaire est une obligation pour un parent qui a le devoir de la verser à l'autre parent qui s'occupe des enfants et elle précède les autres obligations comme l'ordre de saisie : Sang-Yong KIM, *Le déroulement historique du divorce*, *art. préc.*, p. 143 et s. ; Sang-Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce*, *op. cit.*, p. 106 ; Jou-Sou KIM, *Commentaires du Code civil : la famille, L'association du droit administratif et civil*, 2010, p. 467.

⁵⁸⁸ A l'inverse, le certificat d'exécution à l'égard de la contribution des époux à l'entretien et à l'éducation des enfants peut être envoyé par le greffe du tribunal familial lorsque le divorce par consentement mutuel est déclaré à la mairie (art. 78, al. 5 Règle du registre de la famille) : Sang-Yong KIM, *Les quelques controverses du Code civil à l'égard des décisions de l'autorité parentale et de droit de garde des enfants*, *Jurisprudence administrative* (n° 37, vol. 2), *Institut coréen de jurisprudence administrative*, 1996, p. 19.

⁵⁸⁹ Lorsque l'époux résidant à l'étranger demande le divorce par consentement mutuel prévu par l'article 74, alinéa 2 et l'article 75 de la Règle du registre de la famille, le greffe doit envoyer le certificat au président de l'ambassade de la résidence du demandeur (art. 78, al. 4 Règle du registre de la famille) : Jou-Sou JUNG, *Problématique sur la procédure à l'égard de la déclaration du divorce par consentement mutuel par les époux*, *Bub-Jo* (n° 32, vol. 10), 1983, p. 77.

Aux termes des articles 836, alinéa 2 du Code civil et 75 du Code de registre de la famille, l'un ou les deux époux, munis de ce certificat⁵⁹⁰ délivré par le juge, doivent alors procéder à la déclaration du divorce à la mairie⁵⁹¹.

Cette formalité appelle deux précisions. Il résulte d'abord des textes précités que l'initiative d'un seul engage donc les deux époux⁵⁹². On peut éventuellement expliquer la solution comme une conséquence de la volonté concordante de divorcer déjà constatée par l'autorité judiciaire. Ensuite les mêmes textes disposent que le divorce devient définitif au jour de la déclaration à la mairie⁵⁹³.

Dans ces conditions, la nature exacte de l'intervention administrative a laissé perplexes la doctrine⁵⁹⁴. Plus encore qu'un simple contrôle formel portant sur les mentions

⁵⁹⁰ Ce certificat comporte comme mentions : le tribunal familial, le numéro de cas et les noms et prénoms, le numéro de sécurité sociale, résidence de chacun des époux (art. 78, al. 2 Règle du registre de la famille). Il doit être daté et signé par le juge. Il n'indique évidemment pas les faits à l'origine de la demande (art. 73, al. 3 Règle du registre de la famille). L'article 78 de la Règle du registre de la famille prévoit les dispositions sur la forme du certificat du divorce et sur son mode de transmission aux époux par lettre recommandée ; Ce divorce est définitif après que la déclaration à la mairie avec le certificat du divorce ait été faite dans le délai de trois mois à compter du jour du prononcé (La Cour suprême 83m11, 12 juillet 1983).

⁵⁹¹ Gyung-Sook BAE et Kum-Sook CHOI, *Les cours du droit de la famille, Jaeil Bubgyu*, 2006, p. 310 ; À défaut de déclaration, l'annulation du divorce ne produit aucun effet (art. 59, al. 2 Code de procédure familiale) : La Cour suprême 67m34, 27 février 1968 ; Hwa-Suk LEE, *Intention and registration of legal action in family law (La volonté et la déclaration des actes juridiques)*, *Droit privé (n° 36)*, Centre de recherche du droit privé, 2007, p. 624 et s. : « cette déclaration est une condition absolue pour effectuer le prononcé du divorce par consentement mutuel. En revanche, dans les divorces contentieux, la déclaration est une condition complémentaire, de sorte que le divorce contentieux est définitif lors du prononcé du divorce ».

⁵⁹² Même si l'article 836, alinéa 2 prévoit que les époux doivent déclarer leur divorce à la mairie après le prononcé par le juge, depuis 2008, il ne faut le déclarer ni par les deux époux, ni par les deux témoins car le certificat du divorce doit être présenté lors de la déclaration : Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p.168.

⁵⁹³ Autrement dit, d'un point de vue judiciaire, le divorce par consentement mutuel doit être prononcé par le juge. Toutefois, dans une approche individuelle, ce divorce est définitif et valide lorsque les époux déclarent leur divorce grâce au certificat : Jou-Sou KIM, *Commentaires du Code civil : la famille, op. cit.*, p. 165 ; Jou-Sou KIM, *La problématique sur le droit de la famille et le registre, Jurisprudence administrative (n° 14, vol. 4)*, Institut coréen de jurisprudence administrative, *Revue de la jurisprudence, Administration Judiciaire*, 1973, p. 43 et s.

⁵⁹⁴ Hwa-Suk LEE, *Intention and registration of legal action in family law (La volonté et la déclaration des actes juridiques)*, *Droit privé (n° 36)*, Centre de recherche du droit privé, 2007, p. 618 et s. ; Bum-Suk JUNG, *L'obligation forcée de la déclaration du divorce par consentement mutuel, Journal légal du 25 février 1973*, p. 23 et s. : « pourquoi le juge ne décide-t-il pas le divorce par consentement mutuel alors que les divorces contentieux suivent la procédure judiciaire ? Il est paradoxal de donner le pouvoir de la décision du divorce par consentement mutuel aux époux » ; Jou-Sou JUNG, *art. préc.*, p. 81 et s.

obligatoires de la déclaration (art. 74 Code de registre de la famille)⁵⁹⁵, l'intervention de l'officier d'état civil a le même effet qu'un contrôle d'opportunité dans la mesure où elle offre du coup aux époux l'occasion de remettre en cause ce qui a été constaté et décidé par le juge⁵⁹⁶.

Un argument de texte vient confirmer cette interprétation. En effet, selon l'article 836, alinéa 2 du Code civil, l'absence de déclaration à la mairie dans un délai de trois mois à compter de la décision judiciaire aura pour effet d'annuler ladite décision du juge⁵⁹⁷.

Ceci posé, trois possibilités s'offrent à chacun des époux pour remettre en cause la volonté commune de divorcer. D'abord, en s'abstenant tout simplement de faire la déclaration à la mairie dans le délai requis par la loi. Mais, dans le but d'anticiper une éventuelle déclaration de l'autre époux, l'article 80 alinéa 1^{er} et 2 de la Règle du registre de la famille lui permet ensuite de procéder à une rétractation en bonne et due forme, en présentant à cet effet à la mairie, un dossier dit de rétractation⁵⁹⁸. Enfin, de façon plus classique, un époux peut aussi exercer une action en nullité du divorce pour vice du consentement (art. 23 Code de procédure familiale)⁵⁹⁹.

⁵⁹⁵ Sang-Yong KIM, *L'avertissement de renaissance de patriarche, L'étude du droit de la famille I*, Bobmounsa, 2002, p. 225 et s.

⁵⁹⁶ « *Le divorce par consentement mutuel suivait les conditions de fond et de forme du mariage issue de la loi de 1977 : les époux peuvent divorcer aussi librement lors de l'accord sur le principe du divorce que lorsqu'ils se marient volontairement* » : Jou-Sou KIM, *op. cit.*, p. 159 ; Gwang-Hyeon JEONG, *Le nouveau droit de la famille, La presse de l'université de Seoul*, 1967, p. 309.

⁵⁹⁷ Hwa-Suk LEE, *Intention and registration of legal action in family law (La volonté et la déclaration des actes juridiques)*, *Droit privé (n° 36)*, Centre de recherche du droit privé, 2007, p. 624 et s. : « *cette déclaration est une condition absolue pour effectuer le prononcé du divorce par consentement mutuel. En revanche, dans les divorces contentieux, la déclaration est une condition complémentaire, de sorte que le divorce contentieux est définitif lors du prononcé du divorce* ».

⁵⁹⁸ Lorsque l'un ou les deux époux retirent leur consentement sur le divorce avant la déclaration du divorce de l'autre époux, cette rétractation du divorce entraîne la nullité (art. 2, al. 1^{er} Code de procédure familiale et art. 80, al. 2 Règle du registre de la famille) : Jou-Sou KIM, *Droit de la famille en jurisprudence, op. cit.*, p. 122 ; Pourtant, si l'un des époux a déjà déclaré le divorce à l'officier de l'état civil, l'autre époux ne peut pas demander la rétractation de son consentement. Car dans cette situation, la décision du divorce est devenue définitive (Cour suprême 93do2869, 8 février 1994).

⁵⁹⁹ Le divorce demeurera acquis dès lors que la volonté de chaque époux est formellement libre et réelle, quand bien même leur intention, donc leur volonté véritable, était celle de frauder des créanciers ou d'éviter des impôts (la Cour suprême 4293minsag536, 27 avril 1961 ; la Cour suprême 66da2542, 7 février 1976 ; la Cour suprême 93m171, 11 juin 1993) : Jou-Sou JUNG, *art. préc.*, p. 79 ; Le juge a interprété et a estimé qu'il était suffisant que la volonté des époux sur le divorce par consentement mutuel soit réelle lorsque le juge l'a confirmée et qu'il n'a pas à vérifier leur volonté fautive lorsque les deux époux ayant formé ce divorce cachaient leur objectif (la Cour suprême 93mou171, 11 juin 1996) : Sook-Ja KIM, *Le phénomène du divorce pendant les dix années dernières, L'étude sur la femme et la*

D'aucuns ont alors trouvé illogique la possibilité ainsi offerte aux époux de remettre en cause la volonté concordante exprimée devant le juge⁶⁰⁰, au mépris des règles gouvernant les décisions judiciaires⁶⁰¹. S'agissant d'expliquer la solution, l'argument selon lequel le législateur a maintenu la formalité administrative par fidélité au droit antérieur, en l'occurrence la loi du 22 février 1958 prévoyant que le divorce par consentement mutuel ne pouvait être établi que par la déclaration devant l'officier d'état civil, n'est pas satisfaisant⁶⁰².

Serait-ce plus convaincant de dire que ce n'est ni par attachement au passé, ni par inadvertance⁶⁰³ que le droit sud-coréen a préféré maintenir ces solutions discutées et discutables⁶⁰⁴, mais simplement parce que le divorce, de surcroît par consentement mutuel

vie (n° 12), Institut de l'université de Myong-Ji, 2008, p. 4 ; Hye-Shin BANG, *L'étude sur le divorce par consentement mutuel*, art. préc., p. 463 et s. ; L'article 23 du Code de procédure familiale prévoit que cette demande d'annulation du divorce est ouverte à chaque époux, au tuteur (ou curateur) de l'ex-conjoint ainsi qu'aux parentés jusqu'en quatrième degré (la cour suprême 71m34, 28 septembre 1971 ; La cour suprême 76m37, 12 avril 1977. La cour suprême 86m86, 20 janvier 1987) : Dong-Sub PARK, *Le droit de la famille*, op. cit., p. 432 ; Kang-Houn JO, *L'étude de l'acte juridique par les époux du divorce fictif – avec la décision du Tribunal Constitutionnel 96hunma298, 27 mars 1997-*, *Jurisprudence administrative* (n° 47, vol. 5), Institut coréen de jurisprudence administrative, 2006, p. 24 et s.

⁶⁰⁰ Sook-Ja KIM, *Le phénomène du divorce pendant les dix années dernières, L'étude sur la femme et la vie* (n° 12), Institut de l'université de Myong-Ji, 2008, p. 13 ; L'époux ne peut plus retirer son consentement après que l'autre époux le déclare à la mairie (la Cour suprême 2008do 984, 9 juillet 2009 ; le tribunal de Seoul 98de84446, 28 juin 2000 ; la Cour suprême 93do2869, 8 février 1994).

⁶⁰¹ Cette rétractation est critiquée car le changement d'avis de l'époux rend le prononcé du divorce par le juge inutile : Kang-Houn JO, art. préc., p. 20 et s.

⁶⁰² En pratique, 18 % des époux ne déclarent pas leur divorce par consentement mutuel après que le juge le prononce (Young-Ju CHUN et Sung-Hee LEE, *Analyses of experiences of family of origin among the people filing consensual divorce, Korean home management* (vol. 24, n° 5), 2006, p. 195 et s.) ; « *Le maintien de la déclaration du divorce à la mairie n'est qu'un vestige de la loi de 1958* » (Sang-Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce*, op. cit., p. 108) ; Mais il semble que l'intention du législateur ait été de baisser le taux de divorce en laissant aux époux le grand pouvoir de décider leur divorce après que le juge le prononce (Sang-Yong KIM, *Le déroulement historique du divorce*, art. préc., p. 154 et s.).

⁶⁰³ Mae-Kyung KIM, *Comment va-t-on changer le divorce par consentement mutuel ?, Conciliation familiale* (n° 7), *Consultants du tribunal familial de Séoul*, 2005, p. 48 ; Il est douteux que le législateur a fait des erreurs malgré que ces dispositions puissent imposer la nécessité de la comparution devant le juge. Peut-être que le divorce par consentement mutuel est à la période de transition : de l'acte privé ou administrative à l'acte judiciaire.

⁶⁰⁴ Le maintien de la nécessité de faire une déclaration à la mairie après le prononcé du divorce par consentement mutuel par le juge du tribunal familial soulève deux questions. D'une part, celle de la valeur juridique respective du jugement et de la déclaration. D'autre part, celle de la suite à donner lorsque les époux ne procédait pas à la déclaration. En l'absence de réponse à ces deux questions, la doctrine a émis des critiques à l'égard de l'opportunité du maintien de cette déclaration. Peut-on

y est toujours conçu comme un acte privé⁶⁰⁵, où la volonté individuelle des époux l'emporte encore sur toute autre considération, même si des voix s'élèvent pour critiquer la coexistence, jugée néfaste, de l'intervention judiciaire et de l'intervention administrative⁶⁰⁶.

S'il en est ainsi de la décision de divorcer, il faut aussi ajouter que le sort de la convention est également lié à l'accomplissement de cette déclaration administrative⁶⁰⁷. On s'explique alors le silence de la loi sud-coréenne à propos des voies de recours à l'encontre de la convention. Celles-ci n'ont plus de raison d'être dès lors qu'une absence de déclaration ou une rétractation effective du consentement de la part des époux suffisent pour paralyser la procédure⁶⁰⁸.

Toutefois, si la déclaration de divorce a eu lieu, rendant ainsi effectif le divorce et la convention, les articles 837, alinéa 5 du Code civil et 78 de la Règle du registre de la famille disposent que chacun des époux peut toujours demander de réviser les dispositions de la convention homologuée relatives aux enfants en justifiant un changement important dans les ressources et les besoins respectifs des parents et des enfants⁶⁰⁹.

supposer que le défaut de déclaration est une volonté de la part des époux de renoncer au divorce (Mae-Kyung KIM, *Comment va-t-on changer le divorce par consentement mutuel ?*, art. préc., p. 46).

⁶⁰⁵ Sang-Yong KIM, *Le déroulement historique du divorce*, art. préc., p. 154 et s. ; Mae-Kyung KIM, *The reform of the procedure of consensual divorce, Étude sur le droit de la famille (n° 20, vol. 3)*, *The Korean society of family law*, 2006, p. 41 ; Hye-Shin BANG, *L'étude sur le divorce par consentement mutuel, Thèses légales d'Université de Dankook (n° 28)*, Institut d'étude juridique de l'université Dankook, 2004, p. 461 et s.

⁶⁰⁶ Jou-Sou JUNG, art. préc., p. 76 et s. ; Jou-Sou KIM, *L'examen de la déclaration entre le divorce par consentement mutuel et le mariage*, art. préc., p. 48 et s.

⁶⁰⁷ Kang-Houn JO, *L'étude de l'acte juridique par les époux du divorce fictif – avec la décision du Tribunal Constitutionnel 96hunma298, 27 mars 1997-*, *Jurisprudence administrative (n° 47, vol. 5)*, Institut coréen de jurisprudence administrative, 2006, p. 17 et s.

⁶⁰⁸ Si le divorce par consentement mutuel est annulé en raison de vice de consentement, de la volonté forcée ou fraudée ou de la rétractation du consentement, l'appel contre la convention pour les enfants est inutile car les époux ne se séparent pas (Kang-Houn JO, art. préc., p. 19) ; Par ailleurs, il n'existe pas de disposition prévoyant la tierce opposition contre la décision relative au divorce, mais l'article 406 du Code civil peut s'y appliquer. Les créanciers peuvent demander l'annulation de la donation consentie à son débiteur ou la restitution lors de la fraude commise par l'un des époux débiteur avec la complicité de son conjoint dans un délai d'un an après que les créanciers ont pu s'apercevoir de la fraude ou dans un délai de cinq ans après que la fraude ait été commise (Hwa-Suk LEE, *Intention and registration of legal action in family law (La volonté et la déclaration des actes juridiques)*, *Droit privé (n° 36)*, Centre de recherche du droit privé, 2007, p. 613 et s.

⁶⁰⁹ Dès que l'époux présente le certificat portant sur la pension due pour contribuer à l'entretien des enfants, ses modalités commencent à s'exécuter immédiatement (art. 41 Code de procédure familiale) : Soon-Hee JOUNG et Hyun-Jung KIM, *The determinants of child support payments in divorced - mother*

Par comparaison, une fois prononcé le jugement par lequel le juge homologue la convention, deux voies de recours sont ouvertes en droit français⁶¹⁰. Le pourvoi en cassation peut être formé dans les quinze jours à compter du prononcé de la décision (art. 1103 CPC)⁶¹¹.

En revanche, lorsque le jugement d'homologation est passé en force de chose jugée⁶¹², la voie de la cassation est fermée et la convention ne peut plus être annulée, même si un époux invoque l'existence d'un vice du consentement ou d'une lésion lors du partage de la communauté. On explique la solution par le fait que la convention est indissociable du prononcé du divorce lequel ne peut être remis en cause que par le pourvoi en cassation est la tierce-opposition⁶¹³.

La tierce-opposition est une voie de recours extraordinaire qui permet à un tiers, par exemple un créancier des époux, de demander que la décision d'homologuer la convention qui lui porte préjudice, lui soit inopposable. L'action doit être exercée dans l'année qui suit

families, Étude des consommateurs (n° 4, vol. 10), 1999, p. 23 et s. ; Ji-Won KANG, Recent issues on child support enforcement system, Forum santé et bien-être (n° 168), Recherche de santé et de bien-être, 2010, p. 97 et s. ; Sang-Yong KIM, Les quelques controverses du Code civil à l'égard des décisions de l'autorité parentale et de droit de garde des enfants, Jurisprudence administrative (n° 37, vol. 2), Institut coréen de jurisprudence administrative, 1996, p. 20. Dès que l'époux présente le certificat portant sur la pension due pour contribuer à l'entretien des enfants, ses modalités commencent à s'exécuter immédiatement (art. 41 Code de procédure familiale) : Soon-Hee JOUNG et Hyun-Jung KIM, The determinants of child support payments in divorced - mother families, Étude des consommateurs (n° 4, vol. 10), 1999, p. 23 et s. ; Ji-Won KANG, Recent issues on child support enforcement system, Forum santé et bien-être (n° 168), Recherche de santé et de bien-être, 2010, p. 97 et s.

⁶¹⁰ Vivement débattue pendant un temps, la question a été tranchée en faveur de l'action en nullité du partage lésionnaire contenu dans la convention (A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.* p. 215) ; Civ. 2^e, 6 mars 1987, *D.* 1987.358, note GROSLIERE - Civ. 1^{re}, 18 octobre 1994, *Bull. civ.* I n° 292 ; *RTD civ.* 1995. 337, obs. HAUSER – Dans le même sens pour l'action en nullité pour vice du consentement : Civ. 2^e, 13 novembre 1991, *Bull. civ.* II n° 303 – Et pour l'action paulienne d'un créancier : Civ. 2^e, 25 novembre 1999, *Bull. civ.* II n° 177 ; *Deffrénois* 2000.1051, note MASSIP.

⁶¹¹ Le délai de recours courant à compter du jour du prononcé du divorce, il n'est pas nécessaire de fournir une copie d'une signification : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 66.

⁶¹² L'article 255 énumère les principales mesures susceptibles d'être prescrites : recours à la médiation, décision sur les modalités de la résidence séparée des époux, fixation d'une pension alimentaire, désignation d'un notaire ou d'un autre professionnel pour faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux.

⁶¹³ Le juge ne peut homologuer la convention réglant les effets du divorce lorsque l'état liquidatif portant sur un immeuble soumis à publicité foncière est établi seulement sous seing privé (Civ. 2^e, 28 mars 1979, *D.* 1980.297 et *Deffrénois* 1980, art. 32324, note J. MASSIP ; *JCP* 1979.II.19231, note R. LINDON ; *RTD civ* 1980, 557, obs. A. NERSON et R. RUBELLION-DEVICHI).

l'accomplissement des formalités de publicité du jugement de divorce à l'état civil (art. 1104 CPC)⁶¹⁴.

Hormis les voies de recours offertes aux parties et aux tiers, s'est posée la question de savoir si la convention homologuée peut être révisée sans que le divorce en soit remis en cause, notamment en cas de vice de consentement. La question a fait longtemps débat⁶¹⁵, mais la Cour de cassation a finalement tranché : l'indissociabilité de la convention et du prononcé du divorce empêche en principe de revenir sur la convention homologuée, « *hors des cas limitativement prévus par la loi* »⁶¹⁶.

Si la révision de la convention n'est donc pas toujours réalisable, la loi a néanmoins prévu deux exceptions. D'une part, à la demande de l'un des époux ou du ministère public, lequel peut agir à la demande d'un tiers, membre ou non de la famille, la révision des dispositions relatives à l'autorité parentale est autorisée (art. 373-2-13 C.civ.)⁶¹⁷. D'autre part, la révision de la prestation compensatoire est possible, à la demande d'un époux, si une clause en ce sens a été insérée dans la convention homologuée (art. 279, al. 3 C.civ.)⁶¹⁸.

⁶¹⁴ La tierce opposition n'est pas recevable sur le prononcé du divorce, ni sur ses conséquences légales (Civ. 2^e, 7 mars 2002, *RTD civ.* 2002.275, obs. J. HAUSER) ; Il convient de souligner que les créanciers, pour triompher dans leur tierce-opposition, devront prouver non seulement la fraude commise par celui des époux qui est leur débiteur (Civ. 17 mai 1938, *DH* 1938.465, *RTC civ.* 1938.771, obs. G. LAGARDE ; Req. 17 mars 1943, *S.* 1943.I.107 ; *RTD civ.* 1943.251, obs. G. LAGARDE ; Civ. 2^e, 3 juin 1970, *Bull. civ.* II, n^o 196), d'une part, comme le caractère personnel, attitré, de l'action en divorce, d'autre part, conduisent à répondre par la négative (R. PERROT, obs. *RTD civ.* 1981.699 et 1983.199). La complicité de son conjoint puisque la liquidation du régime matrimonial, y compris le versement d'une prestation compensatoire par l'un des époux à l'autre, revêt d'un caractère onéreux (J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 66 et s. ; en ce sens, G. CORNU, *Cours de droit*, t. II, *Droit civil, La famille*, p. 527).

⁶¹⁵ Civ. 2^e, 6 mai 1987, *D.* 1987 ; Civ. 2^e, 13 novembre 1991, *Défrenois* 1992, p. 721 obs. J. MASSIP ; *Bull. civ.* II, n^o 303 ; 18 mars 1992, *Bull. civ.* II, n^o 90 ; *Défrenois* 1993.644, note L. FORGEARD ; « Elle en a déduit l'irrecevabilité d'une action en rescision pour lésion de la convention homologuée » (P. COURBE, *op. cit.*, p. 142) ;

⁶¹⁶ À l'inverse, la Cour de cassation a décidé que l'état liquidatif compris dans la convention homologuée peut être annulé sur le fondement des nullités de la période suspecte, après ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un époux (Civ 1^{re}, 25 janvier 2000, *Bull. civ.* I, n^o 19 ; *D.* 2000. AJ. 103, obs. A. LIENHARD ; *Dr. fam.* 2000, n^o 48, note H. LÉCUYER. Adde : Com. 26 avril 2000, *D.* 2000. AJ. 263, obs. A. LIENHARD).

⁶¹⁷ Dans le même sens, les dispositions de la convention homologuée par le juge quant à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être révisées, à la demande de l'un des époux ou du ministère public sans l'accord du conjoint (art. 373-2-13 C.civ) : P. COURBE, *op. cit.*, p. 141.

⁶¹⁸ Mais l'accord des époux est insuffisant s'il n'est pas soumis à homologation, pour modifier la convention définitive ; Civ 2^e, 11 octobre 1989, *Bull. civ.* II, n^o 168 ; 17 mars 1993, *Bull. civ.* II, n^o 111 ; *Audijuris*

1993, n° 33, p. 8, obs. P. COURBE ; 5 janvier 1994, *Bull. civ. II*, n° 5 ; Audijuris 1994, n° 41-42, p. 13, obs. P. COURBE ; 26 juin 1996, *Bull. civ. II*, n° 184 ; 10 mars 1998, *D.* 1998.601, note J. MASSIP ; *RTD civ* 1998.888, obs. J. HAUSER ; Civ 1^{re}, 11 janvier 2005, *Bull. civ. I*, n° 16 ; Defrénois 2005.1050, obs. J. MASSIP.

CHAPITRE II.

LE DEROULEMENT PROCEDURAL DES AUTRES CAS DE DIVORCE

Deux objectifs majeurs servaient de fondement à la démarche législative, tant en France qu'en Corée du Sud, relativement à la procédure des divorces autres que celui par consentement mutuel.

Il s'agissait, d'une part, de simplifier et d'unifier la procédure. A ce propos, on n'a pas manqué de souligner que la principale nouveauté du dispositif de 2004 en France a été la mise en œuvre d'un droit commun procédural aux divorces pour faute, pour altération définitive du lien conjugal et pour acceptation du principe de la rupture du mariage⁶¹⁹. L'institution d'une procédure unique pour les divorces contentieux, c'est-à-dire le divorce pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal et le divorce pour faute, caractérisait également le droit sud-coréen⁶²⁰.

Il importait, ensuite, d'aboutir à un divorce apaisé⁶²¹. Pour cela, en France comme en Corée du Sud, au démarrage de la procédure, les époux ne doivent pas faire état du fondement de leur demande en divorce. On s'explique aussi qu'au moment de l'audience de conciliation, le juge français comme son homologue sud-coréen assisté d'un comité ad hoc⁶²² vont faire comprendre aux époux qu'ils doivent se rapprocher l'un de l'autre pour parvenir à un accord. Dans cette perspective, n'est-il pas significatif qu'en droit sud-coréen, la requête initiale a pris le nom de « *requête de conciliation* » et que le taux de

⁶¹⁹ A. GOUTTENOIRE, *art. préc.*, p. 550 ; « même s'il est toujours possible de passer d'un des différents cas de divorce contentieux à ce type et si en multipliant les possibilités de faire homologuer par le juge des accords portant sur le règlement des conséquences du divorce, le législateur de 2004 a rapproché de facto et de jure les différents cas de divorce » (P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 261) ; Proposée par la Commission Dekeuwer-Défossez, cette unification de la phase préalable partait du constat que « l'énonciation des griefs, dès la requête initiale, cristallise une atmosphère contentieuse et agressive ». L'époux se sent « personnellement mis en cause et insulté par l'énoncé de griefs outrancièrement grossis pour convaincre le tribunal de l'existence de véritables et graves fautes » ou même par l'exposé dans les mémoires du divorce sur demande acceptée des causes de l'échec du mariage.

⁶²⁰ Gwang-Hyeon JEONG, *Le nouveau droit de la famille, La presse de l'université de Seoul*, 1967, p. 322 ; Sang-Yong KIM, *Réflexion légale et sociale à l'égard de la cause de divorce, op. cit.*, p. 42 et s. ; Kang-Sub JUNG, *Étude de droit sud-coréen de la famille, Presse de l'université de Seoul*, 1967, p. 287 ; Jou-Sou KIM, *Commentaires du Code civil : la famille, L'association du droit administratif et civil*, 2010, p. 321 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *Droit de la famille, Bubmounsa*, 2008, p. 196 et s.

⁶²¹ N. FRICERO, *La simplification des procédures de divorce, La réforme du divorce entre rupture et continuité, Litec*, 2005, p. 19 ; Dong-Sub PARK, *Le droit de la famille, Bakyounsa*, 2009, p. 367.

⁶²² Cf. *Infra*. p. 180 et s.

divorces prononcés au cours de cette audience, en cas d'accord des époux sur le principe et les effets du divorce, est fort élevé⁶²³.

Dans le même sens, afin de favoriser le règlement rapide du contentieux, le droit français prévoit une mesure plus ambitieuse encore, en invitant les époux à se présenter à l'audience, avec un projet de règlement des conséquences du divorce.

Ceci posé, les deux systèmes juridiques ont fait le choix d'un tronc commun procédural divisé en deux phases : une phase préliminaire caractérisée par la recherche de conciliation (Section I), suivie d'une phase contentieuse proprement dit (Section II) afin d'aboutir à un jugement sur le divorce.

⁶²³ Dans la plupart des cas de divorce contentieux, 70-80 % des époux arrivent à la conciliation, arrêtant alors la procédure à la phase de conciliation : Jin-Chul LEE, *L'action en divorce et la conciliation - démolir le mur entre la pratique et la théorie-*, *Gosigé (n° 647)*, 2010, p. 157 et s. ; Même si le taux de la conciliation arrive à 30-40 % des affaires familiales, 70-80 % des époux divorcent par conciliation. Ainsi, la tentative de conciliation est un élément important dans la procédure du divorce contentieux (Sung-Tae KIM, *A study on the present status and improvement plan for family mediation system*, *Thèses légales (n° 20)*, Institut de droit d'université de Soung-Sil, 2008, p. 13).

SECTION I.

LA PHASE DE CONCILIATION

En France comme en Corée du Sud, cette première phase commence de la même manière par le dépôt d'une requête initiale (§ 1). Par contre, le constat doit être un peu plus nuancé concernant l'issue de la mission de conciliation⁶²⁴ (§ 2) assignée au juge.

§ 1. LA REQUETE INITIALE

Il est admis par les deux systèmes juridiques que l'exercice de l'action en divorce appartient exclusivement aux époux. D'emblée, se pose alors le problème de la capacité pour agir, notamment lorsqu'un époux est placé sous un régime de protection juridique.

A ce propos, en France, quand l'un des époux est placé sous en régime de protection juridique, le caractère personnel de l'action a conduit le législateur à adapter quelque peu les règles⁶²⁵, en fonction de la nature de la mesure de la protection et de la position procédurale du majeur protégé.

En cas de curatelle, c'est l'époux lui-même qui agit ou se défend à l'action, mais l'assistance du curateur est requise pour tous les actes de la procédure. En cas de tutelle, dans le cas où le majeur protégé est demandeur au divorce, la requête doit être formée au nom du majeur sous tutelle par son tuteur. Elle doit être accompagnée soit de l'autorisation du conseil de famille, soit de celle du juge des tutelles, à défaut de celle du conseil de famille après avis favorable du médecin traitant. Lorsque le majeur protégé est défendeur au divorce, l'action doit être exercée contre le tuteur si l'époux est sous tutelle ; elle est exercée contre l'époux lui-même s'il est sous curatelle, sachant qu'il sera assisté de son curateur pendant la procédure (art. 249-1 C.civ.).

⁶²⁴ En matière familiale, la force d'attraction de la médiation ne vient pas de la croyance en l'efficacité d'une meilleure méthode, mais de l'adhésion à un objectif qui donne tout son sens à sa conception de la justice et à sa remise en cause du sujet de droit : I. THERY, *Le démariage, justice et vie privée*, Odile Jacob, 1996, p. 354.

⁶²⁵ C'est l'objet des articles 249 et suivants du Code civil, issus de la loi de 2004.

Un tuteur ou curateur spécial doit être nommé en remplacement du conjoint tuteur ou curateur (art. 249-2 C.civ.). Il ne peut effectivement pas jouer à la fois les rôles de demandeur et de défendeur. Si l'action est intentée contre un époux sous sauvegarde de justice, l'ouverture de la tutelle ou de la curatelle s'impose (art. 249-3 C.civ.). Si l'un des époux se trouve placé sous le régime de la sauvegarde de justice, la demande en divorce ne peut être examinée qu'après organisation de la tutelle ou de la curatelle (art. 249-3 C.civ.).

Selon le droit sud-coréen, l'époux sous un régime de protection juridique des majeurs doit être représenté à l'instance par le curateur ou le tuteur (art. 55 Code de procédure civile). La requête en divorce est formée au nom d'un majeur en tutelle avec l'autorisation de son tuteur. Ainsi, l'instance en divorce doit être exercée par le tuteur.

À l'inverse, l'époux sous curatelle formant la requête en conciliation, peut agir ou se défendre lui-même avec l'assistance du curateur (art. 55 Code de procédure civile). La notion d'assistance du curateur est interprétée largement, car en pratique une simple autorisation de ce dernier est nécessaire et suffisante.

Lorsque l'époux demandeur ou défendeur est le tuteur de son conjoint, l'instance en divorce peut être exercée par un tuteur spécial⁶²⁶ avec l'autorisation du conseil de famille en vertu des dispositions générales organisant la tutelle lors des instances civiles⁶²⁷. Le juge doit constater que la demande en divorce n'est pas dirigée par le tuteur, qui ne peut être le conjoint de l'incapable, en prenant en considération toutes les circonstances présumées en cas de l'action du majeur protégé en dépit des dispositions sur la nomination du tuteur spécial⁶²⁸. On constate que sur cette dernière question, le droit sud-coréen présente des similitudes avec le droit français.

Les difficultés liées à la capacité pour agir étant résolues, en France comme en Corée du Sud, la règle est que l'époux qui forme une demande en divorce présente une requête au juge. Ce premier acte procédural appelle deux observations.

⁶²⁶ Quant à un tel vide juridique sur le divorce du majeur protégé, on peut traduire qu'un tuteur spécial doit être nommé en remplacement du conjoint tuteur lorsque celui-ci est son époux : Yen KIM, *Le divorce contentieux et le majeur protégé, Etude sur le droit de la famille*, 14^{ed}, 2000, p. 457.

⁶²⁷ En effet, il n'existe pas de dispositions particulières pour le majeur protégé en cas de divorce.

⁶²⁸ La Cour suprême 87s18, 23 novembre 1987 ; La Cour suprême 2009m639, 29 avril 2010.

D'une part, le dépôt de la requête initiale est fait par avocat en France. Selon le droit sud-coréen, la représentation par avocat n'est pas obligatoire, mais le juge peut demander à l'époux demandeur de se présenter avec son avocat lorsqu'il l'estime nécessaire (art. 7, al. 2 et al. 3 Code de procédure familiale)⁶²⁹. En pratique il est souhaitable que l'époux demandeur présente la requête en conciliation avec l'assistance d'un avocat, bien que celle-ci ne soit pas requise⁶³⁰.

D'autre part, depuis la loi du 26 mai 2004 en France la requête est indifférenciée dans la mesure où la cause du divorce n'est plus mentionnée⁶³¹. De son côté, le droit sud-coréen pose en règle que les époux n'ont pas à révéler le motif du divorce dans cette requête initiale en conciliation (art. 28 Code de conciliation civile)⁶³².

Sur la forme, la requête en conciliation est un document écrit, daté et signé devant contenir : les noms, prénoms et adresses de la résidence du demandeur, du défendeur et de

⁶²⁹ La requête en conciliation peut être formée par l'époux demandeur lui-même ou par l'avocat qui le représente (art. 7, al. 1^{er} Code de procédure familiale). En effet, le demandeur et le défendeur peuvent être assistés par un même avocat à l'audience de conciliation. Mais, à partir de l'instance en divorce, chaque époux doit être assisté par un avocat différent.

⁶³⁰ En cas de divorce par consentement mutuel, les époux doivent passer et faire eux-mêmes toute la procédure de divorce, alors l'assistance d'avocat est exclue. A l'inverse, même s'il n'y a pas de condition obligatoire de la représentation la requête initiale par avocat, la procédure de la conciliation et de la demande l'instance en divorce ne pourra en pratique pas être formée par l'époux lui-même sans un avocat. Malgré des critiques émises par des juristes et au vu de l'avant-projet de loi du 17 novembre 2000, qui est finalement la victime du vide juridique, si la loi n'oblige pas de présenter la requête de conciliation ou une demande civile faite par l'intermédiaire d'un avocat ? (Youn-Hwan SEONG, *A divorce suit and an effect of complaint of adultery*, *Chung-Ang Journal of Legal studies* (n° 9, vol. 2), *La presse de l'université de Chung-Ang*, 2007, p. 189 et s.). La représentation en justice n'est pas obligatoire dans l'instance civile en Corée du Sud. Le projet de la loi du 17 novembre 2000 a finalement supprimé l'obligation d'assistance par l'avocat dans l'instance civile. L'assistance de l'avocat n'est pas obligatoire dans l'action civile, mais cette liberté ne peut pas permettre l'équité et la protection pour le demandeur et le défendeur (Dong-Ryul LEE, *The principle of mandatory representation by attorney in civil litigation - focusing on unadopted draft*, *Justice* (n° 34, vol. 6), 2001, p. 5 et s.).

⁶³¹ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 264 : *À l'origine, le projet de loi prévoyait seulement que l'indication des motifs n'était pas requise, or, le Sénat suivi de l'Assemblée Nationale, ont clairement posé le principe de l'interdiction. « N'y aurait-il pas là une atteinte au principe du contradictoire ? »* ; L'une des nouveautés de la réforme de 2004 réside dans le fait que non seulement la requête en divorce ne doit pas contenir d'indications relatives aux motifs du divorce, mais qu'elle ne doit pas non plus indiquer le fondement juridique de la demande.

⁶³² L'article 840, numéro 1 à 6 du Code civil prévoit les six causes juridiques de la demande en divorce. Selon l'ordre de ce texte, elles concernent : le divorce pour faute (l'adultère, l'abandon avec mauvaise volonté, l'injure d'un conjoint ou de ses parents à l'égard de l'autre, les injures envers les parents d'un conjoint demandeur et l'absence du conjoint pendant plus de 3 ans) prévu par l'article 840, numéro 1 à 5 du Code civil et le divorce pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal prévu par l'article 840, numéro 6 du Code civil fondé sur le divorce-faillite.

l'avocat (en cas de représentation par un avocat), les dates et lieux de naissance de chacun des époux, numéro de sécurité sociale (art. 36 du Code de procédure familiale et art. 5 Code de conciliation civile). Cette requête est accompagnée en annexe de l'acte de mariage et de l'acte de naissance de l'époux demandeur.

Dans les deux systèmes juridiques, l'objectif d'une telle mesure est d'apaiser l'audience de conciliation puisque les faits à l'origine de la demande n'apparaissent pas dans la requête et ne seront donc pas discutés.

Il convient toutefois de noter que l'interdiction faite aux époux de ne pas mentionner dans cette requête initiale les motifs du divorce, n'empêche pas les conjoints de porter à la connaissance du juge tous les éléments de nature à compléter leur demande au titre des mesures urgentes.

En effet, selon le droit français, lors du dépôt de la requête initiale en divorce, l'époux peut demander au juge aux affaires familiales qu'il prescrive des mesures d'urgence destinées à être exécutées avant la mise en place des mesures provisoires prises dans le cadre de l'ordonnance de non-conciliation. Il s'agit de mesures prises après le dépôt de la requête initiale en divorce comme celles autorisant l'époux demandeur à résider séparément, s'il y a lieu avec les enfants mineurs, ou plus généralement de toutes mesures conservatoires pour la garantie des droits d'un époux, telles que l'opposition de scellés sur les biens communs (art. 257 C.civ.)⁶³³. Les mesures urgentes prises en application des dispositions de l'article 220-1 du Code civil demeurent applicables dès lors que l'un des époux met en péril les intérêts de la famille.

Le législateur français de 2004 a souhaité pacifier la procédure et pris le parti de la neutralité de la requête initiale afin d'éviter d'envenimer les conflits et d'autoriser toutes les évolutions⁶³⁴.

⁶³³ Le juge aux affaires familiales peut ainsi prescrire des mesures conservatoires destinées à garantir les droits de l'un des époux telles que la désignation d'un séquestre relatif à un prix de vente d'un bien ou encore la nomination d'un administrateur judiciaire : M. LALOUBIÈRE, *La nouvelle procédure de divorce (2^e partie), Les mesures urgentes*, AJF Janvier 2005, p. 8 ; S'il y a lieu, le juge prescrit ces mesures d'urgence dans le cadre d'une ordonnance qui ne peut faire l'objet d'aucun recours (art. 1107, al. 3 CPC).

⁶³⁴ Selon l'article 251 du Code civil, l'époux qui forme une demande en divorce présente au juge une requête par avocat sans indiquer les motifs du divorce. La requête initiale n'indique ni le fondement juridique de la demande en divorce, ni les faits à l'origine de celle-ci : cette requête initiale doit être neutre (art. 1106 CPC).

Le législateur sud-coréen, quant à lui, est même allé jusqu'à donner à cette requête le nom de « *requête de conciliation* », ce qui laisse présager de l'esprit dans lequel doit se dérouler la prochaine étape de la procédure.

§ 2. LA TENTATIVE DE CONCILIATION

Par principe, l'audience de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire. L'unanimité est acquise sur ce point dans les deux systèmes juridiques (art. 252 C.civ. français et art. 2, al. 1^{er} et art. 50, al. 1^{er} Code de procédure familiale sud-coréen). Néanmoins, il faut réserver le cas où, en droit sud-coréen, l'époux demandeur fonde sa demande sur l'article 840, numéro 5 du Code civil en raison de l'absence de l'époux pendant plus de trois ans, ce qui pratiquement, constitue un cas d'empêchement pour l'organisation de l'audience de conciliation⁶³⁵.

De même, l'accord est réalisé autour de l'objectif de la conciliation. Il ne s'agit plus, comme autrefois, de tenter de dissuader les époux d'utiliser la voie du divorce. Désormais, en France comme en Corée du Sud, elle vise à inciter les époux à la préparation consensuelle et responsable des conséquences du divorce. Plusieurs indices permettent d'étayer cette affirmation⁶³⁶.

Ainsi en France, la nouvelle rédaction de l'article 252 du Code civil est révélatrice des changements intervenus : « *concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur les conséquences* »⁶³⁷.

⁶³⁵ Cette cause est mise en question à l'égard de la nécessité d'existence car l'époux demande très rarement ce type de divorce. En effet, 0, 86 % des époux ont demandé le divorce pour l'absence pendant plus de trois ans en 2006. En effet, il est douteux que ce divorce pour faute fondé sur l'article 840, numéro 5 du Code civil ait l'intérêt pour l'époux survivant à propos de la dissolution du lien conjugal : Myung-Soo CHOI, *Causes of a judicial divorce, -centering around Pusan, Ulsan, and Kyungnam Area-*, *Legal de Kyung-Sung* (n° 16, vol. 1), Centre de recherche judiciaire d'université de Kyung-Sung, 2007, p. 195.

⁶³⁶ Les différences entre la médiation et la conciliation demeurent comme toutes, théoriques. La conciliation consiste à élaborer une décision et à recueillir l'assentiment des plaideurs et la médiation est d'aider les deux parties à élaborer elles-mêmes un accord. En revanche, d'un point de vue pratique, il est évidemment plus difficile de déterminer la frontière entre les deux notions et leurs rôles : Sang-Yong KIM, *Réflexion socio-légale sur les causes de l'augmentation des taux de divorce*, *op. cit.*, p. 35 et s. ; J. MASSIP, *Chronique de jurisprudence civile générale : Conflit de juridiction*, *Deffrénois* (n° 22), 2006, p. 1767 et s.

⁶³⁷ V. LECLERCQ, *La médiation familiale dans la loi du 26 mai 2004*, *Dr. famille* (n° 23), 2004 ; Toutefois, l'article 253 du Code civil prévoit que les époux ne peuvent accepter le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce accepté sur le fondement de l'article 233 que s'ils sont chacun assistés par un avocat (A. GOUTTENOIR, *art. préc.*, p. 550).

En Corée du Sud, l'objectif ainsi renouvelé de la conciliation est aussi consacré par différents textes juridiques⁶³⁸. Mieux, un comité ad hoc⁶³⁹ a été institué. Celui-ci est composé du juge et de deux médiateurs familiaux⁶⁴⁰, des personnalités ayant une expérience reconnue en matière de droit de la famille et dans le domaine de la psychologie (art. 10 Code de conciliation civile et art. 53, al. 1^{er} Code de procédure familiale)⁶⁴¹. Les deux époux peuvent d'ailleurs demander la désignation d'un médiateur familial de leur choix (art. 10-2 Code de conciliation civile)⁶⁴². Pour mieux apprécier la situation réelle des époux et parvenir à un règlement satisfaisant des conséquences du divorce sur les époux et leurs enfants, le juge sud-coréen peut d'office demander à un enquêteur du tribunal familial de collecter toutes les informations utiles (art. 17, art. 56 Code de procédure familiale et art. 22 Code de conciliation civile)⁶⁴³.

Le recours à la médiation familiale est aussi préconisé par le droit français⁶⁴⁴. Si les époux, ou l'un d'entre eux, se révèlent, en effet, récalcitrants à parvenir à un accord sur les

⁶³⁸ La loi n° 4300 du 31 décembre 1990 a institué la conciliation durant la procédure du divorce contentieux dans le Code de procédure familiale et le Code de conciliation civile a été indépendamment séparé, par la loi n° 9417 du 26 février 2009, du Code de procédure civile : Jin-Chul LEE, *L'action en divorce et la conciliation - démolir le mur entre la pratique et la théorie-*, Gosigé (n° 647), 2010, p. 153 et s.

⁶³⁹ Dans la procédure civile, toutes les actions civiles doivent passer l'étape de tentative de conciliation opérée par le « comité de conciliation ».

⁶⁴⁰ Le juge et les deux médiateurs familiaux exercent le même pouvoir sur la conciliation (art. 7, al. 4 Code de conciliation civile), mais la procédure de conciliation est dirigée par le juge (art. 11 Code de conciliation civile). L'article 12 du Code de conciliation civile prévoit la rémunération du consultant familial, laquelle est fixée par Gouvernement. En effet, la rémunération des médiateurs du comité de conciliation et des consultants familiaux est fixée par le Gouvernement selon la Règle de la Cour suprême ; La conciliation dans la procédure du divorce permet aux époux de communiquer avant l'instance : Bae-Hee GWAK, *Le droit de la famille, c'est le départ, La nouvelle famille* (n° 452), *Institut de la nouvelle famille*, 1994, p. 89 et s.

⁶⁴¹ Le mandat d'un membre du comité de conciliation est de deux ans (art. 10, al. 2 Code de conciliation civile). Dans la plupart de cas, le médiateur familial a une expérience en tant qu'avocat, juge, professeur ou consultant en droit de la famille : Sang -Yong KIM, *Une solution pour la réforme du divorce par consentement mutuel*, *op. cit.*, p. 150.

⁶⁴² En principe, l'audience de tentative de conciliation a lieu au tribunal familial, mais le cas échéant le juge peut tenter de concilier les époux hors du tribunal si la situation le rend nécessaire (art. 19 Code de conciliation civile).

⁶⁴³ Jae-Moon KWON, *The origin and problem of §17 of the act on procedure concerning family relations and domestic affair, Étude légale et historique* (n° 29), *Recherche de droit et d'histoire*, 2004, p. 251 et s. : L'article 17 du Code de procédure familiale précise que les affaires classifiées comme Ga et Na sont obligées d'appliquer le principe de l'enquête d'office. Selon leur caractère, les affaires familiales sont classifiées en cinq cas : Ga, Na, Da, La, et Ma (art. 2 Code de procédure familiale).

⁶⁴⁴ « *La médiation familiale, nouvel outil commun, vient précisément faire lien entre le dénouement apaisé nécessaire et le maintien souhaité pour l'avenir. A cet égard, il faut saluer la consécration par la loi du 26 mai 2004 des méthodes alternatives de résolution des conflits dans le procès civil du divorce, et plus*

conséquences de leur séparation, une rencontre avec un médiateur familial leur est proposée (art. 255 C.civ.)⁶⁴⁵. Il faut aussitôt observer qu'il s'agit là d'une transposition d'un dispositif mis en place en matière d'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002.

Par ailleurs, comme il peut s'écouler un temps plus ou moins long entre le début de la procédure et le prononcé du divorce, le législateur français a saisi l'occasion offerte par l'audience de conciliation pour autoriser le juge à prendre des mesures provisoires. Dans ce sens, il peut statuer sur les modalités de la résidence séparée des époux (art. 255, 4^o C.civ.)⁶⁴⁶. Sur les relations patrimoniales des époux pendant l'instance, il peut décider le versement d'une pension alimentaire en fonction des besoins et des ressources des époux. A l'égard des enfants, il peut fixer les modalités d'exercice de l'autorité parentale (art. 256 C.civ.).

Par comparaison, on peut regretter l'absence de dispositions relatives à ces mesures provisoires en droit sud-coréen, eu égard aux conséquences parfois importantes sur la situation des enfants et des époux durant la procédure de divorce contentieux⁶⁴⁷. Cette déficience n'est pas atténuée par le fait qu'au moment du dépôt de la requête auprès du tribunal familial, les époux sont en pratique majoritairement déjà séparés de fait⁶⁴⁸.

Par ailleurs la mission principale confiée au juge consistant à faire parvenir les parties à un accord emporte deux conséquences.

largement dans le procès familial » : C. LIENHARD, *La nouvelle procédure de divorce*, *AJ Famille* 2004, p. 208 et s.

⁶⁴⁵ L'article 255 du Code civil donne une liste non limitative de dix exemples de mesures provisoires.

⁶⁴⁶ La date fixant la résidence séparée des époux est néanmoins importante et doit être indiquée dans l'ordonnance de non-conciliation. La loi du 26 mai 2004 a supprimé le délai de viduité qui ne correspondait plus à l'état de la société, plus tolérant à l'égard des concubinages, et qui n'apparaissait guère utile en pratique dans la mesure où il pouvait être contrecarré par la production d'un certificat médical établissant que la femme n'était pas en état de grossesse (art. 228, al. 2 C.civ.). Cette date de résidence séparée conserve son intérêt à l'égard de la présomption de paternité qui ne s'applique pas à l'enfant né plus de trois cents jours après l'ordonnance autorisant les époux à résider séparément, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation (art. 313, al. 2 C.civ.).

⁶⁴⁷ Il semble que ce manque de règles peut être lié à l'indifférence des juristes et des législateurs ou encore en raison des demandes minoritaires de divorce contentieux comparativement au divorce par consentement mutuel (environ 87 % des époux divorcés).

⁶⁴⁸ En dépit de l'absence de dispositions sur les mesures provisoires, lorsqu'une requête de conciliation était déposée au tribunal familial, en majorité les époux étaient déjà séparés de fait : Jin-Chul LEE, *L'action en divorce et la conciliation - démolir le mur entre la pratique et la théorie-*, *Gosigé* (n° 647), 2010, p. 153 et s.

D'une part, l'audience de conciliation suppose donc la présence effective des époux. Toutefois, en droit français si l'époux défendeur ne comparait pas ou s'il est hors d'état de manifester sa volonté, le juge doit alors s'entretenir avec le seul demandeur. Il en résulte que cette absence, quelle que soit la cause, ne suffit pas à elle seule, à paralyser la procédure.

Une solution semblable est retenue par le droit sud-coréen : le fait que l'époux défendeur ne se présente pas à l'audience de conciliation (art. 32 Code de conciliation civile) n'empêche pas le juge de rendre une ordonnance de conciliation. Mais il faut aussitôt ajouter que l'époux défendeur défaillant peut contester cette ordonnance dans un délai de deux semaines (art. 36, al. 1^{er}, n° 3 Code de conciliation civile).

D'autre part, c'est au moment de la conciliation que le juge, en droit français, peut tenter de convaincre les époux d'utiliser la voie du divorce accepté. L'article 233 du Code civil précise, à cet effet, que les acceptations consignées dans le procès verbal ne sont plus susceptibles de rétractation, même par la voie de l'appel.

Cette issue allant dans le sens d'une procédure apaisée est encore plus marquée en droit sud-coréen⁶⁴⁹. En effet, si, à l'audience de conciliation, le juge constate l'accord des époux sur le principe du divorce et les intérêts des enfants mineurs, il rend une ordonnance de conciliation (art. 59, al. 2 Code de procédure familiale) qui fait acte de décision pour un divorce par conciliation⁶⁵⁰. La procédure du divorce s'arrête alors à cette phase de conciliation en tant que divorce par conciliation⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ Le comité de conciliation constitué par un juge et deux membres, tente de faire parvenir les deux époux à un accord tant sur le principe du divorce que sur les conséquences pour les enfants mineurs à l'égard de l'autorité parentale, de la garde des enfants, des modalités d'exercice du droit de visite, et de leur éducation (art. 58 Code de procédure familiale).

⁶⁵⁰ En pratique, le divorce par conciliation est prononcé de plus en plus. Les nombres d'affaires familiales qui se terminent en conciliation augmentent chaque année : 3279 (27, 9 %) en 2003, 3612 (28, 5 %) en 2004, 3629 (30, 1 %) en 2005, 3994 (30, 5 %) en 2006, 4866 (31, 2 %) en 2007, et 1217 (35, 2 %) de janvier à mars 2008 selon le tribunal familial de Seoul : Sung-Tae KIM, *A study on the present status and improvement plan for family mediation system, Thèses légales (n° 20), Institut de droit d'université de Soung-Sil*, 2008, p. 3 ; Le divorce par conciliation doit être écrit et annexé à l'issue de l'audience de conciliation (art. 28 C.civ.) ; Dans la plupart des cas du divorce contentieux, les époux n'accèdent pas à l'instance en divorce (Jin-Chul LEE, *L'action en divorce et la conciliation - démolir le mur entre la pratique et la théorie-*, Gosigé (n° 647), 2010, p. 156 et s.).

⁶⁵¹ Jin-Chul LEE, *L'action en divorce et la conciliation - démolir le mur entre la pratique et la théorie-*, Gosigé (n° 647), 2010, p. 158 : « Dans le cas de divorce contentieux, beaucoup d'époux arrêtent leur procédure en s'accordant sur le divorce et sur les effets dans la phase de conciliation. Toutefois, le rôle de comité de conciliation est important à l'égard du divorce par conciliation ».

En revanche, en l'absence d'accord entre les époux, le juge rend une ordonnance de non-conciliation permettant à ces derniers d'introduire l'instance en divorce dans un délai de deux semaines (art. 49 Code de procédure familiale et art. 36, al. 1^{er} Code de conciliation civile)⁶⁵².

⁶⁵² L'article 36 du Code de conciliation civile prévoit une demande en divorce non seulement lors de l'ordonnance de non-conciliation (art. 27 Code de conciliation civile), mais aussi lors de la décision de renonciation de tentative de conciliation en cas de l'absence plus de trois ans (art. 26 Code de conciliation civile), ou lors de la contestation de l'ordonnance de conciliation en cas de l'absence du défendeur à l'audience de conciliation (art. 32 Code de conciliation civile).

SECTION II.

LA PHASE CONTENTIEUSE

L'instance en divorce représente la deuxième phase du divorce contentieux. Cette phase de jugement suit en principe les règles procédurales civiles lorsqu'aucune disposition spécifique ne vient y déroger selon l'article 1114 du Code de procédure civile en France, et en vertu de l'article 12 du Code de procédure familiale en Corée du Sud.

En France, depuis la loi du 8 janvier 1993, le juge aux affaires familiales a vu sa compétence élargie à la phase contentieuse du divorce. Il a toutefois la possibilité de renvoyer l'affaire à une audience collégiale du tribunal : ce renvoi est de droit à la demande d'une partie (art. 228, al. 3 C.civ.)⁶⁵³.

En Corée du Sud, depuis la loi n° 1373 du 31 juillet 1963⁶⁵⁴, le tribunal familial est séparé du tribunal régional⁶⁵⁵ et le juge du tribunal familial est compétent à propos des affaires familiales prévues par le Code civil (art. 767 à art. 1118 C.civ.), le Code de procédure civile, et le Code de procédure familiale⁶⁵⁶.

Le juge compétent étant identifié dans les deux systèmes juridiques, l'ordonnance de non-conciliation autorise les époux à introduire l'instance (§ 1), dont il convient d'étudier le déroulement jusqu'à la décision de divorce (§ 2).

§ 1. L'INTRODUCTION DE L'INSTANCE

En France, l'instance peut être introduite par voie d'assignation à l'initiative du seul époux demandeur ou par requête conjointe, ce qui suppose que les époux forment une

⁶⁵³ P. COURBE, *op. cit.*, p. 179.

⁶⁵⁴ Elle désigne le Code de composition du tribunal. Les articles 37, 38, 39, et 40 du Code de composition du tribunal prévoient la composition et le renvoi de l'affaire à une audience collégiale du tribunal.

⁶⁵⁵ Ainsi, le tribunal familial a la même compétence avec le tribunal régional (c'est-à-dire, le tribunal de grande instance en France).

⁶⁵⁶ Le tribunal familial est seul compétent pour les affaires familiales prévues par l'article 2 du Code de procédure familiale.

demande de divorce accepté⁶⁵⁷. Il est à noter que l'époux qui n'était pas demandeur au divorce peut aussi former une demande reconventionnelle.

Si le souci d'apaisement au travers de la procédure est partagé par les deux systèmes juridiques, la comparaison des législations révèle des différences plus ou moins significatives, s'agissant des conditions de recevabilité de la demande (A), concernant la possibilité offerte aux époux de passer de l'une à l'autre des procédures (B), et enfin relativement au pouvoir d'information reconnu au juge (C) avant de prononcer le divorce.

A. LES CONDITIONS DE RECEVABILITE DE LA DEMANDE EN DIVORCE

Cette introduction de l'instance est naturellement soumise à des conditions de délai. Ainsi, en France, la règle est que pendant les trois mois suivant le prononcé de l'ordonnance de non-conciliation, seul l'époux qui a présenté la requête initiale peut assigner (art. 1113 CPC). A l'expiration de ce délai, cette faculté est ouverte à l'époux le plus diligent. En tout cas, l'assignation en divorce doit être délivrée dans un délai maximum de trente mois après l'ordonnance de non-conciliation (art. 1113 CPC).

Par comparaison, il est prévu en droit sud-coréen que l'époux demandeur peut former une demande en divorce dans un délai de deux semaines à compter de l'ordonnance de non-conciliation (art. 49 Code de procédure familiale et art. 36, al. 1^{er} Code de conciliation civile)⁶⁵⁸.

A peine d'irrecevabilité, la demande ne peut être fondée que sur un seul des cas prévus à l'article 229 du Code civil en droit français. En application du principe posé par le décret du 29 octobre 2004, l'époux demandeur a un choix absolu, mais celui-ci ne peut porter que sur un seul fondement et l'application d'un autre cas de divorce ne pouvait pas être demandée subsidiairement (art. 1077 CPC)⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ En effet, l'époux demandeur ne peut présenter une demande subsidiaire fondée sur un autre cas ni, sauf exceptions, modifier en cours d'instance le fondement de la demande : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 86.

⁶⁵⁸ L'article 36 du Code de conciliation civile prévoit une demande en divorce lors de l'ordonnance de non-conciliation, de la décision de renonciation de tentative de conciliation en cas de l'absence plus de trois ans, ou de la contestation de l'ordonnance de conciliation en cas de l'absence du défendeur à l'audience de conciliation.

⁶⁵⁹ Lorsqu'un époux a présenté une demande en divorce, il peut en tout état de cause, et même en appel, lui substituer une demande en séparation de corps (art. 1076 CPC). Mais, l'époux qui a formé une

Par comparaison, aucune disposition légale n'indique en droit sud-coréen, en matière de divorce pour faute, de limiter le fondement de la demande sur une seule des six causes énumérées par l'article 840 du Code civil. Même si chaque cause prévue à l'article 840 du Code civil est un motif indépendant susceptible de fonder une demande en divorce, il est permis à l'époux demandeur d'indiquer plusieurs causes. Et la jurisprudence de préciser que le juge doit apprécier et examiner toutes les causes indiquées dans la demande en divorce⁶⁶⁰.

Par ailleurs, en droit français, la recevabilité de la demande introductive d'instance est aussi subordonnée à la production d'une proposition de règlement des conséquences patrimoniales et extra-patrimoniales du divorce.

Cette condition implique que le demandeur au divorce doit donc, à ce stade de la procédure, avoir une idée assez précise de ce qu'il souhaite pour les différents aspects des effets du divorce, tel que le partage de la communauté ou éventuellement les demandes ou les propositions au titre de la prestation compensatoire.

Selon le droit sud-coréen, la demande introductive d'instance peut comporter une demande de la répartition des biens concernant les intérêts pécuniaires et patrimoniaux. En revanche, contrairement au droit français il s'agit là d'une simple éventualité et non une condition de la recevabilité de la demande.

Si le fondement de la demande en divorce est ainsi précisé dès l'introduction de l'instance, la question se pose de savoir s'il est possible de le modifier pendant le cours de l'instance.

B. LES MODIFICATIONS DU FONDEMENT DE LA DEMANDE EN DIVORCE

Sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, il existait en France autant de procédures que de cas de divorce, en dépit de l'existence de règles communes. De cette diversité, il en est résulté le principe du cloisonnement des procédures faisant obstacle à la possibilité de

demande en séparation de corps ne peut lui substituer une demande en divorce. Les demandes concurrentes en divorce et en séparation de corps peuvent être toutes deux fondées sur la faute.

⁶⁶⁰ La Cour suprême 62da812, 31 janvier 1963 ; la Cour suprême 99m1886, 5 septembre 2000 ; la loi coréenne ne permet pas de modifier le fondement de la demande en divorce : Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 197.

passer de l'une à l'autre sans être obligé de reprendre la procédure depuis le début. Ce système a été abandonné. Les époux peuvent désormais, à tout moment de la procédure, changer de type de divorce en ayant recours au système dit de passerelle.

Dans cette perspective l'une des principales innovations de la loi du 26 mai 2004 est l'élargissement des passerelles entre les différents cas de divorce afin d'inciter les époux à s'accorder au moins sur le principe du divorce.

Selon l'article 247 du Code civil, les époux peuvent, à tout moment de la procédure, demander au juge de constater leur accord pour pouvoir prononcer leur divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci⁶⁶¹. Il est donc toujours possible de passer de l'un des trois divorces contentieux au divorce par consentement mutuel, même en cause d'appel. D'autre part, les époux peuvent également demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage lorsque le divorce aura été demandé pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute (art. 247-1 C.civ.).

Si, dans le cadre d'une instance introduite pour altération définitive du lien conjugal, le défendeur demande reconventionnellement le divorce pour faute, le demandeur peut invoquer les fautes de son conjoint pour modifier le fondement de sa demande (art. 247-2 C.civ.).

A la différence du système français, la possibilité de modifier le fondement de la demande en cours d'instance n'est pas admise par le droit sud-coréen. La solution trouve sa raison d'être dans le fait que, dès l'introduction de l'instance, la loi en Corée du Sud autorise les époux à présenter leur demande de divorce assortie de plusieurs fondements.

Si les deux systèmes juridiques n'offrent pas aux parties la même possibilité pour modifier le fondement de leur demande, en revanche, le droit français et le droit sud-coréen se rejoignent pour reconnaître au juge un pouvoir d'information afin que ce dernier puisse examiner le bien fondé de la demande en divorce.

⁶⁶¹ A. GOUTTENOIRE, *art. préc.*, p. 548 et s. : « Cette passerelle a été élargie par la loi nouvelle et peut intervenir à tout moment de la procédure, même si une décision au fond a été rendue, ce qui permet de l'utiliser lors de la procédure d'appel. Il faut établir une convention réglant toutes les conséquences du divorce et la faire homologuer par le juge ».

C. LE POUVOIR D'INFORMATION DU JUGE

Nonobstant le principe de la liberté de la preuve selon lequel, dans les deux systèmes juridiques, les faits invoqués, en tant que causes de divorce ou comme défense à une demande, peuvent être établis par tous les moyens de preuve (art. 259 et 262-1, al 1^{er} C.civ. français et art. 156 du Code de procédure civile sud-coréen), les législateurs français et sud-coréen ont estimé indispensable de reconnaître au juge un pouvoir d'information pour lui permettre de réunir tous les renseignements nécessaires et utiles pour rendre sa décision.

À l'égard des conséquences pour les époux et pour les enfants, la loi confère au juge des pouvoirs particuliers, en lui permettant de faire injonction de produire certains documents aux époux (art. 1075-2 CPC) et même d'obtenir lui-même des renseignements de tiers nonobstant le secret professionnel (art. 259-3 C.civ.)⁶⁶².

Relativement à la consistance du patrimoine, chaque époux doit communiquer à l'autre partie et au juge tous les renseignements utiles afin de fixer les prestations et pensions et liquider le régime matrimonial (art. 259-3, al. 1^{er} C.civ.)⁶⁶³. Par ailleurs, le juge peut faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse lui être opposé (art. 259-3, al. 2 C.civ.).

À l'occasion de l'action en divorce, le juge aux affaires familiales est amené à fixer les modalités d'exercice de l'autorité parentale à l'égard des enfants. Pour déterminer les intérêts des enfants, le juge dispose alors de la faculté de donner mission à toute personne qualifiée d'effectuer une enquête sociale dans le but de recueillir des renseignements sur la situation de la famille et les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants (art. 373-2-12 C.civ.).

⁶⁶² A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 233.

⁶⁶³ Les époux doivent, à la demande du juge, justifier de leurs charges et ressources, notamment par la production de déclarations de revenus, d'avis d'imposition et de bordereaux de situation fiscale. Ils doivent également, à sa demande, produire les pièces justificatives relatives à leur patrimoine et leurs conditions de vie, en complément de la déclaration sur l'honneur permettant la fixation de la prestation compensatoire (1075-2 CPC).

Sans préjudice de toute autre mesure d'instruction et sous réserve des dispositions prévues au troisième alinéa de l'article 373-2-12 du Code civil, le juge peut, même d'office, ordonner une enquête sociale s'il s'estime insuffisamment informé par les éléments dont il dispose (art. 1072, al. 1^{er} CPC). L'enquête sociale porte sur la situation de la famille ainsi que, le cas échéant, sur les possibilités de réalisation du projet des parents ou de l'un d'eux quant aux modalités d'exercice de l'autorité parentale (art. 1072, al. 2 CPC). Elle donne lieu à un rapport où sont consignées les constatations faites par l'enquêteur et les solutions proposées par lui (art. 1072, al. 3 CPC). Le juge donne communication du rapport aux parties en leur fixant un délai dans lequel elles auront la faculté de demander un complément d'enquête ou une nouvelle enquête (art. 1072, al. 4 CPC).

S'agissant du droit sud-coréen, nous avons vu⁶⁶⁴ qu'il est possible au juge de faire appel à un enquêteur du tribunal familial avant la tentative de conciliation pour rechercher toutes les données pouvant intéresser le règlement du divorce et ses conséquences sur les époux et leurs enfants.

De plus, l'article 17 du Code de procédure civile permet au juge de demander de rechercher des preuves ou faits indiqués ou non-indiqués, c'est-à-dire, toutes les circonstances et informations concernant une demande en divorce, s'il l'estime nécessaire⁶⁶⁵.

En outre, le juge peut convoquer tous les tiers intéressés à l'instance en divorce et peut les interroger sur les faits. Il faut préciser qu'en droit sud-coréen ce principe d'enquête d'office par le juge a vocation à s'appliquer non seulement aux affaires familiales mais aussi à toutes les affaires civiles⁶⁶⁶.

Il s'agit notamment de l'examen de toutes les circonstances, informations et faits indiqués ou non-indiqués qui concernent la requête de conciliation. Il peut s'agir de toute

⁶⁶⁴ Cf. Supra. p. 180 et s.

⁶⁶⁵ Jae-Moon KWON, *The origin and problem of §17 of the act on procedure concerning family relations and domestic affair, Étude légale et historique (n° 29), Recherche de droit et d'histoire*, 2004, p. 266.

⁶⁶⁶ Sung-Tae KIM, *A study on the present status and improvement plan for family mediation system, Thèses légales (n° 20), Institut de droit d'université de Soung-Sil*, 2008, p. 3 et s. : La procédure familiale classifie cinq sortes des affaires familiales : Ga, Na, Da, La, et Ma. « Ga » et « Na » obligent notamment le juge de faire enquête pour chercher des preuves ou faits.

donnée, aussi bien à caractère professionnel (la profession, la carrière, les diplômes, etc.), qu'à caractère patrimonial (biens, dettes), ou à caractère personnel (état de santé, charge d'enfant mineur) et enfin les faits à l'origine du divorce⁶⁶⁷. Les enquêteurs doivent rendre un rapport sur ces informations à la demande du juge ou du médiateur dans un délai de deux mois (art. 10 Règle de procédure familiale). Les enquêteurs doivent aussi mentionner dans leur rapport les méthodes, résultats et avis sur l'affaire familiale (art. 11, al. 1^{er} et al. 2 Règle de procédure familiale). Ils doivent noter l'avis lorsqu'il est nécessaire de l'aide du consultant familial (art. 11, al. 3 Règle de procédure familiale).

S'ils l'estiment nécessaire, le juge et les médiateurs du comité de conciliation peuvent demander, d'office ou par le biais de l'enquêteur, tous éléments ou toutes informations personnelles sur les époux à la police, aux services administratifs, ou aux tiers (art. 8 Code de procédure familiale)⁶⁶⁸. Enfin, s'ils le trouvent utile, le juge ainsi que les médiateurs peuvent proposer aux époux de rencontrer un consultant familial (art. 12-2, al. 1^{er} Règle de procédure familiale)⁶⁶⁹.

Toutes les informations ainsi recueillies doivent contribuer à la prise d'une décision par le juge.

§ 2. LE JUGEMENT

Cette phase de jugement se déroule, comme la précédente, devant le seul juge aux affaires familiales en France et le juge du tribunal familial en Corée du Sud. Toutefois en droit français, l'affaire peut être renvoyée devant la formation collégiale à l'initiative du juge ou de l'une des parties.

Ceci posé, une seule demande est en principe soumise à l'examen du juge, celle qui émane d'un seul époux. Néanmoins, il faut réserver d'une part, le cas du divorce sur demande conjointe qui, par définition, est formée par les deux époux, et d'autre part l'hypothèse où les époux ont formé des demandes concurrentes.

⁶⁶⁷ Jin-Chul LEE, *L'action en divorce et la conciliation - démolir le mur entre la pratique et la théorie-*, *Gosigé* (n° 647), 2010, p. 157 et s.

⁶⁶⁸ Sung-Tae KIM, *A study on the present status and improvement plan for family mediation system*, *Thèses légales* (n° 20), *Institut de droit d'université de Soung-Sil*, 2008, p. 13 et s.

⁶⁶⁹ Eun-Hee CHO, *art. préc.*, p.138 et s. ; L'article 12-2, alinéa 2 de Règle de procédure familiale prévoit la rémunération du consultant familial que le gouvernement charge.

Ainsi au cas où un croisement de demandes se produit entre les demandes principale et reconventionnelle, le dispositif mis en place par la loi de 2004, prévoyant un ordre de priorité pour examiner chacune d'entre elles, se propose surtout d'aboutir au prononcé du divorce⁶⁷⁰.

Par comparaison, le juge sud-coréen placé dans les mêmes conditions doit examiner les demandes concurrentes sans ordre de priorité. Il est vrai aussi que certaines techniques législatives, telle que la technique énumérative en matière de définition de la faute cause de divorce, favorisent la concurrence des demandes⁶⁷¹. Non seulement, il n'existe pas d'ordre de priorité pour les examiner, mais obligation est faite également au juge d'examiner toutes les causes indiquées⁶⁷².

En France, le jugement est précédé de débats qui doivent avoir lieu en chambre du conseil, c'est-à-dire à huis clos (art. 248 C.civ.)⁶⁷³. En revanche, ceux-ci se déroulent en principe en audience publique en Corée du Sud. Toutefois, en cas de risque d'atteinte au respect de la vie privée, le droit sud-coréen accepte exceptionnellement le déroulement des débats en huis clos⁶⁷⁴.

Dès lors le jugement rendu par le juge dans les deux systèmes juridiques peut être soit un jugement de rejet (A), notamment lorsque l'époux défendeur a réfuté chacune des preuves produites par l'autre, soit un jugement de divorce (B) auquel cas le juge fait droit à la demande et prononce le divorce.

⁶⁷⁰ Si la demande principale est fondée sur la faute et que la demande reconventionnelle est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal, après avoir rejeté la demande fondée sur la faute, le juge statue sur la demande fondée sur l'altération définitive du lien conjugal et prononce le divorce sur ce fondement (art. 246 C.civ.).

⁶⁷¹ Cf. Supra. p. 114 (Partie I. Le pluralisme législatif en matière de divorce).

⁶⁷² Le divorce pour faute comprend cinq cas : l'infidélité (art. 840, n° 1 C.civ.), l'abandon avec mauvaise volonté (art. 840, n° 2 C.civ.), les injures d'un conjoint ou des parents à l'égard de l'autre (art. 840, n° 3 C.civ.), les injures envers les parents d'un conjoint demandeur (art. 840, n° 4 C.civ.) et l'absence d'un époux pendant plus de trois ans (art. 840, n° 5 C.civ.) ; Sung-Tae KIM, *A study on the present status and improvement plan for family mediation system, Thèses légales (n° 20), Institut de droit d'université de Soung-Sil*, 2008, p. 3 et s.

⁶⁷³ En revanche, par dérogation au droit commun, les débats ne sont pas publics (art. 248 C.civ.). L'exception est justifiée par des considérations évidentes de protection de la vie privée, et celle-ci n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme qui impose pourtant en principe la publicité (Civ. 1^{re}, 28 février 2006, *Bull. civ. I* n° 112).

⁶⁷⁴ Jae-Moon KWON, *The origin and problem of §17 of the act on procedure concerning family relations and domestic affair, Étude légale et historique (n° 29), Recherche de droit et d'histoire*, 2004, p. 251 et s.

A. LE JUGEMENT DE REJET

Si le juge estime que la demande en divorce n'est pas fondée, il la rejette et déboute l'époux demandeur⁶⁷⁵. Mettant fin à l'instance, le jugement par lequel le juge rejette la demande en divorce rend alors irrecevable une demande fondée sur les mêmes griefs. Néanmoins, le renouvellement de la demande est possible sur la base de faits nouveaux. C'est le cas de la commission d'adultère après le jugement de rejet. De même, une nouvelle demande peut être formée si elle respecte les conditions exigées par les dispositions légales. On pense notamment au délai de deux ans, en cas d'altération définitive du lien conjugal selon le droit français. Enfin, le rejet de la demande en divorce n'empêche pas la présentation ultérieure d'une requête nouvelle, fondée sur une cause différente de celle initialement invoquée. Par exemple, on sait que la technique énumérative adoptée par le droit sud-coréen en matière de divorce pour faute, permet aux époux de choisir entre les cinq causes visées par l'article 840 du Code civil.

Une conséquence autrement plus délicate résulte aussi de l'intervention d'une décision de rejet de la demande en divorce. En effet, il est admis que les mesures provisoires édictées par le juge prennent fin lorsqu' en l'espèce, la décision de rejet a acquis force de chose jugée.

Or, le problème est que, rarement, il en résulte une reprise immédiate de la vie commune entre les époux. C'est pourquoi, pour résoudre les difficultés liées à cette probable prolongation de la séparation de fait, le législateur français a décidé que le juge, prononçant le jugement de rejet, puisse ordonner, éventuellement d'office, certaines mesures relatives, par exemple, à la résidence de la famille⁶⁷⁶, à la contribution aux charges du mariage, ou encore aux modalités d'exercice de l'autorité parentale⁶⁷⁷. Il est vrai aussi

⁶⁷⁵ « Rappelons que le juge peut parfaitement refuser d'homologuer la convention, ce qui obligera alors les époux à soumettre un nouveau projet de liquidation dans un délai de six mois maximum » : J. CASEY, *Procédure de divorce et liquidation du régime matrimonial. Le divorce de la raison et du possible? Dr. fam. (n° 1)*, 2008, p. 7 et s.

⁶⁷⁶ La jurisprudence a ajouté la résidence de la famille (Civ. 1^{re}, 31 mars 1992, *Bull. civ. I n° 97* ; *RTD civ.* 1993.105, obs. J. HAUSER). Ces mesures, qui organisent une séparation de fait, sont essentiellement provisoires (Civ. 2^e, 15 janvier 1987, *Bull. civ. II n° 8* – Civ. 1^{re}, 11 juin 2006, *Bull. civ. I n° 380* ; *Deffrénois* 2006.1773, note J. MASSIP ; *RTD civ.* 2006.743, obs. J. HAUSER), de sorte qu'elles pourront faire l'objet à tout moment d'une demande de révision ou de suppression : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 239.

⁶⁷⁷ A. ABITBOL, *Essai sur la nouvelle séparation judiciaire instituée par l'article 258 du Code civile*, *RTD civ.* 1981, p. 37.

que cette possibilité offerte au juge en vertu de l'article 258 du Code civil permet d'éviter une procédure supplémentaire, source éventuelle de nouveaux conflits.

En tous cas, la situation se présente autrement lorsque le juge prononce le divorce.

B. LE JUGEMENT DE DIVORCE

S'il prononce le divorce, le jugement vise, d'une manière générale, non seulement à respecter la vie privée des époux mais aussi et surtout à éviter que les conflits continuent après le prononcé du divorce.

C'est pourquoi même si le jugement prononçant le divorce est lu en audience publique, seule la lecture du dispositif est autorisée en droit français comme en droit sud-coréen. Justifiée par des considérations évidentes protectrices de la sphère familiale et de la vie privée, on peut noter, dans le même sens, l'interdiction qui est faite aux médias en Corée du Sud de diffuser publiquement des éléments à partir desquels on peut présumer l'identité des époux (art. 10 Code de procédure familiale)⁶⁷⁸.

Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que concision et discrétion caractérisent alors le prononcé du jugement de divorce⁶⁷⁹.

Ainsi, en France en cas de divorce accepté, le juge prononce le divorce sans autre motif que le visa de son ordonnance constatant l'acceptation du principe du divorce par les époux. De même, si le divorce est prononcé pour altération définitive du lien conjugal, le jugement ne doit pas faire référence à la cause du divorce. D'une manière générale, dans tous les cas de divorce, si les deux époux le demandent, le jugement peut ne pas être motivé en application des articles 245-1 du Code civil et 1081 du Code de procédure civile. Dans ce cas, le juge peut seulement constater l'existence de faits constituant une cause de divorce, sans pour autant les énoncer.

La même observation peut être faite en droit sud-coréen, notamment lorsque le juge prononce le divorce sur le fondement de l'une des cinq causes prévues par l'article 840 du

⁶⁷⁸ Si un individu déroge à l'article 10 du Code de procédure familiale, il peut être condamné à deux ans d'emprisonnement, ou à une amende.

⁶⁷⁹ Cette absence de publicité est nécessaire et résulte du besoin de protection de la sphère familiale et de la vie privée : Hee-Kyung KANG, *Unhealthiness of the « Healthy Home » discourse, Economie et société* (n° 65), *Recherche de critique et de société*, 2005, p. 155 et s.

Code civil en matière de divorce pour faute (art. 12 et art. 21, al. 1^{er} Code de procédure familiale et art. 205 Code de procédure civile)⁶⁸⁰.

Certes, le jugement de divorce obéit, en principe, aux règles ordinaires sous réserve de quelques exceptions dans certains domaines. Il en est ainsi, en droit français de la mention du divorce à l'état civil en marge de l'acte de mariage et des actes de naissance des époux (art. 1082 CPC). Ce n'est qu'à partir de cette mention que le divorce produit ses effets à l'égard des tiers.

Rappelons qu'en droit sud-coréen, le divorce par consentement mutuel n'est définitif qu'après la déclaration du divorce à la mairie à l'initiative des époux. Une telle obligation mise à la charge des époux n'existe pas en cas de divorce contentieux. Par contre, dans cette hypothèse, il appartient au tribunal de transmettre le jugement à la mairie après son prononcé.

En tous cas, dans les deux systèmes juridiques, la publication du divorce, tous les cas confondus en France, et seulement le divorce contentieux en Corée du Sud, n'a lieu qu'à l'expiration des délais de recours ou l'exercice des voies de recours prévues par la loi. A ce sujet, la comparaison des législations permet alors de noter certaines dérogations au droit commun de la procédure civile.

Ainsi dans les deux systèmes juridiques, seuls l'appel et le pourvoi en Cour suprême sont autorisés (art. 19, al. 1^{er} Code de procédure familiale, art. 396 Code de procédure civile et art. 20 Code de procédure familiale).

Concernant l'appel formé à l'encontre du jugement de divorce, le délai en droit français est d'un mois à compter de la signification du jugement par voie d'huissier. Selon le droit sud-coréen, le délai est plus court, puisque les époux n'ont que deux semaines pour faire appel à compter de l'envoi du jugement prononçant le divorce par le greffe. En revanche, dans les deux systèmes juridiques, l'exercice de cette voie de recours produit selon le droit commun de la procédure civile un effet suspensif.

S'agissant du pourvoi en cassation, son exercice présente des particularités aussi bien en France qu'en Corée du Sud.

⁶⁸⁰ La Cour suprême 99m1886, 5 septembre 2000 ; Le prononcé du divorce prend effet aux époux et également aux tiers (art. 21, al. 1^{er} Code de procédure familiale).

D'une part, en droit français, le délai est de deux ans à compter de la signification par huissier de l'arrêt rendu par la Cour d'appel, ce qui constitue une dérogation par rapport au droit commun de la procédure civile. Il est remarquable qu'en droit sud-coréen le délai est identique à celui prévu pour interjeter appel, en l'occurrence deux semaines à compter de l'envoi de l'arrêt de la Cour d'appel par le greffe.

D'autre part, le pourvoi en cassation qui, en droit commun n'a pas d'effet suspensif c'est-à-dire qu'il ne s'oppose pas à l'exécution de l'arrêt d'appel, emporte ici, à titre dérogatoire, un tel effet suspensif en France (art. 1086 CPC) comme en Corée du Sud (art. 20 Code de procédure familiale). Toutefois l'effet suspensif ne concerne pas en droit français les mesures relatives aux pensions, à l'exercice de l'autorité parentale et à la jouissance du logement familial.

TITRE II.

LES EFFETS DU DIVORCE

Le divorce met fin au mariage mais celui-ci ne cesse que pour l'avenir, sans rétroactivité⁶⁸¹. Le divorce prend effet au jour où le jugement qui le prononce est passé en force de chose jugée : la décision de divorce devient définitive lorsqu'aucune voie de recours n'est plus susceptible d'être intentée contre elle⁶⁸². Ceci est vrai aussi bien en France, dans tous les cas de divorce, qu'en Corée du Sud lorsqu'il s'agit de divorce contentieux. En revanche, en cas de divorce par consentement mutuel, le divorce prend effet, selon le droit sud-coréen, après l'accomplissement de la déclaration du divorce auprès de l'officier d'état civil.

L'état qui avait été créé par le mariage, dont nous savons qu'il est très largement imposé par la loi, va disparaître. Les relations extra-patrimoniales et patrimoniales consécutives au divorce sont elles aussi imposées. Toutefois l'affirmation gagnerait à être nuancée, car l'évolution du droit positif aussi bien en France qu'en Corée du Sud conduit à laisser une certaine place à la volonté individuelle. Autrement dit, on retrouve, au moment du divorce, cette coexistence de l'aspect institutionnel et l'aspect contractuel attachée au mariage.

Si le droit français se distingue par le souhait exprimé par le législateur en 1975 comme en 2004 de concentrer les effets du divorce en conférant un caractère définitif à la décision prise lors du divorce, en revanche il est admis dans les deux systèmes juridiques que la dissolution du mariage va entraîner, non seulement la disparition des obligations réciproques des époux sur le plan personnel⁶⁸³, mais elle aura aussi des conséquences pécuniaires. Par ailleurs, la présence d'enfants mineurs aura aussi des incidences sur les effets du divorce. Il convient donc d'envisager ces effets aussi bien à l'égard des enfants (Chapitre II) que dans les rapports entre les époux eux-mêmes (Chapitre I).

⁶⁸¹ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 131.

⁶⁸² L'effet personnel à l'égard des époux et des tiers s'attachant au jugement de divorce a pour point de départ la date d'expiration du délai ouvert pour former une voie de recours : Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 167.

⁶⁸³ Des devoirs de fidélité, de secours, d'assistance et des droits d'usage du nom du conjoint (seulement en France).

CHAPITRE I.

LES EFFETS DU DIVORCE A L'EGARD DES EPOUX

Le divorce fait disparaître le mariage et ses conséquences, mais il est vrai aussi qu'on ne peut pas totalement effacer ce qui a existé parfois pendant plusieurs années⁶⁸⁴. La rupture du lien conjugal provoquée par le divorce produit alors deux séries de conséquences dans les rapports entre époux divorcés : la première est relative à leurs rapports personnels (Section I), la seconde concerne leurs rapports patrimoniaux (Section II).

⁶⁸⁴ Le mariage produit quelques séquelles : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 238 ; Jou-Sou KIM, *Retrospect of family law and its emerging agenda, Étude sur le droit de la famille (n° 23, vol. 1)*, *The korean society of family law*, 2009, p. 8 et s.; Jai-Seuk CHOI, *L'étude de la famille coréenne, Iljisa*, 1982, p. 359.

SECTION I.

LES EFFETS DU DIVORCE DANS LES RAPPORTS PERSONNELS

La conséquence personnelle la plus importante du divorce est la rupture du lien conjugal, noué le jour du mariage. Le divorce dissout le mariage et crée pour les époux divorcés un état nouveau⁶⁸⁵ : disparition du lien d'alliance, du nom des époux (seulement en France), et des devoirs conjugaux réciproques⁶⁸⁶. Ces effets personnels du mariage cessent lorsque la décision de divorce devient définitive ou lorsque le divorce par consentement mutuel est déclaré à l'officier de l'état civil par l'un ou les deux époux en Corée du Sud⁶⁸⁷.

Les effets personnels sont divisés en deux parties : d'une part, le divorce fait disparaître le mariage et ses conséquences, à travers la dissolution du lien matrimonial (§ 1), et d'autre part, ce mariage ne peut pas être totalement oublié du fait de certains rejaillissements, illustrés notamment par le sort réservé au nom des époux (§ 2).

§ 1. LA DISSOLUTION DU LIEN MATRIMONIAL

Le mariage dissous par le divorce a existé dans le passé⁶⁸⁸ : cet anéantissement du mariage par le divorce ne rétroagit pas comme c'est le cas pour la nullité du mariage. Ainsi, les effets passés sont maintenus. Le divorce étant prononcé définitivement, ou déclaré à la mairie en cas de divorce par consentement mutuel en Corée du Sud, la qualité d'époux cesse respectivement à l'égard des conjoints.

⁶⁸⁵ P. COURBE, *op. cit.*, p. 194.

⁶⁸⁶ Le devoir de communauté de vie, l'obligation d'assistance et de secours et le devoir de fidélité disparaissent suite à la dissolution du mariage.

⁶⁸⁷ Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 168.

⁶⁸⁸ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 308 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 204 ; « *Cet état nouveau, pour l'homme et la femme qui étaient mariés et ne le sont plus, n'entraîne pas toutefois un effacement du passé, de sorte qu'il faut envisager les réparations pécuniaires entre époux et le sort des enfants* ».

À la suite de la dissolution du mariage, chacun retrouve la liberté de se marier (A), ce que traduit la disparition des devoirs conjugaux (B).

A. LA LIBERTE DE SE MARIER

Le divorce, en faisant disparaître le mariage, a pour effet de replacer chacun des époux à l'état de célibataire. Il en résulte que les époux divorcés peuvent se remarier⁶⁸⁹.

En France, si les époux divorcés veulent contracter entre eux une autre union, une nouvelle célébration du mariage est nécessaire (art. 263 C.civ.)⁶⁹⁰. Les époux peuvent se marier entre eux sans aucune limitation. Cette possibilité, interdite initialement, a été admise avec des restrictions qui ont progressivement disparu avec les lois successives de 1919, 1924 et 1930⁶⁹¹. Le remariage avec un tiers est également libéré de toute entrave⁶⁹².

Cette liberté est presque complète. L'époux divorcé peut se remarier avec le complice de l'adultère⁶⁹³, ce qui permet d'ailleurs de légitimer les enfants adultérins depuis le début du 20^e siècle.

La loi du 11 juillet 1975 précisait que la femme devait traditionnellement observer un délai de viduité d'une durée de trois cents jours destiné à éviter la confusion de paternité avant de pouvoir contracter un nouveau mariage (ancien art. 261-1 C.civ.). Il est à relever que les progrès des sciences biologiques ont conduit à rendre inutile cet empêchement, de

⁶⁸⁹ La liberté du mariage est un principe fondamental garanti par l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : CEDH 18 décembre 1987, *RTD civ.* 1989.408, obs. O. GUILLOD et Ph. SCHWEIZER.

⁶⁹⁰ Lorsque des époux ont divorcé l'un de l'autre, leur remariage entre eux rend caduque pour l'avenir la prestation compensatoire judiciairement fixée : Civ. 1^{re}, 17 octobre 2007, *D.* 2008.200, note G. RAOUL-CORMEIL.

⁶⁹¹ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 239.

⁶⁹² Certaines pratiques religieuses subordonnent le remariage de la femme à la délivrance d'un acte par le mari : par exemple, la lettre de répudiation dans la religion juive. Si le mari refuse la délivrance de cet acte, il engage sa responsabilité pour abus de droit (Civ. 2^e, 15 juin 1988, *Bull. civ.* II, n° 146 ; 12 décembre 1994, *Bull. civ.* II, n° 262). Mais, le juge ne peut en ordonner la délivrance sous astreinte car il s'agit pour le mari d'une « *faculté relevant de sa liberté de conscience* » : Civ. 2^e, 21 avril 1982, *RTD civ.* 1984.114, obs. G. DURRY ; 21 novembre 1990, *Bull. civ.* II, n° 239 ; *D.* 1991.434, note E. AGOSTINI ; Les liens d'alliance sont aussi effacés par rapport au beau-fils et aux belles-filles. En revanche, les empêchements au mariage entre ex-alliés en ligne directe mais non en ligne collatérale sont maintenus (F. GRANET et P.HILT, *op. cit.*, p. 79).

⁶⁹³ Le mariage entre l'époux divorcé et son complice était interdit à une certaine époque en France mais souvent même, le divorce n'aura eu pour objectif que cette possibilité de remariage : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 239.

sorte que la loi du 26 mai 2004 a mis fin à ce délai de viduité en abrogeant les articles 228, 261, 261-1, et 261-2 du Code civil⁶⁹⁴. Désormais, les époux divorcés, la femme comme le mari, peuvent se remarier dès le divorce⁶⁹⁵.

Sans surprise, la comparaison de législations montre qu'en Corée du Sud aussi, l'époux divorcé peut se remarier dès que le divorce par consentement mutuel est déclaré à l'officier de l'état civil, ou lorsque le prononcé du divorce prend force de chose jugée en cas de divorce contentieux⁶⁹⁶.

Les époux divorcés peuvent se remarier non seulement avec un tiers, mais également entre eux sans aucune limitation. La restriction du remariage entre les époux divorcés n'a jamais existé. Lorsque les époux divorcés se remarient entre eux, ils doivent déclarer leur mariage à l'officier de l'état civil comme dans tous les autres mariages.

D'ailleurs, en droit civil à la différence du droit pénal, il n'est prévu aucune limitation sur la validité du remariage entre l'époux divorcé et le complice de l'adultère⁶⁹⁷. L'article 241 du Code pénal prévoit spécifiquement qu'en cas d'adultère, l'époux en faute ainsi que son complice peuvent être punis d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux ans⁶⁹⁸.

⁶⁹⁴ L'ancien article 228 du Code civil prévoyait que la femme ne pouvait se remarier qu'à l'expiration d'un délai de 300 jours après la dissolution d'un précédent mariage : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 131 et s.

⁶⁹⁵ Ou bien dès la dissolution du mariage par le décès.

⁶⁹⁶ Il n'existe pas de dispositions qui restreignent la liberté des époux divorcés de se remarier. Néanmoins, l'article 810 du Code civil interdit le mariage pour l'époux marié : l'interdiction de double mariage : Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 204.

⁶⁹⁷ Dong-Woon SHIN, *L'étude sur l'adultère et l'avortement du point de vue de la réforme du droit pénal en Corée du Sud, La politique de droit pénal (n° 90-22)*, Centre de recherche de politique pénale, 1990, p. 73 et s.

⁶⁹⁸ Jeong-Oh KIM, *Critical, structural analysis of legal argument : A constitutional case of the punishment of adultery (89hunma82)*, *L'étude philosophique et légale (n° 4. vol. 2)*, Institut de philosophie, 2001, p. 299 et s. ; Le Conseil Constitutionnel 2009hunba60, 25 octobre 2001 ; La Cour suprême 88do1463, 14 mars 1989 : « *L'article 241 du Code civil ne viole pas l'article 12 de la Constitution qui prévoit la liberté du corps* » ; En revanche, beaucoup d'organisations pour les femmes militent contre les fréquentes propositions visant à supprimer cette peine pour l'adultère. Le débat sur le maintien ou la punition de l'adultère n'est pas encore terminé en Corée du Sud (Il-Tae HOH, *Die Verfassungswidrigkeit der Todesstrafe in Korea (Le caractère anticonstitutionnel de la peine pour adultère)*, *Justice (n° 31, vol. 2)*, juin 1998, p. 17.).

Le divorce fait cesser les liens d'alliance (art. 775, al. 1^{er} C.civ). Chaque époux divorcé n'a plus de relation avec les alliés de son ex-conjoint. Le divorce efface aussi l'obligation alimentaire à l'égard des ex-alliés en ligne directe (ses anciens beaux-parents).

L'article 809 du Code civil prévoit strictement la prohibition du mariage à l'égard des alliés en ligne directe et collatérale d'un ex-conjoint. Même si la disparition du lien d'alliance résulte du divorce (art. 775, al. 1^{er} C.civ.), l'époux divorcé ne peut se marier avec l'ex-conjoint de la parenté en sixième degré (en ligne collatérale ou en ligne directe) ou de la parenté en sixième degré de son ex-conjoint ou l'ex-conjoint des alliés en quatrième degré (art. 809, al. 2 C.civ.). La prohibition stricte du mariage s'applique en effet à tous futurs époux qui avaient des liens d'alliance. Aussi, le mariage n'est pas permis entre les parentés en huitième degré (art. 809, al. 1^{er} C.civ.).

Comme en France, la loi n° 7427 du 31 mars 2005 a abrogé le délai de viduité de six mois instauré par l'ancien article 811 du Code civil, prévoyant que la femme divorcée devait observer six mois destinés à éviter la confusion de paternité avant de pouvoir se remarier, sauf si l'enfant naissait pendant ce délai. Cet article avait pour l'objet le droit de la filiation : la présomption de paternité. Si l'enfant est né ou conçu au cours du mariage, le mari est présumé le père de cet enfant (art. 844, al. 1^{er} C.civ). Lorsque l'enfant est né plus de deux cents jours après le mariage, à partir du jour de déclaration, ou plus de trois cent jours avant la date de dissolution du mariage, il a pour père le mari (art. 844, al. 2 C.civ). Ce délai de viduité a été instauré dans le but de réduire les conflits liés à la paternité de l'enfant. Toutefois, les progrès dans les sciences biologiques et les avancées intervenues dans les pratiques médicales, à travers notamment les examens de comparaison sanguine et les analyses génétiques ont rendu inutile ce délai et ont conduit à sa suppression⁶⁹⁹.

Mais, le divorce ne marque pas seulement le retour au célibat, il se caractérise aussi par la disparition des obligations réciproques des époux.

⁶⁹⁹ La suppression du délai de viduité a aussi permis de réaliser l'égalité complète entre les sexes : Jou-Sou KIM, *Commentaires du Code civil : la famille*, 4^e édition, L'association du droit administratif et civil, 2010, p. 340.

B. LA DISPARITION DES DEVOIRS DU MARIAGE

En droit français comme en droit sud-coréen, dès lors que la décision prononçant le divorce a acquis force de chose jugée, celle-ci met fin aux devoirs et obligations issus du mariage⁷⁰⁰. Néanmoins, en Corée du Sud, lorsque le divorce par consentement mutuel est déclaré à l'officier de l'état civil dans un délai de trois mois, il prend effet à cette date⁷⁰¹.

Parce que le lien d'alliance qu'avait créé le mariage entre chaque époux disparaît, cela se traduit en France, dans la réalité par la disparition des droits et obligations qui en résultaient ainsi que de toutes les conséquences qui étaient issues sur le plan personnel⁷⁰². Les deux époux ne sont naturellement plus tenus à l'obligation de cohabitation qui était déjà suspendue par l'ordonnance de non-conciliation, ni au devoir de fidélité, ni à l'obligation d'assistance, ni au devoir de secours⁷⁰³.

D'une manière générale, ces observations demeurent valables à l'égard du droit sud-coréen. Le divorce entraîne la disparition de toutes les obligations qui existaient entre les époux au cours du mariage⁷⁰⁴. Il est manifeste que les obligations de cohabitation et de fidélité n'ont plus aucune raison d'être. Le devoir d'assistance et le devoir de secours prennent également fin par l'effet du divorce.

Tous les autres devoirs et droits produits par le mariage⁷⁰⁵ disparaissent à partir du jour où la décision de divorce devient définitive. Les incapacités ou interdictions qui résultaient du mariage cessent tout comme les immunités⁷⁰⁶.

Un autre problème qui se pose en pratique concerne le sort du nom des époux.

⁷⁰⁰ F. GRANET et P.HILT, *op. cit.*, p. 79 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 204.

⁷⁰¹ La particularité de la nécessité de la déclaration à l'égard du droit de la famille est critiquée depuis le Code civil de 1958, mais elle demeure encore dans le Code de registre de la famille et dans le Code de procédure civile et familiale : Hwa-Suk LEE, *Intention and registration of legal action in family law (La volonté et la déclaration des actes juridiques)*, *Droit privé (n° 36)*, Centre de recherche du droit privé, 2007, p. 613 et s.

⁷⁰² Sauf la nationalité.

⁷⁰³ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 239.

⁷⁰⁴ Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 203.

⁷⁰⁵ Les articles 826, 827, 829, 830, 831, 832, et 833 du Code civil prévoient les devoirs de communauté de vie, d'assistance, de secours et de fidélité pour les époux durant le mariage.

⁷⁰⁶ Gyung-Sook BAE et Kum-Sook CHOI, *Les cours du droit de la famille*, Jaeil Bubgyu, 2006, p. 410.

§ 2. LE NOM DES EPOUX

Malgré la dissolution du lien matrimonial, quelques effets en subsistent. Le conjoint étranger qui a acquis la nationalité par la déclaration à la suite du mariage, conserve cette nationalité en dépit du divorce dans les droits français et sud-coréen⁷⁰⁷.

Le mariage confère à la femme, en vertu d'une règle de droit coutumier français, l'usage du nom de son mari. Ces règles coutumières sur l'usage du nom du conjoint n'ont pas été modifiées par les lois du 4 mars 2002 et du 18 juin 2003 relatives au nom de famille⁷⁰⁸.

Tandis qu'en France le divorce emporte des conséquences sur le nom des époux, en Corée du Sud le nom de l'époux ne change pas à la suite du divorce puisque chacun des époux conserve son nom pendant le mariage⁷⁰⁹. L'usage du nom du conjoint n'a pas fait l'objet de dispositions particulières⁷¹⁰. Par conséquent, à la suite du divorce, la question de l'usage du nom de l'ex-conjoint ne se pose pas non plus⁷¹¹. Pourtant, il est à noter qu'à l'égard des enfants, la mère peut exceptionnellement être autorisée à changer le nom de ses enfants pour son propre nom, à titre de sanction en cas de défaillance de son ex-conjoint dans l'exercice de l'autorité parentale⁷¹².

⁷⁰⁷ P. COURBE, *Le nouveau droit de la nationalité*, Dalloz, 2^e éd., 1998, p. 93 et s. ; Dong-Hyun SEOK, *The outline of Korean nationality law relating to the 4th amendment in 1997*, Justice (n° 32, vol. 2), 1999, p. 145.

⁷⁰⁸ J. MASSIP, *Le nom de famille*, Defrénois, 2005, p. 272 (n° 4) et p. 372 (n° 5) ; Dans la proposition de loi relative au nom patronymique du 19 février 2002, « les femmes françaises portaient le nom de leur époux dans leur immense majorité, 91 % en 1995, et que la loi de décembre 1985 permettant aux enfants de porter le nom de leurs deux parents en tant que nom d'usage n'était que marginalement appliquée » (Nom de famille par M. HENRI de RICHEMONT). Sur le site de <http://www.senat.fr/rap/l01-244/l01-24416.html>.

⁷⁰⁹ En effet, il ne faut pas prendre en considération l'usage du nom des anciens époux à cause du divorce en Corée du Sud ; Jin-Young JUNG, *Le nom et l'origine des noms de famille*, Critique et histoire (n° 4), Recherche de critique et histoire, 2000, p. 183 et s.

⁷¹⁰ Jin-Young JUNG, *La compréhension sur la culture traditionnelle coréenne*, La presse de Joung-Moun, 2002, p. 46 : « Jusqu'au 16^e siècle, le mari devait commencer la vie matrimoniale chez sa femme ou bien installer la résidence avec sa femme près de chez elle après la célébration du mariage. Avant le confucianisme, dans la société coréenne et également le droit coutumier, l'effet maternel était aussi fort que celui paternel ».

⁷¹¹ Jin-Young JUNG, *Le nom et l'origine des noms de famille*, Critique et histoire (n° 4), Recherche de critique et histoire, 2000, p. 196.

⁷¹² Sang-Yong KIM, *Les causes de réforme du Code civil sur le nom des enfants*, L'étude du droit de la famille II, Bobmounsa, 2006, p. 174 et s.

Ce problème, spécifique à la France est résolu par la règle qui veut que chaque époux doit reprendre le nom qui lui a été attribué à sa naissance (A)⁷¹³. Mais elle est assortie d'exceptions permettant à l'un ou l'autre de bénéficier du maintien de l'usage du nom de son ex-conjoint (B).

A. LE PRINCIPE : LA PERTE DE L'USAGE DU NOM DE L'EX-CONJOINT

La distinction entre l'attribution du nom et son usage retrouve toute son efficacité au moment du divorce. Le nom de chaque époux est celui qui lui est attribué à sa naissance. Ce n'est qu'à titre d'usage qu'il porte éventuellement le nom de son conjoint. C'est pourquoi, ce droit d'utiliser le nom du conjoint disparaît en cas de divorce. A ce propos, la jurisprudence française s'est référée pendant longtemps à une loi de 1893 pour décider que chacun des époux reprenait l'usage de son nom par l'effet du divorce⁷¹⁴.

Aujourd'hui l'article 264 du Code civil dispose, sans ambiguïté, « *à la suite du divorce, chacun des époux perd l'usage du nom du conjoint* ». Par voie de conséquence, chaque époux doit donc reprendre le nom qui lui a été attribué à sa naissance⁷¹⁵.

Force est toutefois de constater que cette nouvelle situation relative au nom n'est pas ressentie de la même manière par les deux ex-conjoints. En effet la suppression du droit d'usage du nom de son conjoint ne pose pas de problème au mari. Pendant le mariage, l'usage ne lui permet que d'adjoindre le nom de sa femme au sien⁷¹⁶. Par contre, la tradition veut que la femme substitue à son nom de famille le nom de son mari. Reprendre le nom de naissance dont on n'a pas fait usage parfois depuis plusieurs années constitue un changement radical tant sur le plan psychologique que pratique.

⁷¹³ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 133.

⁷¹⁴ Mais le principe posé dans cette loi ne prévoyait pas les conditions d'une éventuelle autorisation donnée à la femme de continuer à porter le nom de son ancien mari (R-F. LE BRIS. *L'effet du divorce sur le nom des époux*. D. 1965. p. 141 et s.) L'absence de règle était source d'incertitude sur cette question laissée à la seule appréciation du juge.

⁷¹⁵ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 133.

⁷¹⁶ Cette solution a été justifiée par le souci de respecter le principe d'égalité entre les sexes (Rapport n° 120 de M. Patrice GÉLARD au nom de la commission des lois du Sénat, p. 97 et rapport n° 1513 de M. Patrick DELNATTE à l'Assemblée nationale, p. 78) ; J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 133 : « *cette considération abstraite et théorique ne recouvre actuellement aucune réalité sociologique* ».

Inspiré par l'idée d'égalité des sexes⁷¹⁷, le législateur français a donc assorti le principe ainsi posé de la perte du droit d'usage du nom de son ex-conjoint, d'un certain nombre d'exceptions⁷¹⁸.

B. LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE LA PERTE DU DROIT D'USAGE DU NOM DU CONJOINT

Aux termes de l'article 264, l'un des époux peut néanmoins conserver l'usage du nom de l'autre, soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, s'il justifie d'un intérêt pour lui ou pour les enfants⁷¹⁹. Dans le premier cas, l'accord se matérialise par une convention qui s'impose aux époux. On s'entend ainsi à décider qu'une utilisation abusive peut être sanctionnée par la révocation de l'accord qui, pour autant, ne saurait être discrétionnaire⁷²⁰. Comme toute autre convention, l'accord des époux peut préciser les modalités dont sera assorti l'usage du nom. Il est possible de limiter cet usage dans le temps ou de préciser qu'il pourra seulement être fait usage du nom dans la vie professionnelle. Il convient de relever que comme tout contrat, l'accord des époux quant à l'usage du nom du conjoint dont on a divorcé, est susceptible d'interprétation⁷²¹.

En cas de divorce par consentement mutuel, c'est tout naturellement dans la convention de divorce que sera réglé l'usage du nom. Dans les autres cas de divorce, un accord sur le nom peut parfaitement intervenir au cours de l'instance⁷²².

⁷¹⁷ Les solutions antérieures étaient incompatibles avec le principe d'égalité de l'homme et de la femme. Elles n'étaient pas non plus conformes à l'article 5 du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme (P. COURBE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 195). La jurisprudence, qui a établi que l'autorisation de l'usage de nom pouvait être donnée par le mari lui-même. Mais elle avait restreint les effets d'une telle autorisation en décidant que cette autorisation était donnée à titre précaire et pouvait être, à tout moment, révoquée (R.-F. LE BRIS, *art. préc.*, p. 141 et s.). À défaut de bénéficier d'une de ces dérogations, la femme pouvait se voir interdire l'usage de nom de son ex-mari sous astreinte (TGI Paris, 7 mars 1990, *Gaz. Pal.* 23 janvier 1991, p. 20).

⁷¹⁸ La loi de 2004 a conservé deux autres exceptions, offrant à la femme la possibilité de conserver l'usage du nom de son mari, soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge.

⁷¹⁹ P. COURBE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 195.

⁷²⁰ Paris, 9 mars 1979, *D.* 1979.471, note J. MASSIP ; 22 octobre 1980, *D.* 1981. IR. 68.

⁷²¹ L'interprétation de la convention des époux relative au nom relève de l'appréciation souveraine des juges au fond, la Cour de cassation ne sanctionnant que la dénaturation des clauses claires et précises : Paris, 4 mars 2004.

⁷²² Pourtant, rien ne s'opposerait non plus, quelle que soit la cause du divorce, à ce que l'accord des époux intervienne ou soit modifié postérieurement à la dissolution du mariage : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 135.

L'article 264 du Code civil dispose encore que l'un des époux peut conserver l'usage du nom de son ancien conjoint dont il a divorcé avec l'autorisation du juge, s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui-même ou pour les enfants.

À défaut de consentement du conjoint, un époux a la faculté de solliciter l'autorisation du juge lors de l'instance en divorce, ou après le prononcé du divorce⁷²³, à condition qu'il justifie qu'un intérêt particulier s'attache à l'usage du nom de son conjoint. Le juge prononçant le divorce⁷²⁴ a le pouvoir d'autoriser la femme à continuer de porter le nom de son ancien mari s'il considère qu'il existe un intérêt suffisant⁷²⁵.

Il s'agit d'un avantage personnel si la femme a fait l'exercice d'une profession ou d'une activité sous le nom de son mari⁷²⁶. Le juge peut limiter son autorisation aux actes de la vie professionnelle et ne pas permettre à la femme de porter le nom de son ancien mari dans sa vie privée⁷²⁷ : il peut cependant être difficile de faire la part entre la vie professionnelle et la vie privée.

La femme divorcée peut obtenir l'autorisation de continuer à porter le nom de son mari lorsqu'elle élève des enfants mineurs afin de pouvoir porter le même nom qu'eux⁷²⁸. Cette autorisation a comme objectif l'intérêt des enfants⁷²⁹ : les relations sociales, et notamment scolaires, sont simplifiées quand la mère porte le même nom que ses enfants⁷³⁰.

⁷²³ Civ. 2^e, 2 mars 1989, *Bull. civ.* II, n° 125 ; Dans ce cas, le juge doit se placer au jour de la demande pour apprécier l'intérêt particulier de la femme à continuer de porter le nom de son mari (Civ. 2^e, 7 juin 1990, *Bull. civ.* II, n° 125 ; *Defrénois* 1991.288, obs. J. MASSIP). Notamment, si un changement de circonstances justifie que l'on revienne sur l'autorisation donnée, le juge pourra être saisi (A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 242).

⁷²⁴ Ou même le juge peut être saisi plusieurs années après le prononcé du divorce car il est possible que le mari peut mettre fin à l'autorisation qu'il a initialement donnée : Poitiers, 30 mars 1983, *JCP* 1984.IV.328.

⁷²⁵ Cette autorisation pourrait s'entendre au port d'un titre nobiliaire : TGI Châteauroux, 26 septembre 1995, *JCP* 1996.II.22605, note critique RUET.

⁷²⁶ Par exemple, en tant qu'artiste, écrivain, ou commerçante.

⁷²⁷ Paris, 31 octobre 1989, *D.* 1990, somm. 115, obs. A. BÉNABENT : cet arrêt a refusé d'assimiler la vie politique à la vie professionnelle.

⁷²⁸ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 241.

⁷²⁹ TGI Paris, 18 janvier 1977, *JCP* 1977, II, 18600.

⁷³⁰ Cependant, les juges n'ont pas à exiger de l'épouse qu'elle justifie avoir acquis une notoriété particulière sous le nom de son mari : Civ. 2^e, 16 juillet 1982, *Bull. civ.* II, n° 106.

Selon les tribunaux, certains peuvent accorder l'autorisation sur la base même de la cohabitation de continuer à porter le nom du conjoint divorcé, d'autres peuvent exiger une situation particulière⁷³¹. L'autorisation ainsi donnée par le juge à l'égard de la durée de l'éducation des enfants peut être temporaire⁷³².

Pour être tout à fait complet, il faut toutefois relever que l'accord donné par le mari devait être considéré comme caduc si la femme divorcée se remariait. En effet, selon la doctrine, une femme ne pouvait avoir ainsi ni dans son nom, ni dans son état civil, deux maris⁷³³. Pourtant, dans son automaticité et sa généralité, cette solution a été critiquée car il était possible que les raisons qui ont justifié l'usage du nom subsistent⁷³⁴. Il en serait ainsi dans le cas où la femme aurait acquis une certaine notoriété sous le nom de son premier mari⁷³⁵. Cette solution demeure valable même en cas de refus de la part du premier mari⁷³⁶.

⁷³¹ Ce dernier courant méconnaît la loi en transformant l'exigence d'un intérêt particulier en celle d'un intérêt exceptionnel ; A. BRETON, *Le nom de l'épouse divorcée*, *Mél. Rodière, Dalloz* 1981.17 ; *D.* 1978, IR, 37, obs. A. BÉNABENT ; Cass. Civ. 2^e, 16 juillet 1982, *Bull. civ.* II, n° 106, p. 78 ; *JCP* 1982, IV, 338.

⁷³² A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 241.

⁷³³ TGI Paris, 10 février 1981, *Gaz. Pal.* 1981, somm. p. 203 ; *D.* 1981, 443, note R. LINDON ; *JCP* 1981, II, 10264, note D. HUET-WEILLER, *RTD civ.*, 1981, 623, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI.

⁷³⁴ M. C. RONDEAU-RIVIÈRE, *Le remariage*, Thèse, Lyon 1981, n° 173 ; TGI Paris, 10 février 1981, note D. HUET-WEILLER ; TGI Paris, 3 septembre 1996, *Bull. inf.*, C. Cass. 1996, n° 1334 ; CA Paris, 4 mars 2004, *Gaz. Pal.*, 25-27 Avril 2004, p. 3 et s, note J. MASSIP.

⁷³⁵ Certains auteurs limitent la possibilité de conserver l'usage du nom de l'ancien mari au cas où cet usage est justifié par un intérêt professionnel.

⁷³⁶ Reims, 27 février 2009, *JCP* 2009 n° 25 p. 20, note GARÉ ; A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 241.

SECTION II.

LES EFFETS DU DIVORCE DANS LES RAPPORTS PATRIMONIAUX

La rupture du lien conjugal entraîne inéluctablement des conséquences patrimoniales, quel que soit le système juridique à prendre en considération.

En France, on peut classer ces effets patrimoniaux en deux catégories. D'une part, le mariage crée un état matrimonial qui soumet les époux à des obligations réciproques et impératives⁷³⁷. En revanche, les époux peuvent librement choisir le régime matrimonial qui les unira. Au moment du divorce, il faut donc organiser les conséquences de la disparition de ces deux régimes. La liquidation du régime matrimonial a alors pour objet de dissocier les intérêts pécuniaires des époux⁷³⁸.

Hormis cette liquidation du régime matrimonial, le divorce entraîne d'autres conséquences patrimoniales particulières au divorce. Il en est ainsi de l'allocation de dommages et intérêts à l'un des époux, de la prestation compensatoire qui permet quant à elle, d'éviter les conséquences parfois dramatiques de la disparition du devoir de secours et de la contribution aux charges du mariage⁷³⁹.

Sur tous ces points, la loi française ne laissait guère aux époux la faculté de régler eux-mêmes leur divorce. Désormais la situation a radicalement changé. La priorité est, notamment avec la loi de 2004, d'apaiser les relations des époux en favorisant le règlement

⁷³⁷ « *Quelle que soit la forme de vie en couple, les conséquences de la séparation sont tempérées par un minimum de solidarité, mais ses modalités et ses finalités ont changé : elle n'est plus le prolongement d'une obligation juridique et morale qui lierait le couple au-delà de la rupture ; elle manifeste plutôt le souci d'assurer un minimum d'équité lors de la rupture* » : H. FULCHIRON, *Les solidarités dans les couples séparés : renouvellement ou déclin ? Recueil Dalloz*, 2009, p. 1703.

⁷³⁸ « *Il rétroagit quant à la liquidation des effets pécuniaires entre époux et, ses effets sont au contraire repoussés à l'égard des tiers au jour où la publicité du jugement a été opérée* » : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 121 ; « *Les conséquences, surtout personnelles, du divorce ont lieu à partir du jour où la décision de divorce devient définitif. Le jugement du divorce s'applique au jour où aucune voie de recours n'est plus susceptible d'être intentée contre elle. Exceptionnellement, le divorce par consentement mutuel se produit au jour où l'époux déclare le divorce à la mairie* » (Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 204).

⁷³⁹ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 139.

consensuel des conséquences patrimoniales et de faire en sorte que ce règlement soit, autant que possible, achevé lors du prononcé du divorce. La volonté de pacifier la procédure explique aussi l'une des principales réformes opérées par la même loi du 26 mai 2004. Il s'agit d'effacer le lien autrefois établi entre l'attribution des torts et les conséquences financières du divorce qui avait pour effet d'alimenter les conflits entre époux. Ce second objectif, jugé légitime, a été surtout critiqué : en faisant disparaître les conséquences attachées à la faute, on finira nous dit-on⁷⁴⁰, par faire des obligations nées du mariage des obligations sans sanction.

Par comparaison, si les solutions proposées par le droit français se veulent être innovantes, le droit sud-coréen, concernant les effets patrimoniaux, est fortement marqué par son attachement au régime de la séparation des biens⁷⁴¹, consacré régime légal envers et contre toutes les critiques formulées pas la doctrine à l'égard de ce régime⁷⁴².

En effet, d'un côté le maintien du régime de séparation des biens étant acquis et par voie de conséquence l'absence de raison d'être d'une éventuelle liquidation du régime matrimonial, de l'autre le constat évident que la vie de couple entraîne toujours plus ou moins confusion des intérêts patrimoniaux en cas d'achat en commun, de dette commune voire de contribution ou de collaboration de toutes sortes au sein du ménage, la situation a mis dans l'embarras le législateur sud-coréen.

En tout cas, elle a justifié l'institution, par une loi du 13 janvier 1990⁷⁴³, d'une procédure spécifique au système sud-coréen dénommée selon une traduction littérale, division ou répartition des biens⁷⁴⁴, généralement présentée comme un substitut de la liquidation du régime matrimonial.

⁷⁴⁰ Y. LEQUETTE, *D'une célébration à l'autre (1904-2004), 1804-2004 : le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 21.

⁷⁴¹ Mi-Souk JANG, *A study on property rights of wife in Edo period - based on reversion of property in the case of divorce -*, *Histoire et frontière* (vol. 60), Comité de histoire de Pusan et Kyung-Nam, 2006, p. 284 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 226 ; Seung-Wan HA, *L'amélioration et l'utilisation du système du contrat de mariage (Improvement and utilization of matrimonial property system)*, *Étude légale* (n° 33), Centre de recherche de droit, 2009, p. 187 et s.

⁷⁴² Gyung-Gun JUN, *A study on the amendment regarding matrimonial property system*, *Étude sur le droit de la famille* (n° 20, vol. 3), *The korean society of family law*, 2006, p. 64 ; Sang-Yong KIM, *La société remmandant le divorce*, *Journal des femmes*, Le 14 juin 2002 (n° 681).

⁷⁴³ La loi n° 4199 du 13 janvier 1990.

⁷⁴⁴ « Il existe un seul article 839-2 du Code civil pour la liquidation du régime matrimonial lors du divorce que le législateur de 1990 a instauré. Il ne suffit pas de résoudre tous les problèmes de la liquidation du

Toutefois, cet aspect particulier du droit sud-coréen relativement aux conséquences patrimoniales du divorce dans les rapports entre époux ne doit pas être exagéré. Si la dissolution de la communauté d'intérêts pouvant exister entre eux pendant le mariage n'a pas été affirmée avec la rigueur souhaitée, le législateur sud-coréen comme son homologue français admet que le divorce entraîne aussi d'autres conséquences d'ordre patrimonial.

Ceci posé, il convient donc, d'analyser dans un premier temps la liquidation des intérêts pécuniaires des époux (§ 1) en tant qu'effet commun à tous les cas de divorce, avant d'examiner, dans une seconde phase, l'attribution de dommages et intérêts (§ 2), davantage un effet propre à un type de divorce particulier, en droit français comme en droit sud-coréen.

§ 1. LA LIQUIDATION DES INTERETS PECUNIAIRES DES EPOUX

Outre la mise en œuvre de cette liquidation des intérêts pécuniaires des époux (A) qui se fait, nous le verrons, suivant des modalités différentes dans les deux systèmes juridiques, liquider le passé consiste aussi à décider du sort des donations et avantages matrimoniaux (B), ainsi que du logement familial (C). Mais aussi paradoxal que cela puisse paraître en matière de divorce, il y a aussi un avenir à préparer⁷⁴⁵. Ainsi, pour permettre à un époux de ne pas subir les conséquences de la chute de niveau de vie consécutive au divorce puisque le devoir de secours entre époux disparaît, a-t-il été institué la prestation compensatoire (D).

A. LA MISE EN ŒUVRE DE LA LIQUIDATION DES INTERETS PECUNIAIRES DES EPOUX

En principe, le divorce en même temps qu'il opère dissolution du lien conjugal, dissout aussi le régime matrimonial en tant que communauté d'intérêts ayant existé entre les époux durant la vie commune.

*régime matrimonial. Le législateur doit changer le régime légal ou le compléter en maintenant le régime présent sur les dispositions à l'égard de la liquidation : la proportion, l'objet de répartition, la considération de la prestation compensatoire, etc. » : You-Sook MIN, *The desirable form of legislation on property division at divorce, Étude sur le droit de la famille* (n° 15, vol. 2), *The korean society of family law*, 2001, p. 91 et s.*

⁷⁴⁵ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 309 ; H. FULCHIRON, *Les métamorphoses des cas de divorce (à propos de la réforme du 26 mai 2004)*, art. préc., p. 1103 et s.

C'est pourquoi en France cette liquidation doit alors être organisée et suivie, pour le régime de communauté, d'un partage des biens communs. La situation en Corée du Sud est toute différente. Pendant longtemps, le législateur sud-coréen n'a pas perçu la nécessité de prévoir des dispositions relatives à la liquidation du régime matrimonial⁷⁴⁶, dès lors que la séparation des biens a été consacrée régime matrimonial légal⁷⁴⁷.

Toutefois, face à la réalité de la vie de couple, entraînant inéluctablement une confusion des intérêts patrimoniaux, une loi de 1990 (n° 4199 du 13 janvier 1990) a finalement institué une procédure particulière, dite revendication à la répartition des biens par des époux divorcés⁷⁴⁸.

Plusieurs conséquences découlent de cette différence de traitement de la liquidation des intérêts pécuniaires des époux dans les deux systèmes juridiques.

La première est relative à la date des effets dans les rapports entre époux et à l'égard des tiers⁷⁴⁹. Dans le premier cas, l'article 262-1, alinéa 1^{er} du Code civil distingue deux hypothèses en droit français. En cas de divorce par consentement mutuel, il faut tenir compte de la date de l'homologation de la convention qui va régler les effets du divorce⁷⁵⁰.

⁷⁴⁶ Gyung-Gun JUN, *A study on the amendment regarding matrimonial property system, Étude sur le droit de la famille* (n° 20, vol. 3), *The korean society of family law*, 2006, p. 64 ; Mi-Gyung JO, *L'étude du droit de la famille coréen écrite par professeur JEONG Gwang-Hyeon - L'étude pour le développement et l'avancement du droit de la famille-*, *Revue légale d'université de Seoul* (n° 48, vol. 3), *Centre de droit de l'université de Seoul*, 2007, p. 225.

⁷⁴⁷ Man HU, *La révocation de fiducie nominale entre les époux divorcés à l'égard de la répartition des biens, Le jugements du droit privé XVII*, *Pakyoungsa*, 195, p. 185 ; Sang-Yong KIM, *Une proposition de la réforme à l'égard du régime matrimonial, L'étude du droit de la famille I*, *Bobmounsa*, 2006, p. 73.

⁷⁴⁸ Young-Sou WON, *La problématique du régime matrimonial coréen et la solution - réflexion du statut social des femmes -*, *Étude des femmes asiatiques* (n° 31), *Institut des affaires pour les femmes asiatiques de l'université des femmes de Souk-Myung*, 1992, p. 95 et s. ; William SEAGLE, *Alimony, Encyclopedia of the social science*, Vol. I, p. 643 et s. ; BRADWAY, *Why pay alimony, Selected essays on family law*, p. 1046 et s. ; DAGGET, *Division of property upon dissolution of marriage, Selected essays on family law*, p. 1059 et s. ; MÜLLER-FREIENFELS, *Ehe und recht*, 1962, S. 183f ; Bong-Hee HAN, *La révision des biens, Bub-Jo* (n° 12, vol. 8 et 9), 1963, p. 21 et s.

⁷⁴⁹ Les conséquences pécuniaires du divorce entre époux prenaient effet au jour de l'assignation, par laquelle commence la phase décisive de la procédure du divorce. Ce point de départ des effets du divorce a été modifié par la loi de 2004.

⁷⁵⁰ L'ancien article 262-1 du Code civil disposait que « *le jugement du divorce prenait effet dans les rapports pécuniaires entre époux, en ce qui concerne leur biens, à la date de l'assignation* ». Cette disposition comportait une lacune car en cas de divorce par consentement mutuel, la procédure ne visait pas l'assignation, mais la convention par les deux époux (J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 139) ; « *Dans le silence de cette convention, il convenait de retenir le jour où celle-ci était soumise à l'homologation du juge* » (F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 493).

Dans les autres procédures, le jugement du divorce prend effet dans les rapports entre époux à la date de l'ordonnance de non-conciliation. Autrement dit, la communauté va cesser dès le moment où est organisée judiciairement la procédure du divorce.

Ceci posé, la loi a aussi instauré une rétroactivité des effets du divorce. Ainsi en cas de divorce par consentement mutuel, les époux peuvent librement fixer une autre date dans leur convention de divorce.

Dans les autres divorces, il est possible d'obtenir un report rétroactif au jour de la séparation de fait. Aux termes de l'article 262-1, alinéa 2 du Code civil, le juge peut, à la demande de l'un des époux fixer les effets du jugement à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer⁷⁵¹. L'objet de la règle est d'éviter les enrichissements injustes. Elle permet d'exclure des biens communs les biens acquis postérieurement à la séparation de fait.

A l'égard des tiers, l'article 262 du Code civil dispose que le jugement de divorce leur est opposable en ce qui concerne les biens des époux, à partir du jour où les formalités de mention en marge prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies⁷⁵². La règle ayant pour fondement le fait que les tiers ne peuvent avoir connaissance du divorce faute de publicité, il en résulte que si l'on est en présence d'une dette qualifiée de dette commune, le créancier pourra en demander le paiement à l'un quelconque des époux⁷⁵³, alors que la dette a été mise à la charge exclusive de l'un des époux. Autrement dit, alors qu'ils ont été autorisés à résider séparément, les deux époux continuent à être solidairement responsables du paiement de certaines dettes⁷⁵⁴. Il faut simplement réserver l'hypothèse de

⁷⁵¹ Indépendamment de la répartition des torts comme sous l'ancien texte.

⁷⁵² Il y a lieu, en conséquences, de déclarer recevable l'action du représentant des créanciers de l'époux une liquidation judiciaire en annulation de l'état liquidatif de communauté établi en période suspecte (Civ. 1^{re}, 25 janvier 2000, *Bull. civ. I*, n° 19 ; *D.* 2000. *AJ.* 103, obs. A. LIENHARD ; *Dr. fam.* 2000, n° 48, note H. LÉCUYER ; *RTD civ.* 2000.553, obs. J. HAUSER ; Civ. 1^{re}, 3 juin 2003, *Bull. civ. I*, n° 144 ; *D.* 1900. *Somm.* 115, obs. A. B2655, note P.-G. MARLY). Les jugements étrangers de divorce peuvent être mentionnés sur les registres français de l'état civil indépendamment de toute déclaration d'exequatur (Civ. 1^{re}, 29 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 19 ; *D.* 2000. *AJ.* 103, obs. A. BÉNABENT ; *AUDIJUDRIS* 1990, n° 1-2, p. 7, obs. P. COURBE).

⁷⁵³ Le bailleur peut réclamer le paiement des loyers à la femme, co-titulaire du bail avec le mari, pour la période antérieure à la transcription du jugement de divorce à l'état civil, alors même que la femme a été autorisée à résider séparément de son mari (Civ. 2^e, 3 octobre 1990, *Bull. civ. II*, n° 177 ; *D.* 1992. *Somm.* 219, obs. F. LUCET).

⁷⁵⁴ Par exemple, loyer du logement de famille.

la fraude. En effet, s'il est établi que le tiers avait connaissance du divorce et qu'il a agi frauduleusement avec le conjoint avec lequel il a contracté, en vue de porter préjudice aux intérêts de l'autre conjoint, ce tiers ne mérite plus la protection qu'entend lui assurer la règle en cause (art. 262-2 C.civ.)⁷⁵⁵.

Si la date des effets patrimoniaux fait ainsi l'objet d'une réglementation minutieuse en droit français, force est en revanche de constater que dans les rapports entre époux, relativement à leurs biens, la loi sud-coréenne ne distingue pas selon les cas de divorce. Pourtant, en cas de divorce par consentement mutuel, si les époux ont rédigé une convention sur les effets patrimoniaux du divorce et qu'ils la présentent au juge dans une comparution, cette convention prendra effet lors de la déclaration du divorce à l'officier d'état civil⁷⁵⁶.

La deuxième différence concerne l'organisation de la liquidation du régime matrimonial proprement dite en France, et la mise en œuvre de la répartition des biens selon le droit sud-coréen.

En France, la confusion des intérêts pécuniaires peut être telle que le législateur a estimé qu'il convient de tout faire pour régler au mieux et au plus vite cette liquidation⁷⁵⁷. Pour satisfaire ce double objectif, non seulement la préférence a été donnée aux conventions entre époux, mais les pouvoirs des juges ont été aussi augmentés, et la durée des opérations de liquidation a été rigoureusement encadrée⁷⁵⁸.

Ainsi la loi tente par différents moyens d'inciter les époux à régler à l'amiable leurs intérêts financiers. D'abord, la possibilité d'un règlement amiable avant le prononcé du divorce figure à l'article 265-2 du Code civil. Il faut, dans ce cas, que la convention soit

⁷⁵⁵ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 248.

⁷⁵⁶ Myung-Soo CHOI, *A Study on the cooling-off period system for divorce by agreement*, *Legal de Kyung-Sung* (n° 16, vol. 1), Centre de recherche judiciaire de l'Université de Kyung-Sung, 2007, p. 141 ; « Si les époux ont ensemble rédigé la convention pour les effets du divorce, cette convention sera effectuée lors de la déclaration du divorce par consentement mutuel » (Hong-Jou PARK et Eun-A LEE, *Les responsabilités, travail, et famille pour les femmes mariées comme travailleuse, L'étude des femmes* (n° 20, vol. 2), Institut des recherches des femmes, 2004, p. 145).

⁷⁵⁷ Interdites avant 1975 au prétexte qu'elles pourraient favoriser le divorce, les conventions amiables organisant la liquidation et le partage du régime matrimonial sont permises et même encouragées durant l'instance en divorce (A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 244).

⁷⁵⁸ Dans la réforme de 2004, le législateur a accéléré la procédure de liquidation du régime matrimonial, permettant ainsi de diminuer dans le temps, les conflits entre époux.

passée avant l'introduction de l'instance, en la forme authentique si elle porte sur des biens soumis à publicité foncière.

Ensuite, dans le divorce par consentement mutuel, les opérations de liquidation sont intégrées à la convention définitive. Par ailleurs, il est remarquable que ladite convention porte également sur d'autres points, comme la prestation compensatoire et le sort des libéralités et avantages matrimoniaux. Il est vrai que l'article 268 du Code civil autorise désormais les époux à soumettre au juge des conventions réglant tout ou partie des effets du divorce⁷⁵⁹. Lorsque le divorce sera prononcé, le juge homologuera la convention si elle préserve suffisamment les intérêts respectifs des époux et des enfants⁷⁶⁰.

Enfin, dans les divorces contentieux, les conventions amiables organisant la liquidation et le partage du régime matrimonial sont aussi permises et même encouragées durant l'instance de divorce⁷⁶¹. Ce n'est qu'à défaut d'un règlement conventionnel des époux, que le juge devra intervenir pour ordonner la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux (art. 267, al. 1^{er} C.civ.)⁷⁶².

A ce propos, on assiste à un élargissement de la compétence du juge par la loi du 26 mai 2004. Ainsi il peut désormais statuer sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle, ou accorder à chacun des époux une avance sur sa part de communauté ou de biens indivis (art. 267, al. 2 et al. 3 C.civ.).

Par ailleurs, afin de disposer rapidement d'un état des patrimoines, le juge peut, dès l'audience de conciliation désigner, au titre des mesures provisoires, tout professionnel qualifié afin de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au

⁷⁵⁹ « Il est traditionnellement admis que les époux disposent en la matière d'une grande liberté : non seulement ils ne sont pas tenus de suivre les règles de leur régime matrimonial, mais encore il leur est loisible de renoncer à tel ou tel de leurs droits » : J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2001, p. 451 et s.

⁷⁶⁰ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 147 et s.

⁷⁶¹ F. GRANET et P. HILT, *op. cit.*, p. 80 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2001, p. 468 ; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 315.

⁷⁶² L'article 267-1 du Code civil, issu de la loi du 12 mai 2009, a élargi la compétence générale du juge aux affaires familiales à tous les désaccords pour lesquels le projet de liquidation préparé en vertu des mesures provisoires lui fournit des informations suffisantes (A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 245). Pour assurer la continuité et l'homogénéité de ce règlement, la loi du 12 mai 2009 a transféré au juge aux affaires familiales une compétence générale laquelle était antérieurement réservée au seul tribunal.

règlement des intérêts pécuniaires des époux (art. 255, 9° C.civ.). De même, dans le but de favoriser les liquidations anticipées, il peut désigner un notaire chargé d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager (art. 255, 10° C.civ.).

Enfin, le juge peut statuer sur les désaccords persistants entre les époux, si le document présenté par le notaire désigné contient des informations suffisantes (art. 267, al. 4 C.civ.)⁷⁶³.

Outre, la faveur accordée aux accords amiables et l'augmentation des pouvoirs du juge, le dispositif mis en place par la loi du 26 mai 2004 en matière de liquidation des intérêts pécuniaires des époux visait aussi à mettre un terme aux longues procédures, source de conflit. Dans cette perspective, la loi a instauré un nouveau calendrier de la liquidation⁷⁶⁴.

D'abord, si les opérations de liquidation ne sont pas terminées dans un délai d'un an après que le jugement de divorce est passé en force de chose jugée, le notaire chargé de ces opérations transmet au tribunal un procès verbal rapportant les difficultés rencontrées (art. 267, al. 1^{er} C.civ.)⁷⁶⁵.

Au vu de ce procès verbal, un délai supplémentaire de six mois peut ensuite être accordé par le tribunal. Enfin, si à l'expiration de ce nouveau délai, la situation n'est pas toujours réglée, le notaire peut éventuellement dresser un nouveau procès verbal. En tout cas, le tribunal va statuer et renvoyer les parties devant le notaire afin d'établir l'état liquidatif.

Par comparaison, on sait qu'en dépit des critiques adressées à l'encontre du régime de séparation des biens⁷⁶⁶, son maintien en tant que régime légal n'a jamais été remis en cause

⁷⁶³ Ainsi le juge peut permettre aux époux de retrouver leur équilibre financière après divorce.

⁷⁶⁴ Ce qui laisse parfois supposer un contentieux latent.

⁷⁶⁵ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 244 et s.

⁷⁶⁶ Seung-Wan HA, *L'amélioration et l'utilisation du système du contrat de mariage (Improvement and utilization of matrimonial property system)*, *Étude légale (n° 33)*, Centre de recherche de droit, 2009, p. 187 et s. ; Le régime de la séparation de biens en tant que régime matrimonial légal est toujours critiqué en étant cité dans les pays étrangers. Dans le cas de l'Angleterre, les juristes ont perçu le problème du régime de séparation de biens et essayé de réformer ce régime (ÖZTAN, *Der gesetzliche Güterstand in der Türkei*, in Henriche/Schwab (Hrsg.), *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, S. 311ff ; LOWE, *The English approach to the division of assets upon family breakdown*, in Henriche/Schwab (Hrsg.), *Eheliche gemeinschaft, partenerschaft une vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, S. 47ff.). La loi italienne de 1975 a aboli le régime de séparation de

en droit sud-coréen⁷⁶⁷. Dès lors pour trancher les conflits résultant de la confusion des intérêts pécuniaires des époux pendant la vie commune, et à défaut d'un dispositif spécifique pour le règlement d'une telle communauté d'intérêts⁷⁶⁸, la jurisprudence saisie de la question a dû faire preuve d'imagination⁷⁶⁹. Ainsi pour accorder à l'époux demandeur sa part sur les biens acquis pendant le mariage au nom de l'autre époux défendeur, le juge a généralement recours à la notion de fiducie nominale⁷⁷⁰ prévue par l'article 406 du Code civil sud-coréen⁷⁷¹. Il faut aussitôt observer que cette jurisprudence a été critiquée⁷⁷².

biens et a instauré un régime de la communauté de biens et la loi allemande de 1957 (Gleichberechtigungsgesetz-Gleichberg) a instauré le régime de la communauté réduite aux acquêts (BOSCH, *Entwicklungslinien in den Jahren 1947 bis 1987*, NJW, 1987, 2617/2618f.) ; « *Le régime de séparation de biens ne convient pas à notre société présente. Prenant en considération ce que plus de moitié des femmes s'arrête à travailler dès lors du mariage ou de la naissance des enfants* » (Sang-Yong KIM, *Réflexion légale et sociale à l'égard de la cause de divorce*, op. cit., p. 39 et s.).

⁷⁶⁷ En effet, dans la plupart des articles à l'égard du régime légal, les juristes proposaient le régime de communauté, mais le législateur n'abandonnait pas le régime de séparation de biens et créait tout de même la revendication sur la répartition des biens (Myeong-Sook KIM, *Review on the Korean Marital Property Regime*, *Revue légale de Korea* (n° 56), *Institut légal d'université de Korea*, 2010, p. 244) ; Sung-Ho BAE, *Réexamen sur l'essence de la répartition des biens*, *Jurisprudence administrative* (n° 42, vol. 11), *Institut coréen de jurisprudence administrative*, 2001, p. 8 ; You-Mee KIM, *A study on the division of matrimonial property in Korea*, *Étude sur le droit de la famille* (n° 22, vol. 2), *The korean society of family law*, 2008, p. 93 et s. ; Sang-Yong KIM, *Une proposition de la réforme à l'égard du régime matrimonial*, op. cit., p. 75.

⁷⁶⁸ You-Sook MIN, *The desirable form of legislation on property division at divorce*, *Étude sur le droit de la famille* (n° 15, vol. 2), *The korean society of family law*, 2001, p. 101 et s. ; Gyung-Gun JUN, *Character of preserved claim of right of property distribution*, *Étude sur le droit de la famille* (n° 17, vol. 1), *The korean society of family law*, 2003, p. 104 et s. : « *aucun règlement n'obligeait à liquider leur régime matrimonial ni pendant la procédure du divorce, ni lors du prononcé du divorce, ni après celui-ci* ».

⁷⁶⁹ You-Sook MIN, *The desirable form of legislation on property division at divorce*, *Étude sur le droit de la famille* (n° 15, vol. 2), *The korean society of family law*, 2001, p. 91 et s. : « *Il existe un seul article 839-2 du Code civil pour la liquidation du régime matrimonial lors du divorce que le législateur de 1990 a instauré. Il ne suffit pas de résoudre tous les problèmes de la liquidation du régime matrimonial. Le législateur doit changer le régime légal ou le compléter en maintenant le régime présent sur les dispositions à l'égard de la liquidation : la proportion, l'objet de répartition, la considération de la prestation compensatoire, etc.* » ; Sang-Mook KIM et Sung-Ho YOUN, *art. préc.*, p. 145 et s.

⁷⁷⁰ Jou-Sou KIM, *La révocation de fidéicommiss nominal et la dévolution des biens*, *Pratique des concours des avocats*, n° 264, 1996, p. 157 et s.

⁷⁷¹ Yong-Wook KIM, *A study on the matrimonial property system*, *Étude légale d'université de Pusan* (n° 24, vol. 1), *Institut de droit d'université de Pusan*, 1981, p. 25 et s. ; La fiducie désigne un transfert de propriété soumis à des conditions d'usage ou de durée. Cette notion existe principalement dans le droit anglais sous le nom de (trust), dans le droit allemand (Treuhand). Le contrat de fiducie permet au ou, aux titulaires d'un droit, d'un bien ou d'un patrimoine, dits « les constituants », de transférer à une ou d'autres personnes dits le ou les « fiduciaires », la propriété de tout ou partie de ses droits du ou des constituants à un ou plusieurs « bénéficiaires », pour réaliser un objet conventionnellement défini. L'article 2012 et s. nouveaux du code civil résultant de l'Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, précise que si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la

En tout cas, c'est dans ces conditions qu'est intervenue la loi du 13 janvier 1990 instituant la procédure dite de revendication sur la répartition de biens par l'époux divorcé (art. 830, al. 1^{er} et al. 2, art. 831 et art. 839-2 C.civ.)⁷⁷³. Destinée à remédier aux inconvénients du régime légal de la répartition des biens⁷⁷⁴, largement adopté par les époux sud-coréens et par voie de conséquence permettre de liquider lors du divorce les intérêts pécuniaires ayant pu exister entre eux au cours du mariage, l'institution soulève deux questions.

D'une part, au plan procédural, l'article 839-2 du Code civil dispose que la demande en répartition des biens peut être faite aussi bien dans le cadre du divorce par consentement mutuel, qu'en cas de divorce contentieux, c'est-à-dire pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal ou pour faute⁷⁷⁵.

Toutefois, en cas de divorce par consentement mutuel⁷⁷⁶, lorsque les époux ont volontairement présenté au juge une convention pour la liquidation des intérêts

communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité. Le droit anglo-américain connaît ce type de convention sous le nom de « trust », c'était une institution qui était inconnue du droit français jusqu'à la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. Il convient de préciser que la loi française ne fait aucune référence au trust anglo-saxon. Sur <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/fiducie.php>.

⁷⁷² Man HU, *La révocation de fiducie nominale entre les époux divorcés à l'égard de la répartition des biens, Le jugements du droit privé XVII*, Pakyoungsa, 195, p. 185 ; Mi-Souk JANG, *A study on property rights of wife in Edo period - based on reversion of property in the case of divorce -*, *Histoire et frontière* (vol. 60), Comité de histoire de Pusan et Kyung-Nam, 2006, p. 284 et s. ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 226 et s.

⁷⁷³ Gyung-Gun JUN, *Character of preserved claim of right of property distribution, Étude sur le droit de la famille* (n° 17, vol. 1), *The Korean society of family law*, 2003, p. 121 ; Sam-Hwa KIM, *La revendication sur la répartition des biens, Les droits de l'homme et la justice* (n° 180), *Conseil des avocats*, 1991, p. 31 ; En effet, le juge n'a pas à évaluer chaque somme ou lot à partager en proportion sur chaque bien indiqué pour l'époux créancier (la Cour suprême 2005da74900, 14 septembre 2006) : Seung-Wan HA, *L'amélioration et l'utilisation du système du contrat de mariage (Improvement and utilization of matrimonial property system), Étude légale* (n° 33), *Centre de recherche de droit*, 2009, p. 181.

⁷⁷⁴ Hwa-Soun BEUN, *Le changement social et économique pour les femmes divorcées, Korean women's development institute*, 2006, p. 81 et s. ; Sang-Mook KIM et Sung-Ho YOUN, *Le régime matrimonial en Code civil, Étude légale* n° 24, 2006, p. 134.

⁷⁷⁵ Hwa-Suk LEE, *L'évaluation économique des travaux à domicile et le régime de la séparation des biens, La politique et le droit de la famille contemporains : Thèses de souvenir pour M. KIM Jou-Sou*, *Samyoungsa*, 1988, p. 308 et s. ; Yong-Han KIM, *Le droit de la famille, op. cit.*, p. 245 ; Dong-Sub PARK, *Le droit de la famille, op. cit.*, p. 171.

⁷⁷⁶ Chang-Ryeol CHOI, *A study on consolation money due to divorce, art. préc.*, p. 51 et s. ; Gyung-Gun JUN, *The issues and reform measure of matrimonial property system on present Civil law, Étude sur le droit de la famille* (n° 19, vol. 1), *The Korean society of family law*, 2005, p. 214 ; « Même si les époux ont établi une convention relative aux intérêts pécuniaires avec une condition de divorce par

pécuniaires⁷⁷⁷, ceci constitue une fin de non-recevoir de la demande en répartition des biens⁷⁷⁸.

Par ailleurs, il est précisé à l'alinéa 3 du même article 839-2 du Code civil que la demande peut être déposée au cours de l'instance en divorce ou pendant un délai de deux ans⁷⁷⁹ à compter du prononcé du divorce contentieux ou après la déclaration du divorce par consentement mutuel à l'officier d'état civil (art. 839-2, al. 3 C.civ.)⁷⁸⁰.

Quant à la titularité de l'action, il est à noter le caractère indifférent de la responsabilité de la rupture du lien conjugal sur le droit d'un époux de demander la répartition de biens⁷⁸¹. Comme son homologue français (la loi du 26 mai 2004), le législateur sud-coréen

consentement mutuel, cette convention entre les deux époux ne prend aucun effet lors du divorce pour faute » (La Cour suprême 96m226, 26 avril 1996 ; la Cour suprême 99da33458, 24 octobre 2000 ; la Cour suprême 2001da14061, 19 août 2003).

⁷⁷⁷ Sang-Yong KIM, *Une proposition de la réforme à l'égard du régime matrimonial*, op. cit., p. 78: « la convention des dispositions sur la répartition des biens n'oblige pas les époux à passer par un acte notarié mais, elle doit être faite par écrit avec l'accord des époux » ; Su-Jung KIM, *La répartition des biens à cause de divorce*, Thèse juridiques (n° 40), La presse de la bibliothèque du tribunal, 2005, p. 552 et s.

⁷⁷⁸ En l'absence d'une obligation légale, les époux peuvent volontairement présenter au juge une convention ayant pour objet les règlements pécuniaires entre eux lors du divorce par consentement mutuel (Le Cour suprême 2001da14061, 19 août 2003). A l'égard de la forme de cet état liquidatif, la convention peut être authentique ou sous seing privé (Kyung-Hee LEE, *Droit de la famille, 4^e édition*, Bobwonsa, 2008, p. 271). Cette convention prendra définitivement effet au jour de la déclaration du divorce auprès de l'officier d'état civil (Jin KIM, *A study on the better device of divorce system by agreement*, *Étude sur le droit de la famille* (n° 19, vol. 1), The korean society of family law, 2005, p. 244) ; Hong-Jou PARK et Eun-A LEE, *Les responsabilités, travail, et famille pour les femmes mariées comme travailleuse*, *L'étude des femmes* (n° 20, vol. 2), Institut des recherches des femmes, 2004, p. 145 ; Su-Jung KIM, *La répartition des biens à cause de divorce*, Thèse juridiques (n° 40), La presse de la bibliothèque du tribunal, 2005, p. 552 et s.

⁷⁷⁹ Cette prescription extinctive s'applique afin de stabiliser rapidement la vente avec le tiers ; Gyung-Gun JUN, *The issues and reform measure of matrimonial property system on present Civil law*, *Étude sur le droit de la famille* (n° 19, vol. 1), The korean society of family law, 2005, p. 190.

⁷⁸⁰ L'époux peut procéder à cette répartition de biens en cours de divorce contentieux. Toutefois, dans la procédure du divorce par consentement mutuel, cette demande de répartition de biens n'est pas permise aux époux en raison que ce type de divorce est fondé sur les accords des deux époux sur le principe du divorce et sur les conséquences du divorce pour les enfants (la Cour suprême 2005da74900, 14 septembre 2006) : Gyung-Gun JUN, *Character of preserved claim of right of property distribution*, *Étude sur le droit de la famille* (n° 17, vol. 1), The korean society of family law, 2003, p. 116.

⁷⁸¹ La Cour suprême 93s6, 11 mai 1993 ; Le tribunal familial de Seoul 91n4431, 12 novembre 1991 ; Lorsque les époux divorcent pour faute aux torts partagés, le bien acquis par un des époux après la séparation, n'est pas l'objet de la revendication sur la répartition des biens (Le tribunal familial de Seoul 92de74249, 28 janvier 1994).

a voulu effacer le lien généralement établi entre l'attribution des torts et les conséquences financières du divorce⁷⁸².

Enfin, la demande doit être accompagnée d'un descriptif sommaire des biens⁷⁸³ pour permettre au juge de procéder à l'évaluation du lot à partager et de prendre une décision sur les modalités de la répartition sous forme de capital ou de rente⁷⁸⁴.

D'autre part, un examen un peu plus approfondi des dispositions légales ainsi que leur application par la jurisprudence révèlent une nature juridique plutôt incertaine de cette procédure de répartition des biens⁷⁸⁵.

Certes, on peut affirmer que le but initial de la répartition des biens lors du divorce est d'abord de liquider réellement les intérêts pécuniaires ayant pu exister entre les époux au cours du mariage, nonobstant l'adoption du régime de séparation des biens⁷⁸⁶.

En effet, sous le régime de la séparation des biens, les époux conservent leurs biens propres acquis avant le mariage ainsi que les biens personnels qu'ils ont reçus par héritage ou donation pendant le mariage⁷⁸⁷. Désormais, en vertu des articles 830, alinéa 1^{er}, 831 et 839-2 du Code civil, lorsque les deux époux ont acquis ensemble les biens pendant le

⁷⁸² Le juge précise le lot à partager, en proportion sur les biens notés dans un descriptif sommaire, et y indique les modalités d'exécution en tenant compte de toutes les circonstances (art. 839-2, al. 2 C.civ.) (Sang-Mook KIM et Sung-Ho YOUN, *art. préc.*, p. 141 ; You-Sook MIN, *art. préc.*, p. 92).

⁷⁸³ Ce descriptif sommaire peut faire l'objet d'un acte sous seing privé. L'acte notarié n'est pas exigé mais le document fourni par l'époux doit indiquer la valeur objective des biens (La Cour suprême 95m175, 12 octobre 1995 ; la Cour suprême 96m1397, 11 juin 1999) ; Le juge peut d'office examiner et apprécier les biens totaux indiqués dans le descriptif sommaire et également les modifier ou supprimer (art. 2, al. 1^{er} et art. 11 du Code de procédure en non-procès familial) ; La Cour suprême 94m1548, 28 mars 1995.

⁷⁸⁴ L'époux créancier doit fournir au juge un descriptif sommaire comportant les biens complets de l'époux débiteur. L'époux débiteur peut aussi présenter au juge un descriptif sommaire à l'égard de la demande la répartition des biens (la Cour suprême 2000s13, 2 mai 2000 ; la Cour suprême 99m906, 22 septembre 2000) ; Gyung-Gun JUN, *The issues and reform measure of matrimonial property system on present Civil law, Étude sur le droit de la famille (n° 19, vol. 1), art. préc.*, p. 215.

⁷⁸⁵ La Cour suprême 92m1054, 11 juin 1993 ; La Cour suprême 93m1020, 13 mai 1993 ; La Cour suprême 94m734, 25 octobre 1994 ; La Cour suprême 94m598, 13 décembre 1994 ; La Cour suprême 94m635, 9 février 1996 ; La Cour suprême 96m1434, 10 avril 1998.

⁷⁸⁶ Sang-Mook KIM et Sung-Ho YOUN, *art. préc.*, p. 140 ; Yong-Won KIM, *Les biens à l'égard de la répartition des biens lors du divorce, Thèses légales (n° 21), Institut de droit d'université de Soung-Sil*, 2008, p. 17 et s. ; You-Mee KIM, *A study on the division of matrimonial property in Korea, Étude sur le droit de la famille (n° 22, vol. 2), The korean society of family law*, 2008, p. 105 ; Seung-Wan HA, *art. préc.*, p. 189.

⁷⁸⁷ « Tous les biens de l'un ou de l'autre des futurs époux, qu'ils soient meuble ou immeubles, acquis avant ou pendant le mariage, sont soumis à l'administration, à la jouissance et à libre des dispositions de celui qui en est propriétaire » : Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 227.

mariage, ces biens sont qualifiés biens indivis. De même, si aucun époux ne peut prouver la propriété exclusive des biens, ceux-ci sont présumés indivis selon l'alinéa 2 de l'article 830 du Code civil précité. Dans ce cas, la demande en répartition des biens va permettre aux époux de récupérer leurs parts acquises dans les biens indivis⁷⁸⁸ ou présumés comme tels⁷⁸⁹.

Par ailleurs, il résulte de l'article 839-2 du Code civil en son alinéa 1^{er} qu' « *un époux peut demander à l'autre la répartition des biens résultant de son aide ou sa collaboration* »⁷⁹⁰. S'appuyant sur cette expression générique « *d'aide ou de collaboration* », la jurisprudence a alors accédé successivement à la demande d'un époux ayant contribué pendant le mariage à « *créer ou entretenir*⁷⁹¹, voire *participer à l'accroissement de la valeur des biens personnels de l'époux défendeur* »⁷⁹² ou qui s'est consacré aux travaux à domicile⁷⁹³, à l'éducation des enfants⁷⁹⁴ pour favoriser la carrière

⁷⁸⁸ Seung-Ou LEE, *La contribution et l'entretien pour l'époux divorcé, Étude sur le droit de la famille* (n° 12, vol. 3), *The korean society of family law*, 1998, p. 568.

⁷⁸⁹ Jun-Mo KIM, *Le caractère de la répartition des biens, Les cas du tribunal familial (les matériaux du jugement n° 101)*, *La bibliothèque de tribunal familial*, 2003, p. 219.

⁷⁹⁰ Le tribunal de Seoul 2007dedan37818, 31 janvier 2008 ; « *Le juge a accepté, dans 14, 8 % des cas de la revendication, les parts que l'époux demandeur a collaboré et contribué pour les biens propres de son conjoint* » (Yong-Won KIM, *Les biens à l'égard de la répartition des biens lors du divorce, Thèses légales* (n° 21), *Institut de droit d'université de Soung-Sil*, 2008, p. 33).

⁷⁹¹ Lorsque l'époux créancier a seul contribué aux charges du mariage, remboursé la dette de son conjoint, ou contribué aux études de son mari, le juge octroyait proportionnellement une part de 60 à 70 % sur le bien personnel de l'époux débiteur (le tribunal familial de Seoul 2006dehap11623, 30 janvier 2008 ; le tribunal familial de Seoul 2006dehap8917, 1 août 2007 ; le tribunal familial de Seoul 2006dedan17877, 11 juillet 2007) ; Yong-Won KIM, *Les biens à l'égard de la répartition des biens lors du divorce, Thèses légales* (n° 21), *Institut de droit d'université de Soung-Sil*, 2008, p. 29 et s. ; Hwa-Suk LEE, *L'évaluation économique des travaux à domicile et le régime de la séparation des biens, op. cit.*, p. 313.

⁷⁹² Le juge peut toutefois accepter que ces biens personnels fassent l'objet de partage lorsque l'époux demandeur a expressément participé au maintien ou à l'accroissement de ces biens (Young-Jin KWON, *La revendication sur la répartition des biens lors de divorce, Le prospect et devoir du Code civil contemporain, MILAL*, 1994, p. 208).

⁷⁹³ Les travaux à domicile sont alors équivalents à l'activité professionnelle (Hwa-Soun BEUN et Eun-Hee CHO, *Le rôle et le statut des femmes coréennes avec la société changée, Korean women's development institute*, 2001, p. 133 et s. ; Gyung-Gun JUN, *The issues and reform measure of matrimonial property system on present Civil law, Étude sur le droit de la famille* (n° 19, vol. 1), *The korean society of family law*, 2005, p. 213) ; « *on ne peut pas estimer que les travaux à domicile est plus faible valeur que l'activité professionnelle. Le travail à domicile ou à société est un élément indispensable pour maintenir la vie conjugale* » (Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 230) ; La jurisprudence accepte la valeur des travaux à domicile d'un époux qui est soit le mari, soit la femme (la Cour suprême 94m734, 25 octobre 1994 ; la Cour suprême 93s6, 11 mai 1993) ; En pratique, lorsque l'époux demandeur a travaillé à domicile pendant le mariage, le juge acceptait 30 % sur les biens totaux

de son conjoint au détriment de la sienne⁷⁹⁵, ou encore participé ou développé l'activité professionnelle de son conjoint⁷⁹⁶.

Dans toutes ces hypothèses, le juge considère que la revendication sur la répartition des biens équivaut à un droit de récupération d'une créance⁷⁹⁷. A ce propos, la revendication étant ainsi fondée sur l'idée de créance et d'équité entre les deux époux⁷⁹⁸, on s'explique le refus d'établir un lien entre le droit de demander la répartition des biens et la responsabilité de la dissolution du mariage.

excluant le bien passif dans les années 90, récemment 40 % : Gyung-Gun JUN, *The issues and reform measure of matrimonial property system on present Civil law, art. préc.*, p. 201.

⁷⁹⁴ Lorsque la femme s'occupe de son enfant (comme mère au foyer ou non), les travaux à domicile équivalent à une activité professionnelle. En pratique, après le divorce, la plupart des femmes qui se sont chargées de la garde des enfants et du ménage à domicile peuvent tomber dans la misère en régime de séparation de biens : Sang-Yong KIM, *Une proposition de la réforme à l'égard du régime matrimonial, op. cit.*, p. 78 ; Ae-Sil KIM, Moun-Jo KIM et Jou-Sook KIM, *La valeur des travaux à domicile - l'enquête avec les femmes de Seoul -, Étude pour les femmes, Korean development womens's institute (n° 2)*, 1986, p. 127 ; Hwa-Soun BEUN et Eun-Hee CHO, *Le rôle et le statut des femmes coréennes avec la société changée, Korean women's development institute*, 2001, p. 12 ; Young-Keum JEONG, *The Matter of policy for estimating the household work, Review of Korean Home Management (n° 14, vol. 3), Korean Home Management Association*, 1996, p. 21 et s.

⁷⁹⁵ Young-Keum JEONG, *art. préc.*, p. 21 et s. ; Hwa-Suk LEE, *L'évaluation économique des travaux à domicile et le régime de la séparation des biens, op. cit.*, p. 308 et s. ; Yong-Han KIM, *Le droit de la famille, op. cit.*, p. 245 ; Dong-Sub PARK, *Le droit de la famille, op. cit.*, p. 171 ; « Lorsque cette disparité résulte des travaux à domicile, il est juste de partager les biens malgré leur caractère de biens personnels. Cette difficulté économique arrive fréquemment à la femme lorsqu'elle a dû sacrifier sa carrière professionnelle aux besoins du ménage et des enfants pendant le mariage, une fois divorcée elle aura des difficultés à trouver un emploi stable lui permettant de faire évoluer sa carrière professionnelle » (Hwa-Soun BEUN et Eun-Hee CHO, *Le rôle et le statut des femmes coréennes avec la société changée, Korean women's development institute*, 2001, p. 108 et s.).

⁷⁹⁶ Hong-Jou PARK et Eun-A LEE, *Les responsabilités, travail, et famille pour les femmes mariées comme travailleuse, L'étude des femmes (n° 20, vol. 2), Institut des recherches des femmes*, 2004, p. 141 et s.

⁷⁹⁷ « Si la contribution sur les travaux pendant le mariage est une créance, pourquoi l'époux ne peut pas la demander pendant le mariage ? Vu que l'époux créancier ne peut pas demander à son conjoint de la rendre, la contribution est une créance virtuelle et suspendue s'effectuant lors du divorce » (Sun-Young PARK, *La réforme du divorce et du régime matrimonial, Thèses Progressives (n° 30)*, 2006, p. 304 et s.) ; « La part de chaque époux, surtout créancier, désigne le lot du partage en proportion de la valeur des biens totaux prélevés sur la dette » : Sang-Jin OH, *Property division at divorce in case debts exceeds assets, Étude sur le droit de la famille (n° 18, vol. 2), The korean society of family law*, 2004, p. 117 ; Gyung-Gun JUN, *Devolution of debt on property distribution, Étude sur le droit de la famille (n° 18, vol. 2), The korean society of family law*, 2004, p. 194 ; Yong-Won KIM, *Les biens à l'égard de la répartition des biens lors du divorce, Thèses légales (n° 21), Institut de droit d'université de Soung-Sil*, 2008, p. 29 et s. ; Hwa-Suk LEE, *L'évaluation économique des travaux à domicile et le régime de la séparation des biens, op. cit.*, p. 313.

⁷⁹⁸ Jong-Ou KIM, *Le méthode et l'objet de la répartition des biens, Étude pratique VIII, Le tribunal familial de Seoul*, 2002, p. 36 ; Jun-Mo KIM, *Le caractère de la répartition des biens, Les cas du tribunal familial (les matériaux du jugement n° 101), La bibliothèque de tribunal familial*, 2003, p. 219.

Force est toutefois de constater que l'objet de cette procédure de répartition des biens n'est pas limité en droit sud-coréen à « *liquider le passé* »⁷⁹⁹. Par une interprétation extensive des dispositions légales, la jurisprudence s'est servi également de cette demande de répartition des biens pour en faire une solution aux éventuelles disparités entre les époux « *pour l'avenir* »⁸⁰⁰, dans la mesure où ils peuvent se trouver dans des situations matérielles très différentes après la dissolution du mariage⁸⁰¹, en raison de l'âge, de la santé et de la situation professionnelle et financière de chacun des époux⁸⁰².

Trois remarques s'imposent à l'issue de la présentation de cette procédure spécifique du droit sud-coréen.

D'abord, pour constater que la répartition des biens a une nature juridique incertaine. Elle se présente sous des aspects divers, parfois sous les traits d'une véritable liquidation des intérêts pécuniaires des époux, parfois sous un aspect alimentaire⁸⁰³. Elle vise en effet

⁷⁹⁹ Gyung-Sook BAE et Kum-Sook CHOI, *Les cours du droit de la famille, Jaeil Bubgyu*, 2006, p. 195 : « *Le Conseil constitutionnel a précisé que cette répartition n'était pas la donation. Ainsi, les règles des impôts à l'égard de la donation ne se sont pas appliquées* (la Cour suprême 96nou14401, 13 février 1998 ; la Cour suprême 94m901, 2 décembre 1994 ; la Cour suprême 95m1192, 23 décembre 1996 ; la Cour suprême 96m1076, 26 décembre 1997 la Cour suprême 2002dou6422, 14 novembre 2003)».

⁸⁰⁰ Hong-Jou PARK et Eun-A LEE, *Les responsabilités, travail, et famille pour les femmes mariées comme travailleuse, L'étude des femmes (n° 20, vol. 2), Institut des recherches des femmes*, 2004, p. 157 et s. ; En pratique, lorsque l'époux demandeur a travaillé à domicile pendant le mariage, le juge acceptait 30 % sur les biens totaux excluant le bien passif dans les années 90, récemment 40 % (Gyung-Gun JUN, *The issues and reform measure of matrimonial property system on present Civil law, art. préc.*, p. 201). « *A l'égard du caractère de la revendication sur la répartition des biens, l'opinion dominante considère que le caractère de cette revendication est liquidatif et alimentaire. Mais la jurisprudence a précisé que le caractère compensatoire de cette répartition comporte le caractère forfaitaire et également indemnitaire* » (Sang-Jin OH, *Property division at divorce in case debts exceeds assets, Étude sur le droit de la famille (n° 18, vol. 2), The Korean society of family law*, 2004, p. 128).

⁸⁰¹ Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 227 ; Sang-Yong KIM, *Une proposition de la réforme à l'égard du régime matrimonial, op. cit.*, p. 74.

⁸⁰² « *lorsque la durée du mariage est moins de deux ans, ou lorsque le bien personnel est hérité après la séparation des époux, le juge n'accepte pas la part de l'époux créancier* » (Le tribunal de Seoul 2006dehap2636, 31 janvier 2008 ; Le tribunal de Seoul 2007dedan37818, 31 janvier 2008) ; Sang-Mook KIM et Sung-Ho YOUN, *art. préc.*, p. 144.

⁸⁰³ Le juge constate cet aspect de la prestation compensatoire dans 6, 7 % des demandes sur la répartition. Cet aspect alimentaire est réellement relatif avec la politique sociale et travailleuse (la Cour suprême 2003de96753, 19 août 2003) : Yong-Won KIM, *Les biens à l'égard de la répartition des biens lors du divorce, Thèses légales (n° 21), Institut de droit d'université de Soung-Sil*, 2008, p. 32 et s. ; Choon-Soo AN, *art. préc.*, p. 236 ; Le juge prend en considération la possibilité de trouver un emploi de l'époux créancier (Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 236 ; You-Mee KIM, *A study on the division of matrimonial property in Korea, Étude sur le droit de la famille (n° 22, vol. 2), The Korean society of family law*, 2008, p. 98) ; La prise en compte de la prestation compensatoire ne peut pas être révisée puisque cette répartition est recevable une seule fois s'il y a pas de l'appel ou le pourvoi en Cour suprême (Le tribunal familial de Seoul 2006dehap10057, 13 février 2008 ; Le tribunal familial de Seoul

aussi bien au rééquilibrage des situations en présence, à réparer un préjudice, voire à faire vivre le créancier⁸⁰⁴.

Il importe ensuite d'observer que l'interprétation extensive des dispositions légales, en l'occurrence l'article 839-2 du Code civil, par la jurisprudence⁸⁰⁵ a eu pour effet de rapprocher le régime adopté par les époux sud-coréens d'un régime de communauté⁸⁰⁶.

Enfin, dans le prolongement de la précédente remarque, l'élargissement du domaine de la répartition des biens va dispenser le législateur sud-coréen, à la différence du droit français, de consacrer des dispositions particulières à d'autres conséquences patrimoniales entre les époux lors du divorce.

B. LE SORT DES DONATIONS ET DES AVANTAGES MATRIMONIAUX

D'emblée, il nous faut observer que la question ne revêt pas la même importance dans les deux systèmes juridiques.

2006 dehap6393, 19 juillet 2007 ; Le tribunal familial de Seoul 2005dehap4024, 1^{er} août 2007 ; Le tribunal d'appel de Seoul 2006le579, 24 juillet 2007 ; Le tribunal d'appel de Daigou 2005gahap736, 13 décembre 2005).

⁸⁰⁴ Cet aspect alimentaire est réellement relatif avec la politique sociale et travailleuse (la Cour suprême 2003de96753, 19 août 2003) : Yong-Won KIM, *Les biens à l'égard de la répartition des biens lors du divorce, Thèses légales (n° 21), Institut de droit d'université de Soung-Sil*, 2008, p. 32 et s. ; Choon-Soo AN, *art. préc.*, p. 236 ; Le juge prend en considération la possibilité de trouver un emploi de l'époux créancier : Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 236 ; You-Mee KIM, *A study on the division of matrimonial property in Korea, Étude sur le droit de la famille (n° 22, vol. 2), The Korean society of family law*, 2008, p. 98

⁸⁰⁵ À l'égard du caractère de la revendication sur la répartition des biens, la jurisprudence a suppléé le caractère indemnitare ou forfaitaire (La Cour suprême 2000da58804, 8 mai 2001).

⁸⁰⁶ Sang-Jin OH, *Property division at divorce in case debts exceeds assets, Étude sur le droit de la famille (n° 18, vol. 2), The Korean society of family law*, 2004, p. 113 ; Mi-Souk JANG, *A study on property rights of wife in Edo period - based on reversion of property in the case of divorce -, Histoire et frontière (vol. 60), Comité de histoire de Pusan et Kyung-Nam*, 2006, p. 276 et s. ; Yong-Wook KIM, *A study on the matrimonial property system, Étude légale d'université de Pusan (n° 24, vol. 1), Institut de droit d'université de Pusan*, 1981, p. 36 et s. ; D'après l'enquête sur les femmes divorcées des années 60, 85, 4 % d'entre elles sont retournées à chez leurs parents après le divorce par consentement mutuel (Jai-Seuk CHOI, *op. cit.*, p. 359) 28, 8 % sur le total des femmes exerçaient d'ailleurs une activité professionnelle. Cela manifeste que la plupart des femmes divorcées n'ayant pas d'autonomie économique étaient mis en difficulté pécuniaire (Sang-Yong KIM, *Réflexion légale et sociale à l'égard de la cause de divorce, art. préc.*, p. 39 et s. ; Hwa-Soun BEUN, *Le changement social et économique pour les femmes divorcées, Korean women's development institute*, 2006, p. 64). Vu que 14, 5 % au total des femmes mariées avaient un emploi pour les années 80 et 34, 1 % pour les années 90, les années 60, on peut présumer que le nombre des femmes avec l'emploi était moins de 10 %. Ainsi, les femmes divorcées pouvaient tomber dans la misère (Sang-Yong KIM, *Le droit de la famille et la société changée, art. préc.*, p. 460 et s.)

Rappelons que le régime de la séparation des biens a été consacré régime matrimonial légal en Corée du Sud. Largement adopté par les époux, on s'explique alors qu'en pratique, entre 1960 et 2004, il a pu être seulement constaté l'établissement de dix-huit contrats de mariage entre de futurs époux⁸⁰⁷.

Dès lors, si, par définition, ces avantages matrimoniaux sont les profits qui résultent des clauses du contrat de mariage, il n'est guère surprenant que la question n'a pas été abordée de manière significative en droit sud-coréen. Et même en cas de donation entre époux pendant le mariage, celle-ci présente toujours un aspect définitif et irrévocable, ce qui empêche toute revendication au moment du divorce.

Par comparaison, force est de constater que la question a fait l'objet d'une attention particulière en droit français. A ce propos, sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, le sort des donations et des avantages matrimoniaux dépendait largement du cas de divorce prononcé⁸⁰⁸.

Tantôt, les époux étaient libres de les révoquer, notamment en cas de divorce sur requête conjointe ou aux torts partagés. Tantôt, ils les conservaient selon le caractère qu'elles présentaient. En pratique, les donations et avantages insérés dans un contrat de mariage étaient irrévocables, alors que, ceux consentis pendant le mariage étaient révocables. Tantôt, enfin, ils les perdaient de plein droit. Il en était ainsi du cas du conjoint aux torts exclusifs duquel le divorce pour faute était prononcé (ancien art. 267 C.civ.), alors que l'époux « *innocent* » les conservait de plein droit (ancien art. 267, al. 2 C.civ.). La même solution a été retenue au profit de l'époux défendeur et au détriment de l'époux demandeur en cas de divorce pour rupture de la vie commune.

⁸⁰⁷ Gyung-Gun JUN, *A study on the amendment regarding matrimonial property system, Étude sur le droit de la famille* (n° 20, vol. 3), *The korean society of family law*, 2006, p. 64 ; Mi-Gyung JO, *L'étude du droit de la famille coréen écrite par professeur JEONG Gwang-Hyeon - L'étude pour le développement et l'avancement du droit de la famille-*, *Revue légale d'université de Seoul* (n° 48, vol. 3), *Centre de droit de l'université de Seoul*, 2007, p. 225.

⁸⁰⁸ Selon l'article 1096, alinéa 1^{er} du Code civil, dont la rédaction remonte à 1804 et qui trouve ses origines dans le droit romain, toutes les donations faites entre époux pendant le mariage, quoi que qualifiées entre vifs, sont toujours révocables sauf si elles avaient été faites par le contrat de mariage : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 155.

Ce régime a été totalement modifié et celui proposé par la loi du 26 mai 2004 est désormais fondé sur une nouvelle distinction⁸⁰⁹.

D'une part, il s'agit des donations exécutées pendant le mariage et des avantages matrimoniaux ayant pris effet immédiatement, comme l'adoption d'une communauté universelle⁸¹⁰. On les qualifie de donation de biens présents.

Les donations de biens présents, qui portent sur les biens dans le patrimoine du donateur au moment où il en dispose, et qui prennent effet au cours du mariage, sont irrévocables (art. 1096, al. 2 C.civi.)⁸¹¹. Cette irrévocabilité permet notamment d'éviter que le maintien d'une donation ayant évité le versement d'une prestation compensatoire puisse être remis en cause ultérieurement⁸¹². D'ailleurs, les donations déguisées sont valables dans ce sens (art. 1099 C.civ.)⁸¹³.

Le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents quelles que soient leurs formes (art. 265, al. 1^{er} C.civ.)⁸¹⁴.

Aucune révocation ne s'attache au divorce en ce qui les concerne : ces donations et avantages sont maintenus sans pouvoir être remis en cause, ce qui devrait faire disparaître les nombreuses contestations qui surgissaient à l'occasion du divorce sur les financements par l'autre ou en division. La loi du 23 juin 2006 a décidé que les donations qui avaient été consenties avant le 1^{er} janvier 2005, demeurent révocables dans les conditions prévues par l'article 1096 du Code civil⁸¹⁵.

D'autre part, les donations de biens à venir, qui ne prennent effet qu'au décès du donateur, consistent pour un époux à faire donation à son conjoint de tout ou partie des

⁸⁰⁹ P. COURBE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 201.

⁸¹⁰ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 250.

⁸¹¹ L'ancien article 1096 du Code civil prévoyait la libre révocabilité des donations faites en cours de mariage.

⁸¹² P. COURBE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 201.

⁸¹³ L'ancien article 1099 du Code civil prévoyait la nullité des donations déguisées.

⁸¹⁴ L'ancien article 265 du Code civil prévoyait que les donations entre époux de biens présents étaient soumises au droit commun des donations.

⁸¹⁵ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 250 ; F. SAUVRAGE, *Les clauses de non-divorce ont-elles encore un avenir ? (à propos de Cass., 1^{re} civ., 14 mars 2012), RJPJF*, 2012(5/6), p. 7.

biens qui composent sa succession. Ces donations présentent des caractéristiques proches de celles d'un testament puisqu'elles sont révocables sans qu'il soit exigé de prévenir l'autre conjoint⁸¹⁶.

Il résulte de l'article 265, alinéa 2 du Code civil que le divorce emporte de plein droit la révocation des donations de biens à venir. L'article 1096 du Code civil prévoit que la donation des biens à venir faite entre époux pendant le mariage sera révocable⁸¹⁷.

En revanche pour éviter l'incertitude, la loi de 2004 dispose que le divorce emporte révocation de plein droit de toutes les dispositions pour cause de décès et accordées par un époux envers son conjoint, sauf volonté contraire de l'époux. Cette volonté doit être constatée par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocable la donation maintenue⁸¹⁸ : la déclaration de maintien lie définitivement son auteur qui ne peut la rétracter et elle rend irrévocable la donation⁸¹⁹.

Si le législateur sud-coréen ne s'est pas préoccupé du sort des donations et avantages matrimoniaux, essentiellement en raison du choix en faveur de la séparation des biens opéré par les époux sud-coréens, en revanche la question du logement familial ne l'a pas laissé indifférent même s'il faut reconnaître qu'elle n'a pas été traitée avec la même rigueur dans les deux systèmes juridiques.

C. LE SORT DU LOGEMENT FAMILIAL

En droit français, le logement de la famille fait l'objet, durant le mariage, d'une protection juridique spécifique⁸²⁰ initiée par différentes interventions législatives⁸²¹. Il en

⁸¹⁶ P. COURBE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 201 : « Les donations à venir sont beaucoup plus fréquentes que les donations de biens présents, mais n'ont d'intérêts que si elles conservent un caractère révocable. Comme il a été souligné au cours des travaux préparatoires, rendre irrévocable la donation de biens à venir entre époux supprimait tout l'intérêt de cette pratique dite de la donation au dernier vivant. C'est pourquoi les donations de biens à venir restent révocable (art. 1096. al. 1^{er} C.civ.) ».

⁸¹⁷ La compatibilité de la clause de non-divorce et de la donation de biens à venir est justifiée à la fois par la nature de l'institution contractuelle entre époux, laquelle ne peut bénéficier au conjoint survivant et non au conjoint divorcé, et par son caractère librement évocable (F. SAUVRAGE, *art. préc.*, p. 7).

⁸¹⁸ P. COURBE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 201.

⁸¹⁹ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 250.

⁸²⁰ Une telle protection juridique s'applique pendant la procédure, tant que le divorce n'est pas prononcé : M. GRIMALDI, *Le sort du logement après le décès, La Gazette du Palais 2007 (n° 262-63)*, p. 13-18 ; Sur l'application des dispositions de l'article 215 du Code civil : Colmar, 11 juillet 1974, D. 1975.540, note

est ainsi de l'innovation que l'on doit à la loi du 26 mai 2004 permettant au juge de statuer sur la résidence des époux, en cas de violences conjugales. En effet, lorsque les violences exercées par un époux mettent en danger son conjoint ou les enfants, le juge peut attribuer la jouissance du logement au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences en application de l'article 220-1, alinéa 3 du Code civil. Cette mesure est toutefois caduque si aucune requête en divorce ou en séparation de corps n'est déposée dans un délai de quatre mois.

Soumis à un statut spécifique durant le mariage⁸²², le logement familial fait également l'objet d'un traitement particulier lors de la dissolution du lien conjugal. Trois hypothèses doivent alors être distinguées en la matière, en fonction des droits que chacun des époux a sur ce logement familial.

Si le logement familial était loué par les époux, l'article 1751 du Code civil dispose que les droits locatifs sont nécessairement considérés comme appartenant aux deux époux, même si le bail avait été consenti à l'un d'entre eux seulement avant le mariage, quel que soit le régime matrimonial. En cas de divorce, ce droit au bail peut être attribué par le juge à l'un d'eux en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, et notamment en tenant compte de la présence d'enfants⁸²³. Ainsi, peu importe au nom de qui, entre les deux époux, le bail était établi : le juge a la possibilité de décider envers lequel des deux époux le droit locatif doit être attribué. Cette attribution se réalise en considération des intérêts en cause, parmi lesquels occupe naturellement une position privilégiée l'attribution de la garde des enfants ou bien celle de l'exercice à domicile d'une profession par l'un des deux époux⁸²⁴.

C.I. FOULON-PIGANOOL ; RTD civ. 1975.293, obs. R. NERSON ; Aix-en-Provence, 22 février 1982, JCP, éd. N, 1983.II.58, note P. RÉMY.

⁸²¹ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 252.

⁸²² R. LE GUIDEDEC, *Le sort du logement en cas de désunion, Logement et famille : des droits en question*, Dalloz, 2005, p. 214 ; Civ. 3^e, 12 octobre 1977, D. 1978.333, note CHARTIER, RTD civ. 1979, p. 584, obs. NERSON ; Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, Bull. civ. I, n° 163, JCP 1997,I,4054, n° 14, obs. PETEL, Dr. fam. 1997, n° 122, note LECUYER.

⁸²³ P. COURBE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 202 ; A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 252 ; F. GRANET et P. HILT, *op. cit.*, p.81 et s. ; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 337 ; M. GRIMALDI, *art. préc.*

⁸²⁴ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 252 : « Le bailleur peut ainsi se voir imposer un changement de locataire sans garantie pour le paiement des loyers futurs. Les deux époux restent tenus envers le bailleur du paiement du loyer ».

Si le logement appartenait aux deux époux, s'il se trouvait dans la communauté, ou bien s'il a été acquis de manière indivise par deux époux séparés de biens, il doit être, soit vendu avec l'accord des époux, soit attribué à l'un d'eux dans le cadre des opérations de partage des intérêts communs (art. 821-1, 1476 et 1543 C.civ.)⁸²⁵. Dans cette dernière situation, le conjoint peut alors recevoir des biens de valeur égale. Si ces biens ne sont pas suffisants, l'époux qui se voit attribuer préférentiellement la propriété du logement devra verser à son conjoint une soulte⁸²⁶.

L'article 1476, alinéa 2 du Code civil prévoit que la totalité de cette soulte sera payable comptant sauf accord des parties⁸²⁷. Lorsque le partage interviendra, il n'est pas indifférent qu'il soit attribué à l'un ou à l'autre époux : si le logement était un bien commun, l'un des époux peut en obtenir l'attribution préférentielle en pleine propriété, lors du partage de la communauté (art. 831-2 C.civ.). Et, lorsque les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens, les mêmes dispositions sont applicables quand le local qui servait effectivement de logement familial était indivis entre les époux, à la suite d'un achat en commun (art. 1542 C.civ.).

Il est nécessaire de s'interroger sur le moment à partir duquel les comptes définitifs doivent être établis lorsque l'époux est redevable d'une indemnité pour l'occupation privative. À cet égard, il convient ainsi juridiquement de distinguer, là encore trois périodes.

En présence d'une simple séparation de fait, il n'y a lieu à aucune indemnité s'il s'agit d'un bien de communauté ; s'il s'agit d'un bien indivis entre époux séparés de biens, une indemnité peut en principe être réclamée en vertu de l'article 815-9, alinéa 2 du Code civil⁸²⁸.

⁸²⁵ Le juge peut cependant ordonner qu'il soit maintenu dans l'indivision pendant une durée de cinq ans au plus, le logement familial.

⁸²⁶ P. COURBE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 202.

⁸²⁷ Civ. 1^{re}, 25 mars 1997, *Bull. civ. I*. n° 75, p. 5, obs. P. COURBE ; *Defrénois* 1997.1083, obs. G. CHAMPENOIS.

⁸²⁸ Civ. 1^{re}, 3 février 2004, *Bull. civ. I* n° 37 : indemnité due depuis le jour du report de la dissolution de la communauté.

Si le logement familial est un bien commun ou appartient indivisément aux deux époux, une indemnité d'occupation peut être due par le conjoint qui occupe le logement au cours de l'instance en divorce.

À partir du moment où le divorce est prononcé, et tant que le partage n'est pas définitif, l'indemnité d'occupation est nécessairement due par l'époux qui occupe le bien indivis, la communauté étant dissoute dès le jour de l'ordonnance de non-conciliation dans les rapports entre époux⁸²⁹.

Lorsque le local qui sert de logement familial appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail ou au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants, lorsque ceux-ci résident habituellement avec eux dans ce logement, si leur intérêt le commande.

Dans ce cas, le juge fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants. Si des circonstances nouvelles le justifient, le juge peut résilier ce bail (art. 285-1 C.civ.).

À l'inverse du statut avantageux et particulier conféré au logement familial dans la loi française, ce dernier est traité uniquement comme un bien immeuble⁸³⁰, un élément parmi d'autres à prendre en considération au moment de la répartition des biens lors du divorce en droit sud-coréen⁸³¹.

Dans la plupart des cas, le logement familial appartient personnellement à l'un des époux⁸³². Si le logement familial était loué par l'un ou les deux époux, la caution de ce logement⁸³³ fait l'objet d'une demande lors de la répartition des biens. Si l'époux créancier

⁸²⁹ La dette d'indemnité se prescrit par cinq ans en vertu de l'article 815-10. Mais ce délai ne court que du jour du divorce est interrompu par un procès-verbal notarié de difficultés (Civ. 1^{re}, 5 février 1992, *Bull. civ. I* n° 52).

⁸³⁰ Seulement il s'agit d'un bien immeuble très particulier, en raison de ses rôles et de ses fonctions.

⁸³¹ « *L'objet de la répartition des biens contient tous les biens indivis ou les biens indivis présumptifs, tous les immeubles ou meubles, et tous les biens actifs ou passifs* » (La Cour suprême 96nou14401, 13 février 1998) ; Ainsi, le logement familial n'a pas le statut particulier.

⁸³² Selon une enquête, 66, 3 % de logement familial appartient au mari, 26, 4 % pour la femme, le reste, 6, 7 % appartiennent aux deux époux en 2002 (Centre de l'aide juridique) : Sang-Yong KIM, *Une proposition de la réforme à l'égard du régime matrimonial*, *op. cit.*, p. 75.

⁸³³ En cas de logement en location, en Corée du Sud, il y a deux types de location. L'un est un loyer mensuel, et l'autre est un loyer en location sur dépôt. Ce dernier est une location particulière en Corée du Sud. La caution en location sur dépôt est souvent la moitié du prix du logement. Le propriétaire doit

demande la répartition sur le logement familial appartenant à l'époux débiteur, la valeur de ce logement doit figurer dans un descriptif sommaire pour permettre la liquidation du régime matrimonial⁸³⁴.

Ainsi la procédure spécifique la répartition des biens n'a pas seulement pour objet en droit sud-coréen la liquidation proprement dite des intérêts pécuniaires des époux⁸³⁵. Mais elle a également permis à la jurisprudence de traiter d'autres questions relatives aux effets du divorce, comme ici, en matière de logement familial.

Ce fut également à l'initiative de la jurisprudence sud-coréenne que cette demande de répartition des biens a servi pour compenser la disparité que le divorce crée dans les conditions de vie respectives des ex-conjoints. Force est de constater qu'il s'agit là aussi de l'objectif poursuivi en droit français par la création de la prestation compensatoire.

D. LA PRESTATION COMPENSATOIRE

Après la dissolution du mariage, les obligations d'assistance et de secours disparaissent aussi bien en droit français que pour le droit sud-coréen. De même, on observe que la volonté de maintenir les anciens époux dans les conditions matérielles qu'ils avaient avant le divorce était partagée par les deux systèmes juridiques.

En revanche, pour satisfaire cet objectif, les droits français et sud-coréen ont chacun emprunté des voies différentes. En Corée du Sud, une fois de plus, l'initiative prétorienne a permis de pallier les inconvénients nés du régime légal de séparation des biens. Lors de la demande de répartition des biens, au moment du divorce, les juges ont, en effet, décidé que cette procédure pouvait revêtir, entre autres, un aspect alimentaire en vue d'atténuer la disparité que le divorce a pu provoquer entre les époux⁸³⁶.

rendre cette caution lorsque le locataire quitte ce logement ; Le tribunal familial de Seoul 91de1220, 13 juin 1991 ; Yun-Jig GWAG, *Le système du logement en location sur dépôt*, *Revue légale d'université de Seoul* (n° 3), Centre de droit de l'université de Seoul, 1962, p. 32.

⁸³⁴ Le logement familial est un objet de la liquidation du régime matrimonial alors que ce logement est un bien en propre : Seung-Mook KANG, *A study on the separation and the divorce of the right to use of matrimonial residence*, *Les thèses légales* (n° 26, vol. 1), Institut de droit de l'université de Han-Yang, 2009, p. 547.

⁸³⁵ Cf. Supra. p. 219 et s.

⁸³⁶ La Cour suprême 2003de96753, 19 août 2003 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 235 ; You-Mee KIM, *A study on the division of matrimonial property in Korea*, *Étude sur le droit de la famille* (n° 22, vol. 2), *The Korean society of family law*, 2008, p. 98 ; Cet aspect alimentaire est réellement relatif

Au contraire, en droit français, des mesures de compensation prenant la forme d'une pension alimentaire versée périodiquement et révisable selon les circonstances avaient d'abord été prises par voie législative⁸³⁷. Ce système présentait de graves inconvénients : cette pension était en effet l'occasion d'un débat judiciaire âpre⁸³⁸, puisque chaque époux cherchait à établir les fautes de l'autre et elle suscitait un contentieux de l'après-divorce incessant⁸³⁹.

Fut alors créée la prestation compensatoire⁸⁴⁰ par la loi du 11 juillet 1975, remplaçant ainsi la pension alimentaire⁸⁴¹. Dans le but de tenter de pacifier le divorce, cette première version de la prestation compensatoire était forfaitaire, en principe non révisable et transmissible⁸⁴².

Ce dispositif a été critiqué dans la mesure où la prestation n'étant pas quasiment soumise à révision, il pouvait donner lieu à des situations injustes⁸⁴³. Devant ces difficultés et l'important contentieux que ce dispositif générait, le législateur a jugé nécessaire d'intervenir. Aussi la loi du 30 juin 2000 a-t-elle eu pour objectif d'accroître les

avec la politique sociale et travailleuse : Yong-Won KIM, *Les biens à l'égard de la répartition des biens lors du divorce, Thèses légales (n° 21), Institut de droit d'université de Soung-Sil*, 2008, p. 32 et s. ; Choon-Soo AN, *art. préc.*, p. 236.

⁸³⁷ Sous la loi dite Naquet du 27 juillet 1884 qui rétablit le divorce en France, seul le principe d'un divorce pour faute fut admis. L'époux coupable pouvait alors être tenu de verser à l'époux innocent une pension alimentaire.

⁸³⁸ Les statistiques sont marquantes, elles révèlent que les pensions impayées représentent près d'un tiers pendant les deux premières années puis la moitié entre la deuxième et la cinquième année suivant le jugement et enfin plus des deux tiers au-delà de la cinquième année : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 257.

⁸³⁹ L'époux innocent pouvait alors prétendre à une pension alimentaire. Cette pension constituait une sorte de prolongement du devoir de secours entre époux sur le fondement de l'ancien article 301 du Code civil.

⁸⁴⁰ G. CORNU, *Droit civil : La famille, op. cit.*, p. 644 et s.

⁸⁴¹ P. COURBE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 210 ; « *Bien qu'une prestation compensatoire ne soit prononcée que dans 13 % des divorces, elle avait suscité un contentieux important* » : F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la justice, Doc. Fr.*, 1999, p. 140.

⁸⁴² J. DE POULPIQUET, *Les prestations compensatoires après divorce, JCP* 1977.I.2856 ; M-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Une institution qui se veut nouvelle : la prestation compensatoire après divorce, Mélanges G. MARTY*, 1978, p. 977 ; S. DURRANDE, *Le contentieux de la prestation compensatoire après divorce, D.* 1983. Chron. 191 ; P. GIRON, *Prestation compensatoire et pension alimentaire face à la réalité du divorce, D.* 1994, Chron. 262.

⁸⁴³ Une ex-épouse remariée avec une personne fortunée continue de percevoir une rente de son ex-mari au chômage ou à la retraite.

possibilités de révision de la prestation compensatoire fixée sous forme de rente, notamment en cas de changement important dans les besoins et les ressources des époux, tout en réaffirmant son caractère forfaitaire et en assouplissant les modalités d'exécution sous forme de capital⁸⁴⁴.

Toutefois, cette intervention législative de 2000 a été jugée lacunaire, et une fois encore, une réforme des règles relatives à la prestation compensatoire était rendue nécessaire. Ce fut fait avec la loi du 26 mai 2004⁸⁴⁵.

Aux termes de l'article 270 du Code civil, en son alinéa 2, l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des ex-époux. Quant à son fondement, il ne repose plus exclusivement sur l'attribution des torts comme dans le droit antérieur⁸⁴⁶, il repose désormais également sur un fondement d'équité⁸⁴⁷.

Ceci posé, la loi de 2004 a opéré quelques retouches par rapport au droit antérieur, d'abord en généralisant la prestation compensatoire à tous les cas de divorces, en autorisant ensuite les prestations compensatoires mixtes⁸⁴⁸ et enfin, en limitant la charge de paiement par les héritiers du débiteur à l'actif successoral.

Sur le premier point, la prestation compensatoire peut être allouée depuis la loi de 2004 dans tous les cas de divorce⁸⁴⁹ et tout époux peut en bénéficier indépendamment de ses

⁸⁴⁴ La loi de 2004 a modifié le régime fiscal : F. DOUET, *Les aspects fiscaux de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce*, D. 2004, p. 2318.

⁸⁴⁵ Civ. 2^e, 27 juin 1985, D. 1986.230, note C. PHILLIPPE ; *RTD civ.* 1987.298, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; Le caractère alimentaire est apporté par la loi du 26 mai 2004, mais il est à remarquer que la Cour de cassation avait antérieurement déduit l'insaisissabilité de la rente à l'égard de la prestation compensatoire. La Cour de cassation juge aussi que la créance née de la prestation compensatoire n'a pas à être déclarée au passif du débiteur soumis à une procédure collective (Com. 8 oct. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 151 ; D. 2003. AJ. 2637, obs. A. LIENHARD ; D. 2004. Somm. 54, obs. F.-X. LUCAS ; AJ famille 2004.23, obs. S.D ; *Dr. fam.* 2003, n° 132, note H. LÉCUYER).

⁸⁴⁶ A. SÉRIAUX, *La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris*, *RTD Civ.* 1997, p. 53 et s. ; L'ancienne pension alimentaire avait une double nature : indemnitaire et alimentaire.

⁸⁴⁷ Civ. 2^e, 21 mars 1988, *Bull. civ.* I n° 74 – 10 mars 1991, *Bull. civ.* II n° 140 – Civ. 1^{re}, 3 février et 14 décembre 2004, *Bull. civ.* I n° 30 et 325 – 8 février 2005, *Bull. civ.* I n° 70.

⁸⁴⁸ Civ. 2^e, 27 juin 1985, *Bull. civ.* II, n° 131 ; D. 1996, somm. 67, obs. E. BLARY-CLÉMENT : « la prestation compensatoire a un caractère mixte, indemnitaire et alimentaire ».

⁸⁴⁹ Civ. 1^{re}, 5 avril 1993, *Bull. civ.* I, n° 139 ; *Defrénois* 1993.1365, obs., J. MASSIP ; *Audijuris* 1993, n° 33, p. 3, obs. P. COURBE ; L'alignement du divorce pour altération définitive du lien conjugal sur les autres divorces contentieux a pour objectif de favoriser le recours à cette procédure moins conflictuelle que le divorce pour faute (P. COURBE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 205).

torts : avec la réforme du divorce, opérée par la loi du 26 mai 2004, le droit à une prestation compensatoire ne dépend plus en principe du cas du divorce ou de la répartition des torts commis durant le mariage (art. 270, al. 2 C.civ.).

L'époux aux torts exclusifs duquel le divorce était prononcé ne pouvait en principe pas en bénéficier (ancien art. 280-1, al. 1^{er} C.civ.) : le caractère indemnitare était lié à l'idée de responsabilité. Cette solution pouvait se révéler injuste pour l'époux fautif, de sorte qu'à titre exceptionnel il était en droit d'obtenir une indemnité fondée sur l'équité (ancien art. 280-1, al. 2 C.civ.)⁸⁵⁰.

Au nom de la neutralité des effets du divorce, la loi du 26 mai 2004 a inversé la règle⁸⁵¹. Elle a posé en principe que l'époux fautif peut bénéficier d'une prestation compensatoire. L'objet de la prestation compensatoire est de compenser autant que possible les disparités que crée le divorce dans les conditions de vie respectives des époux : lorsqu'il y a disparité, quels que soient les cas de divorce et quels que soient les torts, le droit à la prestation compensatoire est ouvert (art. 270, al. 1^{er} C.civ).

Le principe ainsi posé supporte une exception⁸⁵². Animé par la volonté de dissocier l'attribution des torts et les conséquences du divorce, le législateur de 2004 a inversé principe et tempérament⁸⁵³. Si l'équité le commande, le juge peut refuser le droit à prestation compensatoire : c'est l'exception d'équité. En effet, le juge peut refuser de l'accorder dans deux hypothèses : soit parce que certains critères qui la justifient font défaut au vu de l'article 271 du Code civil⁸⁵⁴, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts

⁸⁵⁰ Par exception, s'il avait participé à l'activité professionnelle du conjoint au delà de ce qu'exigerait la contribution aux charges du mariage, il avait droit à une indemnité (ancien art. 280-1 C.civ.) ; La loi conférait au juge un pouvoir d'équité, en permettant d'accorder au coupable une indemnité compensatoire, nouvelle expression de son pouvoir modérateur (P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 322).

⁸⁵¹ L'affirmation du principe d'indemnité n'est pas expresse mais elle résulte de la suppression par la loi de 2004 des exceptions que la loi de 1975 avait aménagées. Alors que celle-ci avait voulu instaurer une transition avec la loi antérieure, elle avait maintenu des cas de déchéance du droit à prestation.

⁸⁵² P. COURBE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 205 ; la réintroduction de l'idée de faute et de la notion de sanction dans le régime de la prestation compensatoire.

⁸⁵³ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 323.

⁸⁵⁴ Ce texte ne constitue pas une exception d'équité parce qu'il s'agit du simple constat que la disparité nécessaire n'existe pas, de sorte qu'il n'y a pas lieu à prestation compensatoire sans qu'il soit question d'une quelconque déchéance pour équité : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 260.

exclusifs du demandeur de la prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture (art. 270, al. 3 C.civ.)⁸⁵⁵.

Même si les termes ne sont guère précis, ils révèlent l'intention du législateur : si l'époux le plus fortuné a été, directement ou indirectement, victime de fautes d'une gravité incontestable⁸⁵⁶, il serait moralement impossible de le condamner à verser une prestation compensatoire au conjoint qui a eu un comportement tout à fait répréhensible⁸⁵⁷.

Il est à noter que la prestation compensatoire ne peut être demandée que dans le cadre d'une procédure de divorce : elle ne peut être demandée ni avant l'assignation dans le cadre d'un divorce contentieux, ni après le prononcé du divorce.

La prestation compensatoire peut être fixée par accord des époux non seulement dans le divorce par consentement mutuel, à travers la convention générale, mais aussi dans le cadre des divorces contentieux depuis la loi de 2004. Dans le mouvement de pacification que cette loi a entendu encourager, les époux ont reçu la possibilité de régler eux-mêmes le maximum des conséquences du divorce par des accords partiels sur la prestation⁸⁵⁸ : les époux sont invités à conclure des conventions relatives à la prestation compensatoire (art. 268 et 279-1 C.civ.).

En l'absence de l'accord des époux dans le cadre d'un divorce contentieux, le juge peut décider d'attribuer ou non une prestation compensatoire et d'en fixer le montant⁸⁵⁹. Il doit

⁸⁵⁵ En ce cas, la jurisprudence peut subsister sur l'idée d'enrichissement sans causer un droit à indemnité pour celui qui a contribué à l'enrichissement de l'autre par une collaboration professionnelle (Civ. 1^{re}, 5 1993, *Bull. civ.* I, n° 139-civ. 1^{re}, 31 janvier 2006 n° 02-18297).

⁸⁵⁶ Par exemple, violences conjugales, brutalité sur les enfants. Mais, l'adultère devrait être, en principe, exclu de cette catégorie, au vu des termes restrictifs de cette disposition : P. COURBE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 206.

⁸⁵⁷ Parmi les premières décisions rendues à ce sujet, un arrêt prend en compte la pratique religieuse excessive d'une épouse à l'égard du rejet de la demande pour la prestation compensatoire (Montpellier, 5 févr. 2008, RG n° 07/02030, *AJ fam.* 2009. 394, obs. S. DAVID ; *D.* 2009. Pan. 838, obs. G. SERRA). Ce sont ces circonstances particulières de la rupture qui ont permis aux juges d'appliquer la clause d'équité prévue à l'art. 270, al. 3 du Code civil, et de sanctionner le comportement fautif de la femme en la privant d'une prestation compensatoire (N. NEFUSSY-VENTA, *Convictions religieuses et ruptures familiales, AJ Famille* 2011 p. 39).

⁸⁵⁸ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 262 : « Dans les deux cas, le juge n'est pas tenu à l'écart : il faut son homologation, qu'il ne donnera qu'après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux sont suffisamment préservés (l'article 232 du Code civil pour le divorce par consentement mutuel et article 268 du Code civil pour les accords dans les divorces contentieux) ».

⁸⁵⁹ S. DAVID, *La fixation de la prestation compensatoire, AJ famille mars*, 2007, p. 108.

prendre en compte les ressources de l'époux débiteur et les besoins de l'époux créancier : la prestation compensatoire doit être évaluée en tenant compte de la situation actuelle des époux et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible⁸⁶⁰ (art. 271 C.civ).

Les bases d'évaluation de la prestation compensatoire sont empruntées pour partie aux obligations alimentaires⁸⁶¹. Une liste non limitative de critères que le juge peut prendre en considération est dressée à l'article 271 du Code civil : la prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux demandeur par rapport aux ressources de l'autre, en tenant compte de la situation au moment du divorce et de son évolution dans un avenir prévisible (art. 271, al. 1^{er} C.civ.). Ces critères d'évaluation sont liés aux ressources présentes et futures des époux mais aussi à leur choix de vie patrimoniale pendant le mariage⁸⁶².

À cet effet, le juge prend en considération notamment : la durée du mariage ; l'âge et l'état de santé des époux ; leur qualification et leur situation professionnelles ; les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants ainsi que du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne ; le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial : leurs droits existants et prévisibles, leur situation respective en matière de pensions de retraite (art. 271 C.civ.)⁸⁶³. Toutes les ressources doivent être prises en compte.

Toutefois, s'agissant du domaine des ressources, la loi du 11 février 2005⁸⁶⁴ a exclu les indemnités ultra-personnelles⁸⁶⁵, c'est-à-dire les sommes visées au titre de la réparation des accidents du travail et les sommes versées au titre du droit à compensation d'un handicap (art. 272, al. 2 C.civ.).

⁸⁶⁰ Elle est calculée en tenant compte l'avenir matériel prévisible des époux.

⁸⁶¹ P. COURBE, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 207.

⁸⁶² S. DAVID, *La fixation de la prestation compensatoire*, *art. préc.* p. 109.

⁸⁶³ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 324 et s. : Aujourd'hui comme hier, cette énumération n'est nullement limitative (Cass. civ. 2^e, 1^{er} avril 1987, *Bull. civ.* II, n° 77).

⁸⁶⁴ La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

⁸⁶⁵ Civ. 1^{re}, 28 octobre 2009, *D.* 2009.2744, note EGEA.

Depuis la loi du 30 juin 2000, les parties doivent fournir au juge une déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leur ressources, revenus, patrimoine et condition de vie (art. 272 C.civ.)⁸⁶⁶. Cette loi⁸⁶⁷ a permis au juge de prendre la décision d'homologation en parfaite connaissance de cause⁸⁶⁸.

Cette déclaration sur l'honneur a pour objectif de certifier l'exactitude des informations communiquées concernant les ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie des époux, qui contribue à informer d'une part, le juge et permet un meilleur contrôle des accords des époux, et d'autre part, les époux eux-mêmes à l'égard de la situation de l'autre⁸⁶⁹.

Pourtant, cette disposition a suscité de nombreuses interrogations⁸⁷⁰, celles d'abord relatives à l'obligation de produire une telle déclaration⁸⁷¹, ensuite quant aux sanctions à attacher au défaut de production⁸⁷² et à la valeur probante de son contenu⁸⁷³. La déclaration sur l'honneur n'est ainsi qu'un élément de preuve parmi d'autres sur les ressources et des biens des époux.

⁸⁶⁶ Chaque époux est appelé à fournir une déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de ses ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie, dès lors qu'une prestation compensatoire est demandée au juge ou prévue dans une convention par les parties (art. 272 C.civ. et art. 1075-1 CPC).

⁸⁶⁷ Initialement inscrite à l'article 271, alinéa 2 du Code civil la règle a été transférée en 2004 à l'article 272.

⁸⁶⁸ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 263.

⁸⁶⁹ C. LIENHAR, *La déclaration sur l'honneur de l'article 271, alinéa 2 du Code civil*, D. 2000, n° 32 ; AJF 2001, p. 12 ; AJF 2003, p. 62 ; M. BRAZIER, *Commentaire de la loi du 30 juin 2000 : la prestation compensatoire de l'an 2000*, Gaz. Pal. 2000, 2, p. 15362 ; T. GARÉ, *Déclaration sur l'honneur : précisions diverses*, RJPF, 2003, n° 3, p. 16 ; H. LÉCUYER, *La loi du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce*, Dr. Famille 2000, chr. 17.

⁸⁷⁰ H. LÉCUYER, *La déclaration sur l'honneur*, Dr. fam. 2003, chron. n° 6 ; H. LÉCUYER, *De la prestation compensatoire en général et de la déclaration sur l'honneur en particulier*, Dr. fam. 2003, chron. n° 7 ; La question s'est posée de savoir qu'elle était la portée de cette exigence : le défaut de déclaration sur l'honneur interdit-il le juge de statuer sur la demande ?

⁸⁷¹ Cette déclaration sur l'honneur n'est soumise à aucun formalisme particulier.

⁸⁷² Dans un premier temps, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation l'avait affirmé (Cass. civ. 2^e, 28 mars 2002, Bull. civ. II, n° 58 ; Dr. fam. 2002, n° 71, obs. H. L. ; JCP G 2003, II, 10044, note T. GARÉ ; Gaz. Pal. 2002, 2, somm. p. 1600, note J. MASSIP ; RTD civ. 2002, p. 491, obs. J. HAUSER).

⁸⁷³ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 326 ; La première chambre civile a décidé le contraire. Les juges ne sont pas tenus d'exiger des époux défaillants la production de la déclaration. En son absence, au vu d'autres éléments, le juge peut statuer sur la prestation compensatoire et inversement il n'est pas non plus lié par son contenu. La cour d'appel a souverainement apprécié la valeur et la portée de la déclaration sur l'honneur qui lui était soumise (Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 2005, Bull. civ. I, n° 146 ; Dr. fam. 2005, comm, n° 55, note V. LARRIBAU-TERNEYRE).

Concernant les modalités d'exécution de la prestation compensatoire, le législateur a d'abord, dans la loi de 1975, marqué sa préférence pour le versement de la prestation compensatoire sous la forme d'un capital en nature⁸⁷⁴ ou en argent⁸⁷⁵ au créancier. Si la consistance des biens de l'époux débiteur ne permettait pas le versement d'un capital, la prestation compensatoire pouvait prendre la forme d'une rente, temporaire ou viagère, par principe forfaitaire et ne pouvait être révisée qu'en cas d'exceptionnelle gravité (ancien art. 274 et 275 C.civ.). Le versement sous forme de capital fut très peu utilisé et la rente qui aurait dû être l'exception devint en réalité, la règle⁸⁷⁶.

L'absence de prévisibilité pouvait en effet avoir des conséquences intolérables dans un certain nombre de cas découlant de ces situations. Les lois de 2000 et de 2004 n'ont pas remis en cause le caractère forfaitaire de la prestation compensatoire, mais ont permis d'en modifier les modalités de règlement et d'en assouplir les conditions de sa révision⁸⁷⁷.

Pourtant, afin d'achever la consolidation de la convention, la Cour de cassation a affirmé que l'époux qui avait renoncé à une prestation compensatoire dans la convention définitive homologuée ne pouvait ensuite exercer l'action *de in rem verso* fondée sur sa contribution non rémunérée à l'exploitation de l'entreprise de son conjoint pendant la vie commune⁸⁷⁸.

Tout en réaffirmant le principe du capital immédiat, la loi de 2004 a prévu deux dérogations : l'une dans l'intérêt du débiteur, c'est-à-dire l'échelonnement du capital ; l'autre dans l'intérêt du créancier, la rente viagère⁸⁷⁹.

⁸⁷⁴ Usufruit de certains biens ou valeurs.

⁸⁷⁵ Susceptible d'être alors constitué en trois annuités.

⁸⁷⁶ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 267 ; Les lois de 2000 et de 2004 ont remodelé le régime juridique et fiscal de la rente et du capital.

⁸⁷⁷ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 331 et s. ; Selon l'article 279 alinéa 3 du Code civil, la prestation compensatoire peut être révisée, à la demande d'un époux, si une clause en ce sens a été insérée dans la convention définitive en cas de « changement important dans les ressources » ou de « besoins de l'une ou l'autre parties ». Les dispositions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article 275 (révision de modalité de paiement du capital) ainsi qu'aux articles 276-3 (révision, suspension ou suppression de la rente viagère) et 276-4 du Code civil (substitution à la rente d'un capital) sont également applicables, selon si la prestation compensatoire prend la forme d'un capital ou d'une rente temporaire ou viagère.

⁸⁷⁸ Civ. 1^{re}, 10 février 1998, *Dr. fam. 1998*, n° 53, note H. LECUYER.

⁸⁷⁹ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 327 ; La loi du 30 juin 2000, face à une pratique contraire, a réaffirmé le principe du capital en permettant non seulement l'octroi d'une rente dans des cas limités, mais aussi en assouplissant les modalités et l'exécution du versement en capital.

L'article 274 du Code civil permet au juge de choisir en fonction de la consistance des biens du débiteur, la forme que le capital prendra : soit le versement d'une somme d'argent, soit l'attribution de biens ou de droits.

Le capital peut évidemment être versé sous forme d'une somme d'argent, ce qui peut obliger le débiteur à vendre certains de ses biens ou contracter un emprunt⁸⁸⁰ : la forme d'une somme d'argent peut paraître le plus simple (art. 274-1° C.civ.)⁸⁸¹. En principe, ce capital est immédiatement exigible et le juge ne peut pas en reporter l'exigibilité au jour de la liquidation du régime matrimonial, dont la date est incertaine⁸⁸². Cette exigibilité immédiate n'emporte que le capital fixé produit des intérêts au taux légal⁸⁸³.

Le capital peut également être versé par une attribution d'un bien en propriété ou une attribution d'un bien avec droit temporaire ou viager⁸⁸⁴ d'usage, d'habitation⁸⁸⁵ ou d'usufruit⁸⁸⁶. Toutefois, « *le sur-mesure* » peut avoir un coût exorbitant pour le débiteur. C'est la raison pour laquelle le jugement opère une cession forcée en faveur du créancier⁸⁸⁷. Pour la cession de biens que le débiteur avait reçus par succession ou par donation, souvent des biens de famille, l'accord du débiteur est exigé⁸⁸⁸. Il faut préciser

⁸⁸⁰ L'article 277 du Code civil prévoit que le juge peut imposer à l'époux débiteur de constituer un gage, de donner une caution ou de souscrire un contrat pour garantir le paiement de la prestation compensatoire.

⁸⁸¹ Mais, il suppose la somme attribuée au créancier au titre de la prestation compensatoire que l'intéressé dispose de liquidités, ou bien que des biens communs soient vendus : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 327.

⁸⁸² Civ. 2°, 16 avril 1996, *Bull. civ. II*, n° 92 ; *Defrénois* 1997.712, obs. J. MASSIP.

⁸⁸³ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 268.

⁸⁸⁴ La précision selon laquelle le droit peut être « *temporaire ou viager* » a été dictée au législateur de 2004 par le souci de ne pas laisser croire que ce droit serait limité à huit ans (la durée maximale d'échelonnement du capital) : Dans le rapport n° 1513 de M. Patrick DELNATTE à l'Assemblée nationale p. 85.

⁸⁸⁵ Contrairement au droit commun des droits d'usage et d'habitation (art. 631 à 634 du Code civil), l'époux créancier peut user personnellement du bien ou le donner à bail (Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 1998, *Defrénois* 1999.935, obs. J. MASSIP).

⁸⁸⁶ L'article 1080 du Code de procédure civile affirme que lorsque des biens ou des droits sont attribués à titre de prestation compensatoire en application du 2° de l'article 247 du Code civil, la convention homologuée ou la décision qui prononce le divorce précise leur valeur (Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 145 ; *Defrénois* 2005.1343, note J. MASSIP).

⁸⁸⁷ En pratique, le texte devrait se traduire le plus souvent par l'abandon du mari à l'égard de l'immeuble commun servant au logement de la famille.

⁸⁸⁸ La loi de 2004 a ajouté un tempérament : l'accord de l'époux débiteur.

que les biens peuvent être communs ou propres, meubles ou immeubles, indivis ou personnels au débiteur (art. 274-2° C.civ.)⁸⁸⁹.

La loi du 30 juin 2000 a innové en autorisant l'exécution de la prestation compensatoire sous forme de capital par versements étalés⁸⁹⁰ dans le temps dès lors que le débiteur n'est pas en mesure de le verser en une seule fois. L'article 275 du Code civil est strict car il prévoit que cet échelonnement des versements mensuels ou annuels ne peut se faire que sur huit ans au maximum⁸⁹¹. Cet article prévoit enfin que les différentes modalités de versement du capital peuvent être combinées⁸⁹².

La prestation compensatoire fixée sous forme de capital ne peut faire l'objet d'une révision de son montant, contrairement à la rente. En revanche, l'article 275, alinéa 2 du Code civil admet la possibilité pour le débiteur de demander au juge la révision des modalités du versement échelonné du capital, en cas de changement important de sa situation. Le juge peut autoriser un versement du capital sur une durée supérieure à huit ans. Il faut observer qu'un tel délai ne transforme pas le versement d'un capital en un paiement d'une rente, puisque cette révision ne peut pas être demandée par l'époux créancier. Le créancier peut saisir le juge d'une demande en paiement du solde du capital indexé (art. 275, al. 4 C.civ.). Le débiteur lui-même peut aussi se libérer à tout moment du solde du capital indexé (art. 275, al. 3 C.civ.)⁸⁹³. Lorsque la prestation compensatoire a été fixée sous forme d'un capital payable de façon fractionnée prévue par l'article 275 du Code civil, le solde de ce capital indexé devient immédiatement exigible (art. 280. al. 2

⁸⁸⁹ Ce qui permet au conjoint, à la femme notamment, de rester dans le logement familial : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 327.

⁸⁹⁰ La forme de versements périodiques.

⁸⁹¹ Le juge ne peut différer le versement de la première mensualité en accordant un délai au débiteur et les versements échelonnés restent dans la limite des huit ans (Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, *Bull. civ.*, n° 308 ; *Deffrénois* 2006.346, note J. MASSIP).

⁸⁹² Versement immédiat d'une somme d'argent ou abandon de tel ou tel bien, et versement fractionné du solde dans la limite des huit ans : l'article 275 du Code civil.

⁸⁹³ À l'inverse, le solde du capital peut être libéré de façon anticipée dans trois cas :

- à tout moment sur demande du débiteur lui-même et sans qu'il ait aucun motif à fournir ;
- à l'occasion de la liquidation du régime matrimonial sur demande du créancier qui établit que cette liquidation a fourni au débiteur le moyen de se libérer du solde ;
- en cas de décès du débiteur, le solde étant alors prélevé sur sa succession et devenant immédiatement exigible (art. 280 C.civ.), sauf accord unanime des héritiers pour maintenir l'échéancier initial mais en s'y obligeant sur leurs biens personnels (art. 280-1 C.civ.) (A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 270).

C.civ.)⁸⁹⁴. Les garanties qui peuvent être constituées sont prévues par l'article 277 du Code civil qui prévoit, outre l'hypothèque légale ou judiciaire, la constitution d'un gage ou l'établissement d'une caution⁸⁹⁵.

À partir de la loi de 1975, il a été prévu qu'à défaut de capital ou si celui-ci n'était pas suffisant, la prestation compensatoire prenait la forme d'une rente. Ce caractère exceptionnel a été renforcé par la loi du 30 juin 2000 : celle-ci réaffirmant le caractère exceptionnel qu'octroie le versement d'une rente, a forcé le juge et les époux à faire un choix entre capital et rente en supprimant toute possibilité d'une rente temporaire. La loi du 26 mai 2004⁸⁹⁶ a introduit un facteur de souplesse, exceptionnellement, la prestation compensatoire peut être versée sous la forme d'une rente viagère, c'est-à-dire, un versement mensuel d'une certaine somme en raison de l'âge et de l'état de santé du créancier (art. 276 C.civ.).

Une prestation compensatoire mixte peut être fixée, par la combinaison d'une partie en capital, et d'une autre partie en rente viagère (art. 276, al. 2 C.civ.) : il s'agit d'un assouplissement de la prestation sous forme de rente, non de celle sous forme de capital⁸⁹⁷. Cette prestation ne peut être mixte que si les conditions de la rente sont réunies.

Le montant de la rente peut toutefois être minoré lorsque les circonstances l'imposent, par l'attribution d'une fraction en capital. Cette rente est indexée, l'indice étant déterminé comme en matière de pension alimentaire (art. 276-1 C.civ.).

Lorsque les époux ont divorcé par consentement mutuel⁸⁹⁸ ou qu'ils ont soumis une convention à l'homologation du juge, ils peuvent par une nouvelle convention

⁸⁹⁴ La loi du 26 mai 2004 pose en principe qu'à la mort de l'époux débiteur, le paiement de la prestation compensatoire, quelle que soit sa forme, est prélevé sur la succession (art. 280, al. 1^{er} C.civ.).

⁸⁹⁵ Les garanties de l'article 277 du Code civil sont alors opportunes, mais peu pratiquées : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 270.

⁸⁹⁶ Dans l'esprit de la prestation compensatoire en général et de la loi de 2000 en particulier, le législateur de 2004 a introduit un assouplissement dans le régime de la rente par rapport au droit antérieur.

⁸⁹⁷ L'assouplissement se traduit ainsi par une diminution du montant des versements, ce qui peut faciliter l'exécution du paiement par le débiteur (P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 328).

⁸⁹⁸ Selon l'article 279 du Code civil, la convention ne peut être modifiée que par une nouvelle convention entre des époux, également soumise à homologation. Les époux ont néanmoins la faculté d'établir dans leur convention que chacun d'eux pourra, en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre partie, demander au juge de réviser la prestation compensatoire. Mais la révision d'un commun accord des deux époux n'est pas toujours réalisable.

judiciairement homologuée⁸⁹⁹, modifier le montant de la rente (art. 279-1 C.civ.). La révision de la rente allouée à titre de prestation compensatoire prend effet non pas au jour de la décision qui l'ordonne, mais au jour de la demande⁹⁰⁰.

Selon l'article 276-3 du Code civil, la prestation compensatoire sous forme de rente peut être révisée, suspendue ou même supprimée, étant précisé que la révision ne peut avoir pour effet de porter le montant de la rente à un montant supérieur à celui fixé initialement par le juge. Le nouveau critère du juge est le changement important⁹⁰¹ dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties qui peut justifier une telle modification⁹⁰². Ainsi, le nouveau régime de la rente se rapproche un peu plus de celui de l'ancienne pension alimentaire, avec ses avantages mais aussi ses inconvénients⁹⁰³.

La prestation compensatoire sous forme de rente peut également être modifiée dans ses modalités. Selon l'article 276-4 du Code civil, le débiteur peut demander à tout moment la substitution d'un capital à tout ou partie de la rente⁹⁰⁴. Le créancier peut faire la même demande s'il établit qu'une modification de la situation du débiteur permet cette substitution⁹⁰⁵.

Enfin, il est admis que le changement le plus important opéré par la loi du 26 mai 2004 portait sur la transmission aux héritiers de la prestation compensatoire. En effet, dans le droit antérieur, même si les héritiers pouvaient, juridiquement, échapper à la dette de la

⁸⁹⁹ Il faut faire homologuer la convention. L'accord non homologué ne peut servir de base à une telle modification (Cass. civ. 1^{re}, 11 janvier 2005, *Bull. civ. I*, n° 16 ; *Defrénois* 2005.1050, obs. J. MASSIP).

⁹⁰⁰ Cass. civ. 1^{re}, 19 avril 2005, *Bull. civ. I*, n° 732, 733 et 734 ; *Defrénois* 2005.1352, note J. MASSIP.

⁹⁰¹ La condition de « changement important » donne lieu à une jurisprudence variée dont la tonalité générale est relativement stricte : changement imprévisible (Civ. 1^{re}, 22 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 147-25 avril 2006, *Bull. civ. I*, n° 198.), changement inconnu ou imprévu lors de la fixation initiale (Civ. 1^{re}, 3 novembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 240), remariage (Civ. 1^{re}, 28 juin 2005, *Dr. fam.*, n° 184 ; Civ. 1^{re}, 17 octobre 2007, *Bull. civ. I*, n° 321), concubinage (Civ. 1^{re}, 25 avril 2006, *Bull. civ. I*, n° 198 ; *RTD civ.* 2006.545, obs. J. HAUSER), perte d'emploi ou retraite anticipée (Civ. 1^{re}, 19 juin 2007, *Bull. civ. I*, n° 242 ; *RTD civ.* 2007.759, obs. J. HAUSER).

⁹⁰² L'ancienne version du texte visant un changement imprévu dans les ressources et les besoins des ex-conjoints.

⁹⁰³ Principalement le risque d'un contentieux abondant.

⁹⁰⁴ Selon l'ancien article 276-4 du Code civil, la substitution du capital à la rente intervient dès lors que le débiteur justifie être en mesure de la régler et que l'âge ou l'état de santé du créancier ne fait pas obstacle à une telle substitution (Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 233 ; *Defrénois* 2005.1846, note J. MASSIP).

⁹⁰⁵ Civ. 1^{re}, 12 décembre 2006, *Dr. fam.* 2007, comm. n° 62, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

prestation compensatoire en renonçant à la succession, la question était généralement ressentie comme discutable, injuste.

Certes, la loi du 26 mai 2004 n'a pas remis en cause la règle de la transmissibilité passive de la prestation compensatoire aux héritiers de l'époux débiteur. En revanche elle a apporté une modification importante au régime de cette transmission qu'elle a construit autour « *de deux principes assortis d'une exception* »⁹⁰⁶.

S'agissant des principes, il résulte d'abord du nouvel article 280 du Code civil qu'à la mort du débiteur, le paiement de la prestation compensatoire, quelle que soit sa forme, est prélevé sur la succession. Ce qui signifie que les héritiers devront s'acquitter de la dette uniquement dans la limite du montant global de la succession qui leur revient. Si ce montant s'avère insuffisant, la somme qui reste à payer sera prélevée sur les émoluments des personnes que le défunt a voulu gratifier dans son testament.

Ensuite la règle ainsi posée vaut pour toutes les prestations compensatoires quelle que soit leur forme. Ainsi la prestation en rente viagère est-elle remplacée par en capital immédiatement exigible qui devra être prélevé sur l'actif successoral. Il s'agit donc d'une substitution du capital à la rente. De même, lorsque la prestation prend la forme d'un capital échelonné, le solde de ce capital devient lui aussi immédiatement exigible et prélevé sur l'actif successoral.

Concernant l'exception, la loi de 2004 dans son article 280-1 du Code civil prévoit que, d'un commun accord, les héritiers peuvent décider de continuer à verser la rente viagère dans ses modalités initiales. Dans ce cas, les héritiers s'obligent personnellement au paiement de la prestation, c'est-à-dire non plus seulement sur ce qu'ils perçoivent dans la succession mais aussi sur leur patrimoine personnel.

Par ailleurs, la loi organise minutieusement le régime de cet accord. A ce propos, l'article 280-1 du Code civil exige, à peine de nullité, que l'accord unanime des héritiers soit constaté par un acte notarié. Les héritiers bénéficient alors de la déduction des pensions de réversion éventuellement versées (art. 280-2 C.civ.) ainsi que des assouplissements apportés par les lois du 30 juin 2000 et du 26 mai 2004 au principe d'intangibilité de la prestation.

⁹⁰⁶ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 337.

S'il ne s'agit pas, selon le droit français, d'assurer une égalité des fortunes à travers la prestation compensatoire, mais de faire en sorte que le train de vie de chacun des époux divorcés soit, au sortir du divorce, à peu près équivalent, il est permis de faire un rapprochement avec la pratique jurisprudentielle sud-coréenne lors de la procédure de répartition au moment du divorce⁹⁰⁷.

Certes, l'objectif initial du législateur en Corée du Sud, à travers l'article 839-2 du Code civil, a été de liquider les intérêts pécuniaires ayant pu exister entre les époux durant leur union, en dépit du régime légal de séparation des biens, et d'attribuer les parts respectives⁹⁰⁸ sur les biens acquis grâce à « *une collaboration ou une contribution*⁹⁰⁹ » des époux pendant le mariage⁹¹⁰.

⁹⁰⁷ Le juge doit décider du lot à partager en proportion en précisant la somme, soit sous forme de capital ou de rente en prenant en considération les aspects liquidatifs et alimentaires ou forfaitaires (Sam-Hwa KIM, *La revendication sur la répartition des biens, Les droits de l'homme et la justice* (n° 180), Conseil des avocats, 1991, p. 26) ; « *Les biens doivent être évalués au moment où la vie conjugale est dissoute. Puisque les époux font normalement la liquidation des biens lorsque la répartition est demandée* (le tribunal de Daigou 97ne1666, 25 mai 1999) » : Su-Jung KIM, *La répartition des biens à cause de divorce, Thèse juridiques* (n° 40), La presse de la bibliothèque du tribunal, 2005, p. 552.

⁹⁰⁸ Dans la moitié des cas, le juge accepte la moitié sur la somme totale du bien à la femme qui a travaillé à domicile pendant le mariage (Le tribunal familial de Seoul 2006dehap11623, 30 janvier 2008). Pourtant, lorsque le délai du mariage est court et qu'il est le bien propre de l'autre, le juge accepte 20 % (le tribunal familial de Seoul 2007dedan14646, 13 février 2008) : Yong-Won KIM, *Les biens à l'égard de la répartition des biens lors du divorce, Thèses légales* (n° 21), Institut de droit d'université de Soung-Sil, 2008, p. 34 ; Les biens que les deux époux ont acquis ensemble ou séparément pendant le mariage, sont alors réputés indivis par moitié : Yong-Won KIM, *Les biens à l'égard de la répartition des biens lors du divorce, Thèses légales* (n° 21), Institut de droit d'université de Soung-Sil, 2008, p. 29 et s.

⁹⁰⁹ Lorsque la femme a contribué toute seule à la charge du mariage et aux frais des études de médecine de son mari, le mari a le devoir de contribuer à la pension alimentaire même s'il n'y a pas de bien présent au partage (le tribunal familial de Seoul 91de1220, 13 juin 1991) ; Et le juge peut fixer le lot de l'époux demandeur sous forme de rente même s'il n'y a aucun bien à partager au moment du divorce. Car on peut prévoir la disparité entre deux époux. Par exemple, lorsque le mari est embauché comme professeur d'économie à l'Université dès lors du divorce, sa femme n'a ni la profession stable, ni les biens (le tribunal familial de Seoul 98m213, 12 juin 1998) ; « *Si la contribution sur les travaux pendant le mariage est une créance, pourquoi l'époux ne peut pas la demander pendant le mariage ? Vu que l'époux créancier ne peut pas demander à son conjoint de la rendre, la contribution est une créance virtuelle et suspendue s'effectuant lors du divorce* » (Sun-Young PARK, *La réforme du divorce et du régime matrimonial, Thèses Progressives* (n° 30), 2006, p. 304 et s.).

⁹¹⁰ Sang-Hyun JUNG, *A restudy on the legal character of the claim for division of the matrimonial properties at the time of divorce and the acceptance or rejection of succession to the right of the claim, L'étude légale de Sungkyunkwan* (n° 18, vol. 3), Institut de l'université de Sungkyunkwan, 1999, p. 328 et s. ; « *En pratique, le juge accepte généralement d'attribuer 50 % sur les biens totaux à titre de lot de partage à l'un des époux, qui correspond à sa participation à l'activité professionnelle de son conjoint ou à sa contribution aux charges du mariage. Puisque la loi ne dispose pas le lot du partage, il est en effet permis au juge le pouvoir d'apprécier la valeur des travaux à domicile en vu des toutes les circonstances* ».

Néanmoins, la jurisprudence n'a pas hésité à donner une interprétation extensive à cette disposition⁹¹¹. Notamment, elle y a vu également un caractère alimentaire afin de compenser la disparité que le divorce crée, surtout celle tenant à l'indigence d'un époux causée par cette séparation. Cette prise en compte de l'aspect alimentaire attachée à la répartition des biens est, selon les juges⁹¹² fondée sur l'idée d'équité.

Toutefois, il est admis dans les deux systèmes juridiques que l'octroi d'une prestation quelconque en vue de compenser la disparité que crée le divorce ne suffit pas à réparer tous les dommages résultant de la dissolution du mariage.

Dès lors, le droit français et le droit sud-coréen ont admis le principe d'une possibilité de réparation par l'attribution de dommages et intérêts qui se présente, à la différence des mesures précédentes, comme un effet non plus commun à tous les cas de divorce mais propre à un cas particulier de divorce.

§ 2. L'ATTRIBUTION DE DOMMAGES ET INTERETS

Le principe d'une possibilité de réparation des préjudices subis en matière de divorce par l'attribution de dommages et intérêts est bien établi dans les deux systèmes juridiques. Toutefois, au-delà de cette identité de vue sur le principe, la comparaison des législations permet de constater qu'en fonction de l'origine des dommages, droit français et droit sud-coréen ont adopté des modalités de réparation différentes.

Ainsi, la jurisprudence française a-t-elle admis, depuis longtemps, le principe d'une double possibilité de réparation. En effet, parallèlement aux dommages et intérêts spécifiques au droit du divorce, en réparation du préjudice subi à l'occasion de la rupture du mariage, subsiste la possibilité de réparer d'autres préjudices que ceux nés de la rupture lorsqu'ils ont pour origine la faute d'un époux.

Force est de constater que le droit sud-coréen n'opère pas cette distinction fondée sur l'origine du préjudice en vue de l'attribution des dommages et intérêts. En effet, s'agissant

⁹¹¹ Le juge constate cet aspect de la prestation compensatoire dans 6, 7 % des demandes sur la répartition. Cet aspect alimentaire est réellement relatif avec la politique sociale et travailleuse : Yong-Won KIM, *Les biens à l'égard de la répartition des biens lors du divorce, Thèses légales (n° 21), Institut de droit d'université de Soung-Sil*, 2008, p. 32 et s.

⁹¹² La Cour suprême 2003de96753, 19 août 2003.

des préjudices nés de la rupture du lien conjugal, tout semble réparé lors de la procédure particulière de réparation des biens qui a pour but, initialement, de liquider les intérêts pécuniaires des époux, mais qui progressivement et sous l'influence de la jurisprudence, a acquis un aspect alimentaire⁹¹³, voire indemnitaire⁹¹⁴. Seuls, sont alors concernés, en droit sud-coréen, par l'attribution de dommages et intérêts selon des modalités particulières, les préjudices éprouvés à la suite de fautes commises à l'origine du divorce.

Si le droit sud-coréen partage donc avec le droit français l'idée d'une réparation d'un préjudice causé par la faute d'un époux (B), le droit français se distingue en prévoyant des dispositions spécifiques en vue de l'attribution de dommages et intérêts pour réparer le préjudice résultant de la dissolution du mariage (A).

A. LA REPARATION DU PREJUDICE RESULTANT DE LA RUPTURE DU MARIAGE

Dire qu'une telle procédure est connue seulement du droit français, ne signifie pas que le droit sud-coréen ne permet pas l'indemnisation des préjudices nés de la rupture du lien conjugal.

On sait que le régime de la séparation des biens a été consacré régime matrimonial légal en Corée du Sud. Il en résulte qu'aucune obligation n'est faite aux époux de procéder à la liquidation du régime ainsi adopté lors du divorce. Néanmoins, la réalité de la vie commune qui entraîne toujours une confusion des intérêts pécuniaires entre époux a rendu nécessaire la mise en place d'un dispositif particulier dénommé procédure de répartition de biens. Dans l'esprit du législateur sud-coréen, à défaut d'une véritable procédure de liquidation du régime matrimonial, il s'agissait seulement de proposer aux époux un moyen de « *liquider le passé* » patrimonial ayant pu exister entre eux au cours de l'union,

⁹¹³ La répartition des biens lors du divorce comporte l'aspect alimentaire en tant que prestation compensatoire (La Cour suprême 2003de96753, 19 août 2003 ; Le tribunal familial de Seoul 2006dehap10057, 13 février 2008 ; Le tribunal familial de Seoul 2006 dehap6393, 19 juillet 2007 ; Le tribunal familial de Seoul 2005dehap4024, 1^{er} août 2007 ; Le tribunal d'appel de Seoul 2006le579, 24 juillet 2007 ; Le tribunal d'appel de Daigou 2005gahap736, 13 décembre 2005).

⁹¹⁴ Le juge prend en considération les caractères alimentaire et indemnitaire de la prestation compensatoire à l'égard de la demande de répartition des biens lors du divorce (Yong-Won KIM, *Les biens à l'égard de la répartition des biens lors du divorce, Thèses légales (n° 21), Institut de droit d'université de Soung-Sil*, 2008, p. 34 et s. ; Choon-Soo AN, *art. préc.*, p. 233 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 236 ; You-Mee KIM, *A study on the division of matrimonial property in Korea, Étude sur le droit de la famille (n° 22, vol. 2), The Korean society of family law*, 2008, p. 97 et s.).

mais la jurisprudence y a vu, également, une opportunité pour envisager « *l'avenir* »⁹¹⁵. Il en est, d'abord, résulté l'octroi d'une prestation compensatoire qui a pour but de compenser la disparité que le divorce crée dans les conditions de vie respectives des ex-époux, au sortir du divorce. Il n'est donc guère surprenant que les juges ont profité aussi de l'occasion qui leur est offerte pour réparer les préjudices résultant de la rupture du mariage.

En revanche, le droit français a toujours considéré qu'en matière de divorce, l'octroi d'une prestation compensatoire ne suffit pas à réparer tous les dommages résultant de la dissolution du lien conjugal.

C'est pourquoi la loi du 11 juillet 1975 a réglementé la réparation des préjudices nés de la rupture dans l'article 266 du Code civil, et le législateur de 2004, tout en conservant le principe d'une telle réparation⁹¹⁶, s'est aussi efforcé de le concilier avec la nouvelle règle qui vise à dissocier les conséquences du divorce de l'attribution des torts.

A ce propos, aux termes de l'article 266 du Code civil français « *sans préjudice de l'application de l'article 270 du Code civil, les dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait du divorce* ». L'objectif de la loi est clairement énoncé. Elle vise d'abord à permettre au conjoint d'obtenir la réparation du préjudice résultant du divorce. Ensuite la compatibilité de la prestation compensatoire avec les dommages et intérêts de l'article 266 du Code civil est désormais expressément confirmée. Enfin il s'agit d'une mesure exceptionnelle, car même en cas de divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, les dommages et intérêts prévus par l'article 266 du Code civil ne peuvent être attribués que dans les circonstances exceptionnelles.

⁹¹⁵ Gyung-Sook BAE et Kum-Sook CHOI, *Les cours du droit de la famille, Jaeil Bubgyu*, 2006, p. 195 ; Hong-Jou PARK et Eun-A LEE, *Les responsabilités, travail, et famille pour les femmes mariées comme travailleuse, L'étude des femmes (n° 20, vol. 2)*, Institut des recherches des femmes, 2004, p. 157 et s. ; Gyung-Gun JUN, *The issues and reform measure of matrimonial property system on present Civil law, Étude sur le droit de la famille (n° 19, vol. 1)*, *The korean society of family law*, 2005, p. 201 ; Sang-Jin OH, *Property division at divorce in case debts exceeds assets, Étude sur le droit de la famille (n° 18, vol. 2)*, *The korean society of family law*, 2004, p. 128.

⁹¹⁶ La Cour de cassation a admis l'application de l'article 266 du Code civil en cas de la séparation de corps aux torts exclusifs (Civ. 1^{re}, 4 octobre 2005, n° 04-12755) ; Dans le cas du divorce aux torts partagés, la réciprocité des fautes entre deux époux efface l'idée de sanction que le divorce est un échec : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 297.

S'agissant de l'application de l'article 266 du Code civil, deux nouveautés mises en œuvre par la loi de 2004 peuvent être relevées. En premier lieu et relativement à son domaine d'application, le conjoint de l'époux fautif n'est plus le seul à pouvoir bénéficier de cette disposition⁹¹⁷. Le législateur a attribué également ce droit à l'époux défendeur dans un divorce pour altération définitive du lien conjugal, dès lors qu'il n'a formé aucune demande en divorce⁹¹⁸. Cette mesure est justifiée par le fait que ce conjoint ne peut plus désormais invoquer la clause d'exceptionnelle dureté et bénéficier du maintien du devoir de secours.

La seconde nouveauté a trait au préjudice réparable⁹¹⁹. Pour que ces dommages et intérêts soient accordés, il faut qu'il y ait un préjudice résultant de la rupture du mariage, mais distinct de celui que répare la prestation compensatoire⁹²⁰. Par ailleurs, les dommages et intérêts de l'article 266 du Code civil peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage.

⁹¹⁷ L'article 266 du Code civil ne fournit aucune autre directive, mais la Cour de cassation a précisé pour la première fois ce critère (Civ.1^{re}, 1^{er} juillet 2009, n° 08-17.825, *Bull. civ.* I, n° 145 ; *D.* 2009. AJ 1897, obs. C. LE DOUARON ; *AJ fam.* 2009. 347, obs. S. DAVID ; *RTD civ.* 2009. 705, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2009-11/25, obs. T. GARE ; *Dr. fam.* 2009. Comma. 103, note V. LARRIBAU- TERNEYRE ; *RLDC* 2009/64, n° 3583, obs. E. POULIQUEN ; *adde* D. PIWANICA, *Les dommages et intérêts de l'article 266 du code civil dans la loi du 26 mai 2004*, *JCP* n° 45, 2009. 407) ; P. COURBE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 222.

⁹¹⁸ En pratique, ce sont essentiellement des préjudices moraux qui sont réparés (pour des violences répétées contre une épouse) : Paris, 14 janv. 2009, *Dr. fam.* 2009. Comm. 54 (1^{re} esp), note V. LARRIBAU- TERNEYRE.

⁹¹⁹ L'attribution de dommages-intérêts, sur le fondement de l'article 266 du Code civil, peut encore aujourd'hui être justifiée par les convictions religieuses d'un conjoint (N. NEFUSSY-VENTA, *Convictions religieuses et ruptures familiales*, *AJ Famille* 2011 p. 39) ; Dans l'espèce soumise à la Cour d'appel de Bordeaux du 24 novembre 2009, le jugement de divorce, prononcé aux torts exclusifs du mari coupable d'adultère, avait attribué à l'épouse la somme de 4000 € à titre de dommages-intérêts pour le préjudice moral occasionné par la dissolution de l'union, en raison de ses convictions religieuses. En effet le mari, catholique, et la femme, protestante, avaient établi une profession de foi manuscrite lors de leurs engagements dans une église. Tout en reconnaissant que ce document est sans portée en droit français, la Cour d'appel de Bordeaux a considéré qu'il atteste néanmoins du sérieux de l'engagement matrimonial et de la fermeté des époux à s'engager dans une union stable et durable, ce qui rend sa fin particulièrement douloureuse dans un contexte de tromperie et justifie l'attribution de dommages et intérêts à l'épouse (Bordeaux 24 novembre 2009, RG n° 08/07378, *Dr. fam. février* 2010, n° 19, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE).

⁹²⁰ Civ. 1^{re}, 14 décembre 2004, *Bull. civ.* I, n° 1866 ; *JCP* éd. G 2005, IV, n° 1214 ; Civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, *JCP G* 2005, IV, n° 2967 ; *Dr. fam.* 2005, n° 212, obs. V. LARRIBAU- TERNEYRE ; Civ. 1^{re}, 9 janvier 2007 ; *Dr. fam.* 2007, n° 37, note V. LARRIBAU- TERNEYRE ; *AJ fam.* 2007, p. 272, note S. DAVID ; *RTD civ.* 2007, p. 321, note J. HAUSER.

Cette dernière affirmation suscite trois observations. D'abord, pour accorder des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 266 du Code civil, les juges du fond doivent rechercher en quoi le préjudice indemnisé résulte de la rupture du lien conjugal⁹²¹.

Ensuite, le préjudice né de la rupture n'est pris en compte que s'il présente un caractère de gravité exceptionnelle ⁹²². La réparation prévue ne peut concerner que des « *conséquences d'une particulière gravité* » dont un époux serait victime à la suite de la rupture du mariage⁹²³.

Enfin, s'il s'agit d'un préjudice matériel, presque tout semble réparé par la prestation compensatoire, c'est pourquoi le préjudice le plus souvent invoqué est d'ordre moral⁹²⁴. Il peut s'agir du désarroi lié à une vie solitaire⁹²⁵ ou encore la souffrance qu'a causée la rupture, et la réprobation qui s'attache parfois encore à l'état de divorcé. Dans tous les cas, la notion de préjudice d'une particulière gravité, peu explicite dans la loi du 26 mai 2004, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond⁹²⁶.

⁹²¹ Le conjoint souffre particulièrement de la déconsidération qui s'attache à la situation de divorce (Civ. 1^{re}, 5 mai 1976, *D.* 1976. IR. 226) ; Le conjoint est gravement affligé par l'épreuve de la rupture (Civ. 2^e, 5 juin 1984, *Bull. civ.* II, n° 106 ; 27 janvier 2000, *Bull. civ.* II, n° 17 ; Civ. 1^{re}, 14 février et 28 mars 2006, *D.* 2007.616, obs. G. SERRA).

⁹²² La notion des conséquences d'une particulière gravité est ainsi peu explicite dans la loi du 26 mai 2004, de sorte que cette gravité dépendra de l'appréciation des juges du fond : P. COURBE, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 223.

⁹²³ Lorsque l'épouse se trouvait isolée dans un pays étranger (Paris, 20 février 2008, *Dr. fam.* 2008 n° 55, obs. V. LARRIBAU- TERNEYRE) ; Par contre, il n'était pas présumé comme la gravité de la faute mais celle de préjudice en cas d'abandon après 39 ans de mariage (Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2009, n° 08-17825 ; *D.* 2009.1897 obs. C. LE DOUARON ; *AJ fam.* 2009. 347, obs. David ; J. HAUSER, *Les dommages-intérêts nouveaux sont arrivés !*, *RTD Civ.* 2009, p. 705) ou de la conjugaison de violences et d'adultère (Civ. 1^{re}, 14 octobre 2009, n° 08-20037).

⁹²⁴ Bordeaux 24 novembre 2009, RG n° 08/07378, *Dr. fam. février* 2010, n° 19, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.

⁹²⁵ Civ. 1^{re}, 5 mai 1976, *D.* 1976. IR. 226 ; Civ. 2^e, 5 juin 1984, *Bull. civ.* II, n° 106 ; 27 janvier 2000, *Bull. civ.* II, n° 17 ; Civ. 1^{re}, 14 février et 28 mars 2006, *D.* 2007.616, obs. G. SERRA.

⁹²⁶ Paris, 9 septembre 2010 : jurisdata n° 2010-016323 relève que la rupture du lien conjugal aux torts exclusifs du mari a des conséquences d'une particulière gravité pour l'épouse vietnamienne qui se voit contrainte de rester en France après avoir abandonné tout ce qui l'attachait à son pays d'origine. Le règle positif du Vietnam ne lui permet pas de trouver la situation familiale et sociale qui était la sienne (professeur de langue) au sein d'une famille considérée ; La dissolution du mariage pour une épouse, gravement malade, atteinte d'une maladie évolutive et âgée de 66 ans qui ne peut plus désormais compter sur son époux pour l'assister dans sa vie quotidienne et qui doit recourir aux services de tiers (Paris, 9 septembre, 2010, n° 2010-016447).

Comme pour la prestation compensatoire, ces dommages et intérêts ne peuvent être demandés que lors de l'action en divorce⁹²⁷. Une fois de plus, l'objectif du législateur français a été la concentration des effets, afin d'éviter les conflits de l'après-divorce⁹²⁸.

Néanmoins, il est admis que la réparation du préjudice résultant de la dissolution du mariage, en vertu de l'article 266 du Code civil en droit français, ou éventuellement lors de la procédure de répartition des biens (art. 839-2 C.civ) en droit sud-coréen, n'exclut pas, par ailleurs, l'attribution de dommages et intérêts réparant un préjudice particulier, notamment celui causé par la faute d'un époux.

B. LA REPARATION DU PREJUDICE CAUSE PAR LA FAUTE D'UN EPOUX

Si le principe de l'indemnisation est acquis, la mise en œuvre de l'action en réparation invite à apporter des précisions.

D'abord, s'agissant de la titularité de l'action, le droit français désigne l'époux qui invoque un préjudice différent de celui qui résulte de la rupture du lien conjugal. Le droit sud-coréen pour sa part indique, d'une manière générale, celui qui se prévaut d'un préjudice ayant entraîné la dissolution du mariage, soit dans le divorce pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal, soit dans le divorce pour faute. En revanche, la demande est irrecevable en cas de divorce par consentement mutuel⁹²⁹.

Concernant ensuite le fondement de l'action, il est acquis en droit français que la possibilité de réparer ce préjudice distinct de la rupture du mariage subsiste dans les conditions du droit commun de la responsabilité civile, en application de l'article 1382 du Code civil⁹³⁰.

⁹²⁷ La demande pour les dommages et intérêts ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce et non ultérieurement. Mais cette demande peut être formée seulement en cause d'appel (Civ. 2^e, 16 janvier 1980, *Bull. civ.* II, n° 10), à condition que le divorce ne soit pas définitivement acquis : Civ. 1^{re}, 25 avril 2007, *D.* 2008. Pan. 815, obs. G. SERRA et L. WILLIATTE-PELLETTERI ; *RTD civ.* 2007.552, obs., J. HAUSER.

⁹²⁸ Civ. 2^e, 6 février 1985, *D.* 1986 IR 114 obs. A. BENABENT.

⁹²⁹ Chang-Ryeol CHOI, *A study on consolation money due to divorce, Étude sur le droit de la famille (n° 14)*, *The korean society of family law*, 2000, p. 48 et s.

⁹³⁰ Civ. 1^{re}, 11 janvier 2005, *Bull. civ.* I, n° 13 ; La possibilité d'obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil n'est pas remise en cause. Alors les dommages et intérêts prévus par l'article 1382 du Code civil réparent le préjudice résultant de toute autre circonstance : T. GARÉ, *Quels sont les domaines d'application des articles 266 et 1382 du Code civil ?*, *art. préc.*, p. 18.

En comparaison, la jurisprudence sud-coréenne, pour condamner l'époux fautif à des dommages et intérêts, fait appel à l'article 806 du Code civil relatif au droit du divorce⁹³¹ et non à l'article 396 du Code civil, fondement de la responsabilité civile en droit sud-coréen⁹³².

Toutefois, la différence n'est qu'apparente. En effet, en pratique, l'époux innocent va agir pour obtenir réparation du préjudice subi à raison des fautes de son conjoint. Dès lors, devant le juge français⁹³³ comme devant le juge sud-coréen, les violences physiques, les humiliations, les injures, les infidélités, voire le refus de contribuer aux charges du mariage peuvent être à l'origine d'un préjudice matériel et/ou moral dont la réparation peut être demandée⁹³⁴.

En réalité, il s'agit donc aussi bien en droit français comme en droit sud-coréen d'une action en responsabilité indépendamment des textes visés par la jurisprudence. S'il est donc permis de supposer que les actions sont de même nature en droit français et en droit sud-coréen, il est aussi admis dans les deux systèmes juridiques que l'époux demandeur doit rapporter la preuve de la faute commise par son conjoint. De même, il convient de relever que dans les deux systèmes juridiques, la demande peut être formée non seulement à l'occasion de l'action en divorce mais aussi postérieurement au divorce.

Une fois les effets du divorce à l'égard des parents réglés, l'organisation des conséquences de la séparation pour les enfants a retenu l'attention du législateur dans les deux systèmes juridiques.

⁹³¹ Comme dans tout procès civil, l'époux doit passer par la phase de conciliation pour demander les dommages et intérêts à l'autre époux (art. 2, al. 1^{er} et art. 50 Code de procédure familiale) : Chang-Ryeol CHOI, *A study on consolation money due to divorce*, art. préc., p. 53 et s.

⁹³² La Cour suprême 68m5, 5 mars 1968 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 243 ; Yong-Won KIM, *Les biens à l'égard de la répartition des biens lors du divorce*, Thèses légales (n° 21), Institut de droit d'université de Soung-Sil, 2008, p. 39 et s. ; Choon-Soo AN, art. préc., p. 251.

⁹³³ Paris, 30 avril 2003, *RTD civ.* 2003,486 obs. J. HAUSER ; Civ 1^{re}, 30 octobre 2006, *Défrenois* 2007, p. 302, obs. J. MASSIP.

⁹³⁴ La Cour suprême 65da1582 et 1583, 9 novembre 1965 ; La Cour suprême 67da99, 25 avril 1967 ; La Cour suprême 69m17, 19 août 1969 ; La Cour suprême 69m37, 28 avril 1970 ; La Cour suprême 93m1273 et 1280, 26 avril 1994 ; La Cour suprême 96m1434, 10 avril 1998 ; La Cour suprême 2004da1899, 13 mai 2005 ; Sont fréquemment pris en compte, les violences physiques ou morales dont un époux a pu se rendre coupable à l'égard de l'autre ainsi que l'adultère, l'abandon, la diffamation (Civ. 1^{re}, 11 janvier 2005, *Bull. civ.* I, n° 13) ; L'article 1382 du Code civil est une disposition générale à l'égard des dommages : tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

A ce propos, le devenir des enfants au sortir du divorce a été récemment considéré, en France, comme posant une question beaucoup plus générale. Non seulement elle concerne désormais le sort de tout enfant en cas de séparation des parents, mais elle doit aussi être abordée dans le cadre plus vaste de l'autorité parentale (la loi du 4 mai 2002).

Absent du règlement des conséquences du divorce pendant un temps, le problème du sort des enfants après la rupture du lien conjugal fait l'objet, depuis peu, d'un traitement particulier de la part du législateur sud-coréen contemporain (la loi du 31 décembre 1977).

Désormais, il est fait obligation aux parents de régler, d'un commun accord, la question de l'exercice de l'autorité parentale et de l'obligation d'entretien à l'égard de leurs enfants, à travers une convention soumise à l'homologation du juge.

CHAPITRE II.

LES EFFETS DU DIVORCE A L'EGARD DES ENFANTS

La question des enfants a toujours été au cœur du divorce : les encyclopédistes estimaient que le mariage devrait durer tout le temps nécessaire à l'éducation des enfants avant de devenir dissoluble. Rousseau voyait même dans leur existence une raison invincible contre le divorce⁹³⁵.

De nos jours, elle se pose avec une acuité plus grande encore à la lecture des données statistiques : 2/3 des divorces, nous dit-on, impliquent des enfants mineurs. En France 10 % des enfants mineurs ont des parents divorcés⁹³⁶, tandis qu'en Corée du Sud, plus de 65 % des divorces comportent des enfants mineurs⁹³⁷ et 9, 4 % des enfants mineurs ont des parents divorcés⁹³⁸.

Dans l'absolu, on peut concevoir que le divorce n'emporte aucune conséquence dans les rapports entre les époux divorcés et leurs enfants⁹³⁹. En effet, l'autorité parentale d'une part, les obligations pour les parents d'entretenir et d'élever les enfants d'autre part, ne disparaissent pas avec le divorce⁹⁴⁰. Par ailleurs, les enfants conservent leurs droits dans la succession de leurs parents, droits qui sont au demeurant réciproques. De même les parents sont toujours tenus d'une obligation alimentaire, laquelle est également réciproque⁹⁴¹.

⁹³⁵ Dans *La Nouvelle Héloïse* : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 307 ; « *La parenté dure toujours, même si les parents se séparent. Un proverbe chinois enseigne que si on vous appelle une fois maman, vous devenez mère toujours* » : F. VAUVILLÉ, *Du principe de coparentalité et sa mise en œuvre, L'autorité parentale en question*, F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et C. CHOAIN (ss. dir.), éd. Septentrion, 2003, p. 127.

⁹³⁶ Les enfants sont les seuls bénéficiaires de ces mesures dans 80 % des jugements de divorce comportant des obligations financières (J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La famille : Dissolution de la famille*, 1991, p. 254).

⁹³⁷ Selon les statistiques, dans les années 90, plus de 75 % des époux divorcés en Corée du Sud, avaient des enfants mineurs mais en 2005, 63, 3 % des divorces impliquaient des enfants mineurs (36, 1 % des époux divorcés avaient plus de deux enfants mineurs) : Sang-Yong Kim, *Das Verhältnis zwischen Sorgerecht und Erziehungsrecht, wenn beide Rechte bei einer Ehescheidung zwischen den Elternteilen aufgeteilt werden müssen müssen (La dévolution de l'autorité parentale à un seul parent en cas de divorce)*, *L'étude du droit de la famille II, Bobmounsa*, 2006, p. 207.

⁹³⁸ Dans les enquêtes à l'égard de la famille du seul parent, l'enfant avec des parents divorcés arrive à 9, 4 % en 2003 » : Hyun-Soo JEONG, *A study on the methods of ensuring child support in divorce, Étude sur le droit de la famille (n° 19, vol. 1)*, *The korean society of family law*, 2005, p. 231 et s.

⁹³⁹ « *Le divorce se définit comme la fin du couple, mais non de la famille* » : J. LÉVESQUE, *Co-fondateur de l'institut de médiation familiale de Montréal, Le groupe familial (n° 125)*, p. 61 ; « *Le prononcé du divorce ne manque jamais de rejaillir sur les enfants du couple* » : P. COURBE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 224 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 198.

⁹⁴⁰ Myeong-Sook KIM, *Le droit des enfants, L'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant, Droit d'ANAME (n° 28)*, *Recherche de droit d'ANAME*, 2009, p. 82 et s.

⁹⁴¹ Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 234.

Toutefois, il faut aussi tenir compte de la réalité de la rupture du lien conjugal : les membres de la famille sont appelés à ne plus vivre ensemble. Il convient alors d'organiser les rapports juridiques sur le plan personnel et pécuniaire entre l'enfant et ses parents en fonction de cette nouvelle situation⁹⁴².

Dans ces conditions, l'objectif avoué du droit français et sud-coréen a été de garantir autant que possible l'intérêt des enfants, même si l'on peut constater aussi que les deux systèmes ont parfois emprunté des voies différentes pour servir cet objectif.

Il suffit pour s'en convaincre d'analyser ces incidences du divorce sur la situation des enfants successivement à travers la mise en œuvre de l'autorité parentale (Section I) et du devoir d'entretien à la charge des parents (Section II).

⁹⁴² P. COURBE, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 224 ; « *C'est sans doute le problème le plus délicat du divorce, le plus difficile à résoudre* » : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 307.

SECTION I.

L'EXERCICE DE L'AUTORITE PARENTALE

L'évolution des modalités d'exercice de l'autorité parentale, aussi bien dans le système juridique français que dans celui de la Corée du Sud, s'articule autour de deux idées⁹⁴³.

D'une manière générale, on observe une rupture progressive avec la vision traditionnelle de la famille, conçue comme une cellule sociale organisée sous l'autorité d'un chef unique, le père. Il en est ainsi de cette vision héritée de Rome, reprise par Bonaparte et qui a perduré pendant la majeure partie du 20^e siècle, mais que le droit français contemporain, initié par la loi du 4 juin 1970, confirmé par les interventions législatives postérieures⁹⁴⁴ a finalement abandonné, d'une part en disposant que, désormais, « l'autorité parentale appartient aux père et mère », et en inscrivant d'autre part dans les textes que la finalité de cette institution est de « protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité »⁹⁴⁵.

Le même phénomène caractérise le droit sud-coréen. Pendant longtemps, sous l'influence du système juridique japonais⁹⁴⁶, une conception de l'autorité au sein de la

⁹⁴³ Tant en France qu'en Corée du Sud, l'autorité parentale est l'ensemble des droits et pouvoirs accordés par la loi aux père et mère et à eux seuls quant à la personne et à la gestion des biens de leurs enfants mineurs et non émancipés : Sang-Yong Kim, *Das Verhältnis zwischen Sorgerecht und Erziehungsrecht, wenn beide Rechte bei einer Ehescheidung zwischen den Elternteilen aufgeteilt werden müssen müssen (La dévolution de l'autorité parentale à un seul parent en cas de divorce)*, *L'étude du droit de la famille II*, Bobmounsa, 2006, p. 205; F. GRANET et P. HILT, *op. cit.*, 2009, p. 176.

⁹⁴⁴ L'idée d'intérêt de l'enfant est progressivement apparue (F. BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants : Perspectives comparatistes et internationales*, *op. cit.*, p. 6 et s.) : le contrôle pour l'intérêt de l'enfant a été confié à l'autorité judiciaire qui a pu, à partir d'une loi promulguée en 1889, prononcer la déchéance de la puissance paternelle, puis ordonner, depuis 1945, des mesures d'assistance éducative : P. COURBE, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 447.

⁹⁴⁵ Sous l'influence des idées féministes, la mère a pris une place grandissante au sein de l'institution, ce qui a conduit en 1970 le législateur à remplacer la puissance paternelle par l'autorité parentale (Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale. Commentaires : C. Colombet, *D.* 1971. Chron. 1 ; M. Gobert, *JCP* 1971.I.2421 ; J. Hauser et E. Abitbol, *D.* 1971. Chron. 59 ; R. Legeais, *Deffrénois* 1971.609).

⁹⁴⁶ À partir du 1^{er} décembre 1921, les anciens articles 812 et 877 du Code civil indiquaient dans leurs dispositions l'autorité parentale mais, cette loi était de renforcer l'idéologie patriarcale, de sorte que l'intérêt des enfants n'était pas pris en considération : Sang-Yong KIM, *Les quelques controverses du*

famille fondée sur une idéologie patriarcale et peu soucieuse de l'intérêt des enfants, a prédominé en Corée du Sud. Il a fallu attendre une loi de 1977 pour assister à une évolution majeure⁹⁴⁷ : elle a abandonné toute référence à cet élément patriarcal et permis à la mère d'exercer avec le père l'autorité parentale⁹⁴⁸.

Outre ce passage de la puissance paternelle à l'autorité parentale⁹⁴⁹, les deux systèmes juridiques français et sud-coréen, étaient aussi imprégnés, en particulier au moment du divorce, de l'idée selon laquelle la disparition du couple conjugal ne doit pas entraîner celle du couple parental. Pour la justifier, il fallait, a-t-on dit, mettre le droit en conformité avec la Convention internationale relative aux droits de l'enfant⁹⁵⁰, dont l'article 9 stipule que « *les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents* ». Surtout, on a affirmé la volonté de faire triompher le principe de coparentalité, en offrant aux couples qui se séparent le modèle d'une famille qui reste unie d'une autre manière, autour de l'enfant, malgré la séparation⁹⁵¹. Partagée par les deux systèmes, l'idée a été toutefois mise en œuvre selon deux méthodes différentes.

Code civil à l'égard des décisions de l'autorité parentale et de droit de garde des enfants, Jurisprudence administrative (n° 37, vol. 2), Institut coréen de jurisprudence administrative, 1996, p. 14 ; Sang-Yong Kim, Das Verhältnis zwischen Sorgerecht und Erziehungsrecht, wenn beide Rechte bei einer Ehescheidung zwischen den Elternteilen aufgeteilt werden müssen müssen (La dévolution de l'autorité parentale à un seul parent en cas de divorce), op. cit., p. 204.

⁹⁴⁷ Le Code civil de 1958 a maintenu la même conception de la loi de 1921 et de 1922 sur l'autorité parentale ; « *L'ancien article 909 du Code civil, dans la loi de 1958, prévoyait que l'autorité parentale appartenait au père, mais lorsqu'il ne pouvait pas l'exercer après le divorce, la mère le remplaçait si elle habitait avec ses enfants à son propre domicile* » : Sou-San YANG, *L'autorité parentale et son exercice, Étude sur le droit de la famille (n° 10, vol. 2), The korean society of family law, 1996, p. 339 ; Dae-Hyun JO, Qui exerce l'autorité parentale dans la nouvelle loi -c'est urgent d'établir les théories-, Journal légal du 28 janvier 1991.*

⁹⁴⁸ Le principe de coparentalité ne valait que durant le mariage : Sang-Yong KIM, *Réflexion critique sur l'autorité parentale, Étude sur le droit de la famille (n° 11), The korean society of family law, 1997, p. 253 et s.*

⁹⁴⁹ « *L'autorité parentale est aujourd'hui plus que jamais une fonction reconnue aux parents pour protéger l'enfant et tient toute son importance dans le rôle des parents* » : L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale, L.G.D.J., 2004, p. 528 ; Sang-Yong KIM, L'autorité parentale en commun après divorce, op. cit., p. 222.*

⁹⁵⁰ Depuis la Convention de New York relative aux droits de l'enfant (aussi appelée Convention internationale des droits de l'enfant : CIDE), beaucoup de pays suivent l'esprit de cette convention. Ce traité international rédigé sous l'égide de l'ONU en 1989 a pour l'objectif de reconnaître et de protéger les droits spécifiques des enfants.

⁹⁵¹ I. THÉRY, *Le démariage, Justice et vie privée, Odile Jacob, 3^e éd., 2001, p. 59 et s.*

En effet, si l'exercice en commun de l'autorité parentale n'a été finalement considéré par le droit sud-coréen que comme un élément de l'éventail de possibilités, laissé au libre choix des parents (§ 2), le législateur français, quant à lui, l'a érigé en un véritable principe posé par la loi (§ 1).

§ 1. LE PRINCIPE DE L'EXERCICE EN COMMUN DE L'AUTORITE PARENTALE PAR LES PARENTS DIVORCES EN DROIT FRANÇAIS

En cherchant ainsi à créer de la permanence au-delà de la séparation, le législateur français était conscient de la difficulté de l'entreprise. Il suffit pour s'en convaincre, une fois exposé le contenu du principe d'exercice en commun de l'autorité parentale après divorce (A), de se livrer à une étude des moyens proposés par la loi pour le rendre effectif (B).

A. LE CONTENU DU PRINCIPE

Après les lois successives du 8 janvier 1993 et du 4 mai 2002, il n'est plus question en droit français de choix entre exercice en commun, exercice unilatéral et enfant confié à un tiers : l'exercice en commun est la règle. Le principe est posé par l'article 373, alinéa 1 du Code civil. La séparation des parents est désormais sans incidence sur les règles de la dévolution, de l'exercice de l'autorité parentale⁹⁵².

Il importe d'abord de constater que l'autorité parentale conjointe en cas de séparation des parents est née de la pratique. Initialement, elle a été inventée dans le divorce sur requête conjointe. Malgré les termes contraires de la loi du 11 juillet 1975⁹⁵³, la Cour de cassation l'avait expressément validée⁹⁵⁴.

⁹⁵² « *Lorsqu'il y a vie familiale effective, les effets de la protection de cette vie se poursuivent bien évidemment, même s'il y a séparation ou divorce du couple : la présence d'enfants maintient le couple parental au-delà du couple conjugal* » : M. LEVINET, *Couple et vie familiale, Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruxelles, éd. Nemesis-Bruylant, coll. « Droit et Justice », n° 38, 2002, p. 107.

⁹⁵³ La loi de 1975 prévoyait le principe d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale, mais la Cour de cassation a été amenée à consacrer en 1983 la garde conjointe, et ce, malgré sa condamnation de toute idée d'une garde alternée.

⁹⁵⁴ Civ. 2^e, 21 mars 1983, *Bull.civ.* II, n° 86 ; *D.* 1984,53, note T. MOUSSA ; *JCP G* 1984, II, 20163, note A. DEKEUWER ; *Defrénois* 1983, art. 33174, n° 119, obs. J. MASSIP ; *RTD civ.* 1984,95, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

Les interventions législatives postérieures ont entériné cette évolution : la loi du 22 juillet 1987 a consacré l'exercice en commun l'autorité parentale après divorce⁹⁵⁵, la loi du 8 janvier 1993⁹⁵⁶ en a fait le principe⁹⁵⁷, et la loi du 4 mars 2002 l'a reconnu comme système de référence et achevé sa généralisation⁹⁵⁸. Ensuite, il convient d'observer que cette préférence donnée à l'exercice en commun de l'autorité parentale en cas de séparation répond à un parti législatif très affirmé : chacun des parents divorcés doit avoir une attitude responsable⁹⁵⁹.

À ce propos, le législateur de 2002 a jugé utile de rappeler que « *chacun des père et mère doit entretenir des relations personnelles avec l'enfant, et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* » (art. 373-2, al. 2 C.civ.)⁹⁶⁰. On parle alors « *d'une sorte de charte des bonnes pratiques...pour cultiver des liens dans la séparation* »⁹⁶¹.

Et pour montrer que ces directives ne sont pas des vœux, mais des devoirs, la loi, de manière concrète, impose au parent qui envisage de déménager (surtout, s'il s'agit de celui chez lequel l'enfant réside) d'en informer préalablement l'autre parent en temps utile⁹⁶².

⁹⁵⁵ La loi Malhuret disposait en principe l'exercice unilatéral de l'autorité parentale après le divorce et son exercice en commun à titre exceptionnel.

⁹⁵⁶ « *Cette loi se met en conformité, en légalisant la pratique de la résidence alternée, avec la Convention internationale des droits de l'enfant (art. 7. 1 et 9. 3) et s'aligne sur les législations et pratiques outre-Atlantique et européennes* » : F. BOULANGER, *Les rapports entre parents et enfants, Perspectives comparatives et internationales, Economica*, 1^{re} éd. 1998, p. 86 et s. ; P. HILT, *La résidence alternée, AJF 2001*, p. 43.

⁹⁵⁷ « *La loi de 1993 a inversé cette règle et a prévu que désormais l'exercice en commun est le principe et que l'exercice unilatéral n'est plus que l'exception* » : H. FULCHIRON, *La généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents divorcés à l'épreuve des pratiques judiciaires, Sociologie judiciaire du divorce, Economica*, 1999, p. 69.

⁹⁵⁸ La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 a de plus ouvert aux parents de nouvelles possibilités d'accord : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 308 ; C'est le renforcement du principe de coparentalité : F. VAUVILLÉ, *op. cit.*, p. 128.

⁹⁵⁹ La séparation ne doit plus apparaître comme une coupure dans l'exercice de l'autorité parentale mais plutôt comme une simple donnée rendant nécessaire un aménagement des modalités d'exercice de celle-ci : F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au Garde aux sceaux, Ministre de la justice, La documentation française*, 1999, p. 77.

⁹⁶⁰ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 242 : « *Ce qui se marque symboliquement par le déplacement de la matière au sein du Code civil. Elle disparaît les effets du divorce où ne demeure qu'un simple renvoi (art. 286 C.civ) pour se situer au chapitre consacré à l'autorité parentale* ».

⁹⁶¹ G. CORNU, *La famille, op. cit.*, p. 178.

⁹⁶² J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 205.

S'il y a de ce fait un désaccord, le juge aux affaires familiales va statuer selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Il s'agit ici de parvenir à un aménagement judiciaire de l'exercice en commun de l'autorité parentale (art. 373-2 C.civ.).

Soulignons, enfin, que, dans ces conditions, l'exercice unilatéral, perçue comme une atteinte à la coparentalité, doit rester exceptionnel. C'est pourquoi, l'autorité parentale n'est exercée par un seul parent que dans le cas où le juge, à l'occasion du divorce, décide de déroger au principe pour confier l'exercice à un seul parent, ce qu'il ne peut faire que « *si l'intérêt de l'enfant le commande* » (art. 373-2-1 C.civ.) et à condition de motiver sa décision⁹⁶³.

Ainsi une telle solution est-elle retenue lorsqu'un conflit très vif opposait les parents, de même lorsqu'elle permet de mettre l'enfant à l'abri de certains dangers tels que la violence du père, ou la menace de déplacement de l'enfant à l'étranger. Le plus souvent aussi, l'exercice unilatéral s'impose en raison de la défaillance de l'un des parents.

Cet exercice unilatéral invite, par ailleurs, à préciser les droits de l'autre parent qui n'est pas privé du droit lui-même, mais qui ne peut plus exercer l'autorité parentale. À cet effet, le législateur a d'abord posé en principe qu'il conserve le droit de maintenir des relations personnelles avec l'enfant. Le juge peut même prendre certaines mesures garantissant la continuité et l'effectivité de ce lien (art. 373-2, al. 2 C.civ.).

Ensuite, plus précisément, il conserve également le droit de surveiller l'éducation et l'entretien de l'enfant. Il convient toutefois de relever que le droit de surveillance n'est pas un droit d'ingérence. Il donne seulement le droit d'être informé, d'être consulté, voire de proposer mais en aucun cas celui d'exiger ou d'interdire. La décision appartient au seul titulaire de l'exercice de l'autorité parentale. Toutefois, l'autre parent a la possibilité de saisir le juge aux affaires familiales si le choix est contesté (art. 373-2-1 C.civ.).

L'autre parent, enfin, bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement qui ne peut lui être refusé que pour motifs graves⁹⁶⁴. Pour être tout à fait complet, il faut ajouter que, lorsque l'autorité parentale continue à être en commun après le divorce, et que l'un des parents décède, elle est dévolue en entier au parent survivant (art. 373-1 C.civ.). L'article 373-3,

⁹⁶³ Civ 2^e, 31 mai 1995, *Bull. civ.* II, n° 165.

⁹⁶⁴ Civ. 1^{re}, 24 octobre 2000, *Bull. civ.* I, n° 262.

alinéa 2 du Code civil dispose qu'à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, le juge peut décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté.

Le juge qui statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale après séparation des parents peut décider du vivant même des parents, qu'en cas de décès de celui d'entre eux qui exerce cette autorité, l'enfant ne soit pas confié au survivant. Il peut, dans ce cas, désigner la personne à laquelle l'enfant sera provisoirement confié (art. 373-3, al. 3 C.civ.).

Au terme de cette analyse, force est de constater que pour le droit français, la séparation des parents implique plus naturellement l'exercice en commun que l'exercice unilatéral de l'autorité parentale.

Cette supposition peut apparaître pour le moins irréaliste. En effet, l'exercice en commun repose, par définition, sur une présomption d'entente, ce qui n'est pas toujours la réalité entre parents séparés. C'est pourquoi, le principe de l'exercice en commun une fois posé, le législateur a aussi prévu des moyens divers et variés pour faciliter sa mise en œuvre et par voie de conséquence permettre d'assurer l'égalité des parents.

B. LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE D'EXERCICE EN COMMUN DE L'AUTORITE PARENTALE PAR LES PARENTS DIVORCES EN DROIT FRANCAIS

Exercer en commun l'autorité parentale implique que les principales décisions intéressant l'enfant soient prises d'un commun accord. Tel est le seul véritable principe posé par le droit français en la matière.

Le principe acquis, le législateur était aussi conscient que le système ne peut fonctionner que s'il est assoupli. Dans cette perspective, on peut relever, dans les relations des parents avec les tiers, la reconnaissance d'une présomption d'accord pour les actes usuels⁹⁶⁵. De même, il faut souligner les modes de règlement des conflits ponctuels entre les parents sur toute décision importante relative à l'enfant. En effet, à défaut d'accord des parents, le juge doit se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale en prenant en considération la pratique ou les accords antérieurs des parents, les sentiments exprimés par l'enfant, le résultat des expertises, les enquêtes sociales ainsi que l'aptitude

⁹⁶⁵ La loi ne donne pas de définition des actes usuels, ni de liste préétablie. De manière négative, on estime que l'acte n'est pas usuel quand il rompt avec la pratique antérieure suivie, engage l'avenir de l'enfant (P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 624).

de chaque parent à respecter les droits de l'autre et à assurer ses propres devoirs (art. 373-2-11 C.civ.).

Si l'exercice en commun de l'autorité parentale n'est donc pas sans heurt lorsque les parents s'entendent et vivent ensemble, la question se pose avec une plus grande acuité en cas d'absence de vie commune des parents.

Dans ces conditions, le législateur français, sur le fondement de la coparentalité, a voulu instaurer une égalité dans le fonctionnement de l'autorité parentale même pour les parents divorcés. Et pour que cette égalité ne reste pas lettre morte mais effective, le problème de la fixation de la résidence de l'enfant (2) revêt une importance majeure. Pour cette question et pour beaucoup d'autres relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, le législateur a encouragé les parents à conclure des conventions soumises à l'homologation du juge (1).

1. La recherche d'un consensus parental

L'objectif avoué des deux lois successives du 4 mars 2002 et du 26 mai 2004 a été de renforcer le caractère conjoint des responsabilités parentales même en cas de divorce. Pour satisfaire cet objectif, le législateur français a été amené à faciliter la conclusion de conventions entre époux divorçant.

La démarche législative appelle plusieurs observations. En premier lieu, la place de plus en plus importante reconnue aux accords passés par les père et mère, non seulement pendant la vie commune mais aussi et, surtout, en cas de séparation, constitue une évolution qui s'inscrit dans un mouvement plus général qualifié de « *contractualisation* » du droit de la famille⁹⁶⁶.

En deuxième lieu, il convient d'observer que la possibilité de conclure des accords relatifs à l'autorité parentale, autrefois réservée aux seuls époux divorçant sur requête conjointe, est désormais, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, ouverte à tous les parents qui se séparent.

⁹⁶⁶ A.-M. LEROYER, *Autorité parentale et droit, La contractualisation de la famille, Economica*, 2001, p. 153 et s.

On peut justifier l'initiative du législateur par la volonté de distinguer les problèmes de couples et les problèmes de parents. Peut-être une telle démarche est-elle aussi animée par l'idée selon laquelle des solutions élaborées en commun seront mieux respectées par les parents que des décisions imposées de l'extérieur.

Toutefois, et en troisième lieu, le juge conserve aussi dans ce domaine sa mission de protecteur de l'intérêt de l'enfant et de la liberté du consentement donné par les parents. En effet, si les parents parviennent à se mettre d'accord, ils soumettent à l'homologation du juge la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants. Le juge peut homologuer un tel accord sauf s'il constate que cette convention ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été librement donné.

Parmi toutes les questions faisant l'objet de la convention homologuée par le juge, figure en bonne place la fixation de la résidence de l'enfant. À cette occasion, la possibilité de recourir à la résidence alternée au domicile de chacun des parents en cas de divorce, a été finalement reconnue par la loi du 4 mars 2002⁹⁶⁷.

2. La fixation de la résidence de l'enfant en cas de divorce

Une fois admis que les parents divorcés exercent ensemble l'autorité parentale, se pose la question de savoir où va vivre l'enfant et avec qui⁹⁶⁸.

L'initiative appartient aux parents eux-mêmes, s'ils s'accordent sur ce point. À défaut, au juge, soit accessoirement au divorce, soit par une décision autonome à la demande d'un parent ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par tout intéressé.

⁹⁶⁷ Lors des travaux préparatoires de la loi du 4 mars 2002, a souvent été mis en évidence le lien entre la résidence alternée et la coparentalité. Ainsi, le rapporteur de la proposition devant l'Assemblée Nationale y a vu une application concrète du principe de coparentalité (M. Dollez, Déb. Parlem. Ass. Nat. Session ordinaire 2000-2001, séance du 14 juin 20001). De même, devant le Sénat, il s'agissait d'une condition essentielle à une coparentalité (Déb. Parlem. Sénat, 21 novembre 2001, Intervention de Madame Olain ; H. FULCHIRON, *Comment peut-il vraiment y avoir « coparentalité », s'il n'y a pas de partage de la vie quotidienne ?*, CA Lyon 5 octobre 1993, JCP 1994, II, 22231) : F. VAUVILLÉ, *op. cit.*, p. 131.

⁹⁶⁸ Les décisions concernant les enfants mineurs sur non seulement leur résidence mais également le droit de visite et d'hébergement sont provisoires, donc toujours sujettes à modification en fonction de l'intérêt de l'enfant (P. COURBE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 189).

Le bon fonctionnement du système suppose que les parents s'entendent un minimum pour permettre à celui chez qui l'enfant n'a pas la résidence de contribuer avec efficacité à l'éducation, puisque, par définition, les parents doivent accomplir ensemble les actes relatifs à la vie de l'enfant⁹⁶⁹. La difficulté concrète issue du respect des droits de ce parent a, de ce fait, conduit à un déplacement du contentieux : chaque parent voulant que l'enfant réside officiellement avec lui. La loi a espéré résoudre le problème en proposant une option : « *la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux* » (art. 373-2-9 C.civ.).

Comme autrefois, la possibilité d'un exercice conjoint avec résidence principale chez l'un des deux parents est donc ouverte. Ce qui a changé, c'est qu'il n'y a plus d'obligation. En effet, la règle antérieure à la loi du 4 mars 2002 était que le juge qui prononce le divorce doit alors fixer la résidence principale de l'enfant au domicile de l'un des époux. Mais, il est aussi possible de prévoir une résidence alternée, un système inventé par la pratique, condamnée par la jurisprudence dans un premier temps⁹⁷⁰ avant d'être consacrée par la loi en 2002⁹⁷¹.

Le choix législatif en faveur de la résidence alternée suscite deux remarques. D'une part, la résidence alternée apparaît comme l'un des moyens visant à assurer un rôle égal entre les parents séparés dans toutes les décisions à prendre quant à l'éducation de l'enfant. À ce propos, il est généralement admis que le parent chez qui l'enfant avait sa résidence principale avait, en réalité, plus de droits, que l'autre. D'autre part, la question de la résidence alternée restait globalement controversée⁹⁷². Sa consécration a été assortie de certaines précautions.

⁹⁶⁹ Pourtant, la doctrine a pu faire remarquer que le partage de l'hébergement tendrait à être la solution la moins mauvaise, à condition que cette mesure ne soit pas imposée, que les parents aient dépassé le conflit et que leurs résidences ne soient pas trop géographiquement éloignées l'une de l'autre (JO déb. Parlem. Ass. Nat. Session ordinaire 2000-2001, 14 juin 2001 ; F. VAUVILLÉ, *op. cit.*, p. 133).

⁹⁷⁰ Civ. 2^e, 21 mars 1983 *Bull. civ. II*. n° 86.

⁹⁷¹ L'exigence d'une résidence habituelle de l'enfant chez l'un des parents a été supprimée par la loi du 4 mars 2002 laquelle a consacré la possibilité d'une résidence alternée. La résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chaque époux.

⁹⁷² Toutefois, l'alternance n'exige pas un partage de temps rigoureusement égal : Civ. 1^{re}, 25 avril 2007, *Bull. Civ. I*. n° 156.

Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 373-2-9 du Code civil prévoit la possibilité pour le juge d'ordonner à titre provisoire cette résidence alternée. À l'issue de cette résidence probatoire, le juge va statuer définitivement sur la résidence de l'enfant.

Par ailleurs, une fois reconnue légalement, elle n'a été admise par les tribunaux, dans un premier temps, qu'avec prudence⁹⁷³. L'attitude du juge s'explique par le fait que l'admission de la résidence alternée suppose réunies des conditions nombreuses et variées. C'est pourquoi, certaines juridictions refusent purement et simplement de prononcer un partage de l'hébergement soit parce qu'elles considèrent qu'une telle mesure est contraire à l'intérêt de l'enfant⁹⁷⁴, soit en raison des difficultés de mise en place d'une résidence alternée sur le plan financier et fiscal⁹⁷⁵. La résidence alternée a des conséquences en matière de sécurité sociale, les enfants pouvant être rattachés en qualité d'ayant droit à chacun de leurs deux parents et en matière fiscale, l'article 194-1 du Code général des impôts précisant que le quotient familial est partagé entre les deux parents⁹⁷⁶.

Dans tous les cas, résidence alternée ou résidence au domicile d'un des deux époux divorcés, le changement de domicile d'un des parents doit être porté préalablement à la connaissance de l'autre dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité

⁹⁷³ P. HILT, *Loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale : les juges ne suivent pas toujours*, *AJ Famille*, sep. 2003, p. 288 et s. ; C. LIENHARD, *Résidence alternée : première évaluation*, *AJ Famille* 2004, p. 182 ; Innovation majeure de la réforme de 2004, la résidence alternée a connu immédiatement un net engouement dans la pratique judiciaire : en 2005, la proportion des enfants faisant l'objet d'une résidence en alternance s'est située autour de 10, 8 %, cependant que la résidence a été fixée chez la mère 78,3 % des cas, chez le père dans 10, 3 % et chez un tiers 0, 6 % (Rép. min. n° 107379, JOAN Q 9 janvier 2007, p. 359).

⁹⁷⁴ CA Nîmes, 3 juillet 2002, *AJ famille* 2002, p. 339, obs. F. B ; La contrariété du système à l'intérêt de l'enfant avait déjà été soulevée par de nombreuses juridictions avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002. (P. HILT, *La résidence alternée : le point sur une jurisprudence partagée*, *AJ famille*, novembre 2001, p. 43).

⁹⁷⁵ CA Riom, 25 juin 2002, *Juris-Data*, n° 2002-187117, *Dr. fam.* 2003, n° 2, note F. Oudin ; Il est vrai que la loi du 4 mars 2002 ne précise pas les conséquences de l'alternance. Tout juste affirme-t-elle que les enfants de parents tous deux assurés d'un régime d'assurance maladie et maternité peuvent être rattachés en qualité d'ayants droit à chacun des père et mère (Art. 12 de la loi du 4 mars 2002 devenu l'art. L.161-15-3 du code de la sécurité sociale) : P. HILT, *Loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale : les juges ne suivent pas toujours*, *AJ Famille*, sep. 2003, p. 288 et s.

⁹⁷⁶ J. SCHMITT, *Résidence alternée et quotient familial*, *AJ famille*, 2003, p. 23 ; N. GONZALES-CHARBI, *Coparentalité, résidence alternée et partage du quotient familial : la réponse du législateur fiscal*, *RJPF*, févr. 2003, p. 19 ; J. MASSIP, *op. cit.*, p. 205.

parentale⁹⁷⁷. Cette information a pour finalité le respect du principe du maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents.

En toute hypothèse, que ce soit résidence principale ou résidence alternée, on définit l'étendue des droits du parent chez qui l'enfant ne réside pas en disant qu'il exerce « *un droit de visite et d'hébergement* ». Le terme, utilisé aussi pour définir les droits du parent en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale est, nous semble-t-il, inapproprié. Par définition, ce parent a l'exercice de l'autorité parentale. Par conséquent, il ne se contente pas d'héberger l'enfant, et ce dernier fait plus que lui rendre une visite. C'est pourquoi faute d'accord entre les parents, le juge en définit les modalités.

Enfin, les décisions concernant les enfants non seulement sur leur résidence mais également le droit de visite et d'hébergement sont provisoires, donc toujours sujettes à modification en fonction de l'intérêt de l'enfant⁹⁷⁸.

Le droit français a donc résolu la question des modalités d'exercice de l'autorité parentale après divorce en termes de principe, l'exercice en commun, assorti d'une exception, l'exercice unilatéral. Le législateur sud-coréen a, quant à lui, reconnu au profit des parents divorcés, une liberté de choix, sous surveillance judiciaire, parmi les différentes possibilités qui leur sont offertes.

§ 2. LA LIBERTE DE CHOIX OFFERTE PAR LE DROIT SUD-COREEN AUX PARENTS DIVORCES EN MATIERE D'AUTORITE PARENTALE

Notion récente, nous dit-on⁹⁷⁹, en droit sud-coréen, l'autorité parentale y est d'abord présentée, notamment à travers la jurisprudence et la doctrine et même si ce n'est pas toujours avec la même rigueur qu'en droit français, comme la jouissance et l'exercice d'un

⁹⁷⁷ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, op. cit., p. 205.

⁹⁷⁸ P. COURBE, *Droit de la famille*, op. cit., p. 189.

⁹⁷⁹ You-Seok CHOI, *Nonresident fathers informal support to children-focusing on the effects of family structures-*, *Bien-être social* (n° 62, vol. 2), *Korean academy of social welfare*, 2010, p. 67 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, op. cit., p. 364 et s. ; Yong-Han KIM, *Le droit de la famille*, op. cit., p. 374 et s. ; Kyung-Hee LEE, *Droit de la famille*, op. cit., p. 403 et s. ; Sang-Yong KIM, *L'autorité parentale en commun après divorce*, *L'étude du droit de la famille I*, *Bobmounsa*, 2002, p. 219 ; Dong-Sub PARK, *Le droit de la famille*, op. cit., p. 243 ; Myeong-Sook KIM, *Le droit des enfants*, *L'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant*, *Droit d'ANAME* (n° 28), *Recherche de droit d'ANAME*, 2009, p. 79 et s.

ensemble de droits et de devoirs, qu'ensuite elle appartient aux père et mère, et qu'enfin, durant le mariage, elle fait l'objet d'un exercice en commun par les parents⁹⁸⁰.

Toutefois, cette timide tentative de rapprochement, entre les systèmes juridiques français et sud-coréen, devient inopérante dès lors que l'on aborde la question de l'autorité parentale au moment du divorce.

En présence de multiples possibilités d'exercice de l'autorité parentale par les parents divorcés, nous l'avons vu⁹⁸¹, le droit français a posé, en principe, une variété prioritaire, l'exercice en commun. Le législateur sud-coréen, pour sa part, a préféré laisser une option entre les différentes modalités en cas de séparation des parents⁹⁸².

Serait-il raisonnable de voir dans ce choix législatif sud-coréen l'influence de l'idée selon laquelle la famille est le domaine du non-droit⁹⁸³. Autrement dit, le droit trouve difficilement prise dans cette « *sphère privée* » où l'on doit, au contraire, promouvoir le rôle de la volonté individuelle. La réponse à cette question invite à préciser, préalablement, le contenu du choix proposé aux parents divorcés (A) avant d'apprécier les limites de cette liberté (B).

A. LE CONTENU DU CHOIX OFFERT AUX PARENTS DIVORCES PAR LE DROIT SUD-COREEN EN MATIERE D'EXERCICE DE L'AUTORITE PARENTALE

Le droit contemporain français, nous l'avons vu, a inscrit dans les textes la finalité⁹⁸⁴ de l'autorité parentale « *qui appartient aux père et mère, pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé, et sa moralité* » (art. 371-1, al. 2 C.civ.). Dans le même sens, les lois

⁹⁸⁰ Le juge a décidé que les parents exerçaient conjointement l'autorité parentale et la garde des enfants en considération de l'âge de l'enfant et de la situation géographique de la résidence des deux parents par rapport à son établissement scolaire (Le tribunal familial de Seoul 2010be2, 8 avril 2010 ; La Cour suprême 2007dedan45701, 3 novembre 2008 ; La Cour suprême 2006dehap9743, 18 octobre 2006).

⁹⁸¹ Cf. Supra p. 257 et s.

⁹⁸² Le principe de la coparentalité forcée peut entraîner un divorce sans réflexion : SALGO, *Zur gemeinsamen elterlichen sorge nach scheidung als Regelfall-ein Zwischenruf*, FamRZ 1996, 449/452 ; Sang-Yong KIM, *L'autorité parentale en commun après divorce*, op. cit., p. 219 : « *cette dévolution automatique que les parents exercent conjointement l'autorité parentale, peut être dangereuse* » ; F. VAUVILLÉ, op. cit., p. 133.

⁹⁸³ J. CARBONNIER, *Droit civil (tombe 1), Les personnes*, PUF, 2000, p. 87 et s.

⁹⁸⁴ Cf. Supra. 257 et s.

successives de 1977⁹⁸⁵ et de 1990⁹⁸⁶ en Corée du Sud ont affirmé que l'institution a pour but de protéger les enfants et de pourvoir à leurs intérêts⁹⁸⁷.

À cette fin, un certain nombre de moyens juridiques sont alors confiés aux parents : ce sont les attributs de l'autorité parentale, et plus spécialement la garde. Force est toutefois de constater que la notion de garde a connu des fortunes diverses dans les deux systèmes juridiques⁹⁸⁸.

En droit français, après avoir joué un rôle essentiel en matière d'exercice de l'autorité parentale en cas de divorce⁹⁸⁹, la garde a été réduite au rang de simple attribut de l'autorité parentale par la loi du 22 juillet 1987, avant que le législateur en a supprimé toute mention expresse dans la loi du 4 mars 2002 (art. 371-2 C.civ.).

En comparaison, le droit sud-coréen a très tôt reconnu⁹⁹⁰ et maintenu jusque dans le droit actuel⁹⁹¹, l'indépendance du droit de garde par rapport à l'autorité parentale. Une fois cette dissociation acquise, les parents divorcés sont alors invités à prendre parti : celui d'exercer ensemble ou séparément le droit de garde et/ou l'autorité parentale⁹⁹².

⁹⁸⁵ La loi n° 3051 du 31 décembre 1977.

⁹⁸⁶ La loi n° 4199 du 13 janvier 1990 ; Cette loi a réalisé l'égalité entre les parents divorcés à l'égard de l'exercice de l'autorité parentale (Sang-Yong KIM, *Les commentaires de la loi du 31 mars 2005, Code civil réformé, L'étude du droit de la famille II, op. cit.*, p. 31 et s)

⁹⁸⁷ Kyung-Hee LEE, *La perspective de filiation, Droit privé (n° 15), Centre de recherche du droit privé*, 1997, p. 447 ; L'autorité parentale se traduit par le droit et devoir des parents pour réaliser l'intérêt de l'enfant (La Cour suprême 93s3, 4 mars 1993).

⁹⁸⁸ Eun-A KIM, *Essence of parental right and problems for exercise in parent right, Les thèses légales (n° 26, vol. 2), Institut de droit de l'université de Han-Yang*, 2009, p. 258 et s. : « L'article 909, alinéa 2 du Code civil prévoit que les parents exercent en commun l'autorité parentale. Cela ne signifie pas que les deux époux l'exercent toujours conjointement ».

⁹⁸⁹ L'attribution de la garde par le juge entraîne l'attribution de l'autorité parentale.

⁹⁹⁰ Sang-Yong Kim, *Das Verhältnis zwischen Sorgerecht und Erziehungsrecht, wenn beide Rechte bei einer Ehescheidung zwischen den Elternteilen aufgeteilt werden müssen müssen (La dévolution de l'autorité parentale à un seul parent en cas de divorce), op. cit.*, 2006, p. 203 et s.

⁹⁹¹ Le législateur de 2005 (loi n° 7765 du 29 décembre 2005) et 2007 (loi n° 8720 du 21 décembre 2007) doutait de l'efficacité de l'exercice en commun de l'autorité parentale pour les parents divorcés. Pourtant, et ce malgré les réformes introduites par les lois de 2005 et de 2007 relatives à l'autorité parentale, cette séparation ne fut pas remise en cause et est l'un des problèmes les plus discutés en droit de la famille: Myeong-Sook KIM, *Le droit des enfants, L'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant, art. préc.*, p. 85 et s.

⁹⁹² La loi n° 4199 du 13 janvier 1990 a maintenu la séparation du droit de garde des enfants et de l'autorité parentale. Par la suite, les lois de 2005 et de 2007 ont laissé perdurer ce système dichotomique : Sang-Yong KIM, *Les quelques controverses du Code civil à l'égard des décisions de l'autorité parentale et du droit de garde des enfants, Jurisprudence administrative (n° 37, vol. 2), Institut coréen de jurisprudence administrative*, 1996, p. 12.

Sans être remis en cause directement, le choix opéré par le législateur sud-coréen fondé par la dissociation de la garde des autres attributs de l'autorité parentale en cas de divorce, n'a pas laissé indifférent⁹⁹³. Si l'on se reporte aux travaux de la doctrine⁹⁹⁴, la question a été à l'origine de controverses.

En effet, il est admis sans difficulté qu'en situation normale, c'est-à-dire dans le cadre d'une famille unie, la garde n'apparaît pas, du moins elle ne joue aucun rôle effectif⁹⁹⁵. L'autorité parentale reste intacte entre les mains de ses titulaires : d'une part la mission d'élever et d'éduquer l'enfant, d'autre part le droit de fixer la résidence, le moyen indispensable pour accomplir la mission fondamentale.

Il est vrai, en revanche, que la matière du divorce constitue l'une des hypothèses où la garde est disjointe des autres attributs de l'autorité parentale. Dans ces conditions, il semble important de savoir quelles sont les attributions du titulaire du droit de garde et quelles sont celles dont disposeront le ou les titulaires de l'autorité parentale.

La réponse à cette question s'avère délicate, dès lors que l'on peut envisager deux conceptions différentes de la garde.

D'une part une conception extensive qui ferait absorber par la garde de l'enfant tous les attributs d'ordre personnel de l'autorité parentale : élever, éduquer, et surveiller⁹⁹⁶.

⁹⁹³ La possibilité de dissocier l'autorité parentale, ou plutôt l'autorité paternelle, et le droit de garde des enfants existait déjà en droit romain. D'après la loi de l'empereur Antonius Pius, la mère pouvait refuser de confier ses enfants à son ex-conjoint, le père de ses enfants, et même elle pouvait avoir la garde de ses enfants après le divorce. Cela était l'exception de « *patria potesta* » que le père exerçait et possédait tous les droits sur ses enfants. L'indépendance de la notion de droit de garde des enfants de l'autorité parentale a pour origine le droit romain (WACKE, *Elterliche sorge, im Wandel der Jahrtausende*, *FamRZ* 1980, 205/207ff) ; Sang-Yong KIM, *Les quelques controverses du Code civil à l'égard des décisions de l'autorité parentale et de droit de garde des enfants, Jurisprudence administrative (n° 37, vol. 2), Institut coréen de jurisprudence administrative*, 1996, p. 11.

⁹⁹⁴ Le droit de garde comporte, en réalité, tous les éléments réels de l'autorité parentale. Tant que la loi maintient cette séparation, l'autorité parentale n'est pas conforme avec ce titre (Sang-Yong KIM, *L'autorité parentale en commun après divorce, op. cit.*, p. 220) ; « Cette séparation créée entre l'autorité parentale et le droit de garde l'enfant est source de difficultés et de conflits à laquelle la jurisprudence s'est trouvée confrontée » : Eun-A KIM, *Essence of parental right and problems for exercise in parent right, Les thèses légales (n° 26, vol. 2), Institut de droit de l'université de Han-Yang*, 2009, p. 259.

⁹⁹⁵ Sang-Yong KIM, *L'autorité parentale en commun après divorce, op. cit.*, p. 219 (WEIPPERT, *Die gemeinsame elterliche sorge nach der scheidung im der empirischen Forschung*, 1995, S. 133) ; Zenz, 59. DJT, 1992, Referat, M9/15ff).

⁹⁹⁶ La Cour suprême 84m86, 26 février 1985 ; Le tribunal familial de Seoul, 2004dehap100053, 27 juillet 2006 ; Le tribunal familial de Seoul, 91de38420, 7 mai 1992.

Nonobstant quelques prérogatives, l'attribution de la garde à l'un des parents divorcés, équivaldrait dans la pratique, pour celui qui en est privé à la perte de tous les attributs essentiels de l'autorité parentale. Ce qui paraît injuste, donc difficilement acceptable.

D'autre part, on peut dire aussi que la garde n'est que l'un des attributs de l'autorité parentale. Elle se définit alors comme le droit de retenir l'enfant auprès de soi « *le droit de fixer la résidence de l'enfant* ». Force est cependant de relever que cette conception réduite au seul droit de fixer la résidence n'est pas réaliste et non-conforme à la réalité sociale.

De ce qui précède, il résulte qu'en cas de démembrement, c'est-à-dire l'hypothèse où la garde se trouve détachée de l'autorité parentale, il y a plus qu'une simple division de l'autorité parentale. Il s'opère, en fait, une sorte de redistribution des rôles. Ce qui conduit à envisager la pratique respective du législateur, du juge et des parents divorcés eux-mêmes, relativement à cette situation.

Pour procéder utilement, rappelons d'abord que la pratique législative sud-coréenne a ouvert un éventail de possibilités, aussi bien en ce qui concerne l'exercice du droit de garde que celui de l'autorité parentale⁹⁹⁷.

Toutefois, afin d'écartier le risque ou le reproche d'une vision exagérément extensive de la notion de garde de l'enfant, l'article 837-2, alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « *le parent divorcé, titulaire ou non de l'autorité parentale, a un droit de visite et d'hébergement* »⁹⁹⁸. Il s'agit là du plus petit commun dénominateur qu'au minimum on retrouve dans toute hypothèse où il est question de démembrement de l'autorité parentale⁹⁹⁹. On relève, en effet, que le droit français, en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, reconnaît également à l'autre parent un droit de visite et d'hébergement. Ce droit ne constitue pas une faveur, mais une prérogative dont le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale demeure titulaire. En tout cas, comme le droit sud-coréen (art. 837-2 al.2 C) le refus d'accorder ce droit de visite ne peut être justifié que par des motifs graves (art. 373-2-1, al.2 C.civ.français).

⁹⁹⁷ Le parent qui n'est pas investi de la garde ou de l'autorité parentale se voit reconnaître un droit de visite, un droit à entretenir des relations personnelles étroites avec son enfant.

⁹⁹⁸ Hyun-Soo JEONG, *A study on the methods of ensuring child support in divorce, Étude sur le droit de la famille (n° 19, vol. 1), The korean society of family law*, 2005, p. 259.

⁹⁹⁹ Bu-Chan YOON, *A study on visitation right of grandparents, Droit privé (n° 38), Centre de recherche du droit privé*, 2007, p. 528 et s.

Par contre, une différence substantielle subsiste entre les deux systèmes juridiques. Pour le droit français, le parent divorcé non titulaire de l'autorité parentale conserve aussi « *le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant* ». Concrètement il doit être tenu informé des choix importants relatifs à la vie de l'enfant. Toutefois, être informé, n'est pas décider, mais cela permet éventuellement de saisir le juge aux affaires familiales si ce choix est contesté (art. 373-2-1, al. 3 C.civ.)¹⁰⁰⁰.

Dès lors qu'il a fait le choix, parfois critiqué, du maintien du démembrement de l'autorité parentale, le législateur sud-coréen s'est aussi efforcé, peut-être pas toujours de manière satisfaisante, de réduire le risque d'un trop grand déséquilibre entre les prérogatives des parents divorcés.

En comparaison, on peut observer ensuite que la pratique judiciaire sud-coréenne, elle-même confrontée aux difficultés nées de la dissociation de la garde et de l'autorité parentale, a semble-t-il, cédé à la tentation de la facilité qui ferait absorber par la garde tous les attributs d'ordre personnel de l'autorité parentale.

Ne voit-on pas certaines décisions de jurisprudence, affirmer que le parent divorcé détenteur du droit de garde est habilité à prendre toutes les décisions relatives à l'éducation, à la sécurité et la protection de l'enfant¹⁰⁰¹. Dépouillé de l'essentiel des prérogatives, le rôle du parent titulaire de la seule autorité parentale est alors réduit à celui d'un simple représentant légal¹⁰⁰².

Certes, la solution initiée par la jurisprudence n'est pas dépourvue d'intérêt en raison de la simplicité de son maniement. On peut en effet y voir la volonté d'éviter un

¹⁰⁰⁰ Sang-Yong KIM, *L'autorité parentale en commun après divorce*, op. cit., p. 220.

¹⁰⁰¹ La Cour suprême 91de38420, 7 avril 1992 : « *lorsque la mère éduque et habite ensemble avec les enfants aux Etats-Unis pour la scolarité des enfants, elle peut réellement exercer l'autorité parentale en cas de conflit avec son ex-conjoint alors qu'elle n'est confié que le droit de garde des enfants* ».

¹⁰⁰² « *Il en découle que le parent, auquel n'est confié que l'autorité parentale, exerce la représentation légale dans les actes juridiques et dans la gestion du patrimoine des biens de son enfant mineur* » : Sang-Yong Kim, *Das Verhältnis zwischen Sorgerecht und Erziehungsrecht, wenn beide Rechte bei einer Ehescheidung zwischen den Elternteilen aufgeteilt werden müssen müssen (La dévolution de l'autorité parentale à un seul parent en cas de divorce)*, op. cit., p. 205 ; Sang-Yong KIM, *L'autorité parentale en commun après divorce*, op. cit., p. 220 ; Kyung-Gun JEON, *Exécution et estimation de l'entretien de l'enfant*, Le ministre de la famille et femme, 2005, p. 132 ; La Cour suprême 2005s18, 17 avril 2006 ; La Cour suprême 2005hunma1156, 30 octobre 2008 ; Dong-Hun KWAK, *Legal relationship between children and parents after divorce, Politique légale (n° 13)*, Institut légal de l'université de Kyung-Bouk, 1997, p. 19 et s.

démembrement excessif de l'autorité parentale. Sans doute aussi, le juge sud-coréen s'est inspiré de l'idée selon laquelle la mission d'élever et d'éduquer est indissociable de la présence de l'enfant chez soi¹⁰⁰³.

Néanmoins, on ne peut non plus ignorer que cette pratique judiciaire, peut être non seulement source d'injustice à l'égard du parent divorcé, non titulaire de la garde, mais que, en dernière analyse, elle tend aussi à faire de l'autorité parentale une coquille vide, un concept purement théorique¹⁰⁰⁴.

Par ailleurs, la question se pose enfin de savoir la pratique des parents divorcés eux-mêmes en matière d'exercice de l'autorité parentale. À ce propos, que l'autorité parentale soit exercée en commun, ou unilatéralement, il est établi dans 64, 3 % des cas de divorce, le droit de garde est accordé à la mère¹⁰⁰⁵.

Il convient aussi d'observer que moins de 10 % des parents divorcés choisissent l'exercice en commun de l'autorité parentale et de la garde¹⁰⁰⁶. S'agissant d'expliquer ce faible taux en faveur de l'exercice en commun, on peut avancer une raison à la fois d'ordre juridique et sociologique¹⁰⁰⁷.

En effet, avant 1990¹⁰⁰⁸, la mère ne pouvait avoir l'exercice de l'autorité parentale après divorce et généralement elle se contentait d'assumer la garde de l'enfant. Après 1990,

¹⁰⁰³ C'est uniquement le parent titulaire du droit de garde qui exerce concrètement l'essentiel des droits et devoirs sur l'enfant après que la loi de 1990 a permis à la mère l'exercice de l'autorité parentale. La jurisprudence a préféré la dévolution de l'autorité parentale et de la garde des enfant à un même parent (dans la plupart des cas, la mère) : Sang-Yong KIM, *Réflexion critique sur l'autorité parentale*, art. préc., 1997, p. 269 ; « *L'enfant de parents séparés rencontre des problèmes différents de celui qui vit avec ses deux parents* » : J.-L. VIAUX, *L'enfant et le couple en crise, Du conflit psychologique au contentieux juridique*, Dunod, 2^e éd, 2002, p. 130.

¹⁰⁰⁴ Le droit de garde comporte, en réalité, tous les éléments réels de l'autorité parentale : Sang-Yong KIM, *L'autorité parentale en commun après divorce*, op. cit., p. 220.

¹⁰⁰⁵ You-Seok CHOI, *Nonresident fathers informal support to children-focusing on the effects of family structures-*, *Bien-être social* (n° 62, vol. 2), *Korean academy of social welfare*, 2010, p. 57 et s. : « Plus de 80 % des cas, la mère s'occupe des enfants après le divorce » ; Seon-Ja CHA, *Proposal about estimating reasonable cost of bringing up a child, Étude sur le droit de la famille* (n° 20, vol. 3), *The korean society of family law*, 2006, p. 111 : « Dans les enquêtes à l'égard de la famille du seul parent, 923 000 des familles révèlent qu'en 2000 l'enfant vit avec sa mère, 972 000 en 2003, 1005 000 en 2005. Pourtant, 23 500 des familles occupent l'enfant avec son père en 2003, 24 200 en 2005 ».

¹⁰⁰⁶ Sang-Yong KIM, *L'autorité parentale en commun après divorce*, art. préc., p. 218.

¹⁰⁰⁷ You-Seok CHOI, *Nonresident fathers informal support to children-focusing on the effects of family structures-*, *Bien-être social* (n° 62, vol. 2), *Korean academy of social welfare*, 2010, p. 71.

¹⁰⁰⁸ La loi n° 3051 du 31 décembre 1977.

lorsque la loi¹⁰⁰⁹ a, d'une part, permis à la mère divorcée d'exercer également le droit de l'autorité parentale et de la garde et, d'autre part, autorisé les époux à choisir entre l'exercice en commun et l'exercice unilatéral de l'autorité parentale et de la garde, l'habitude est encore de confier la garde de l'enfant à la mère dans la majorité des cas¹⁰¹⁰.

On s'explique dans cette hypothèse, le choix en faveur de la résidence habituelle¹⁰¹¹. En revanche, lorsque les parents divorcés décident d'opter pour l'exercice en commun de la garde, ils adoptent la résidence alternée, malgré les inconvénients supposés ou réels de cette institution sur les enfants¹⁰¹².

Par ailleurs, récemment, la nécessité de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et de la garde des enfants par les deux parents divorcés est reconnue par la jurisprudence : même si les deux époux s'entendent sur l'exercice unilatéral du droit de garde, c'est-à-dire la résidence habituelle, le juge peut décider que les deux parents divorcés exercent conjointement la garde des enfants pour l'intérêt de l'enfant¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁹ La loi n° 4199 du 13 janvier 1990.

¹⁰¹⁰ L'autorité parentale a été conçue exclusivement comme un droit exercé dans l'intérêt des enfants d'où la décision de la loi de remettre à la seule volonté des époux pour décider de la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale, autrement dit, la volonté des époux est le fondement de l'autorité parentale où l'on donne raison à celui qui garde des enfants, ou à celui qui a pris de bonne décision, c'est-à-dire conforme aux intérêts des enfants. Pour la conclusion de la jurisprudence, la garde des enfants et les intérêts des enfants sont liés.

¹⁰¹¹ La plupart des praticiens du divorce considèrent que la garde alternée est à déconseiller (Civ. 2^e, 2 mai 1984, JCP 1985 II, 20412, note J. RUBELLIN-DEVICHI) ; Rainer FRANK, *Grundprobleme des elterliche sorge reche, Traduit par Chang-Su YANG et Sang-Yong KIM, Étude légale de l'université de Seoul (Vol. 37)*, 1996, p. 78 et s. ; Le principe de la coparentalité forcée peut entraîner un divorce sans réflexion : SALGO, *Zur gemeinsamen elterlichen sorge nach scheidung als Regelfall-ein Zwischenruf, FamRZ* 1996, 449/452 ; Sang-Yong KIM, *L'autorité parentale en commun après divorce, op. cit.*, p. 219 : « la solution de la résidence alternée était souvent critiquée à cause de l'instabilité » ; F. VAUVILLÉ, *op. cit.*, p. 133.

¹⁰¹² Sang-Yong KIM, *L'autorité parentale en commun après divorce, art. préc.*, p. 218 et s. ; Malgré les critiques émises contre la résidence alternée, il est remarquable d'observer que lors du divorce les parents parviennent habituellement à se mettre d'accord sur les conséquences pour les enfants. Cet exercice commun de l'autorité parentale incite à protéger l'intérêt de l'enfant (Sang-Yong KIM, *Les quelques controverses du Code civil à l'égard des décisions de l'autorité parentale et de droit de garde des enfants, Jurisprudence administrative (n° 37, vol. 2), Institut coréen de jurisprudence administrative*, 1996, p. 21) ; You-Seok CHOI, *Nonresident fathers informal support to children-focusing on the effects of family structures-, Bien-être social (n° 62, vol. 2), Korean academy of social welfare*, 2010, p. 68 et s. ; Yong-Han KIM, *Le droit de la famille, op. cit.*, p. 375 et s. ; Kyung-Hee LEE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 410 ; Dong-Sub PARK, *Le droit de la famille, op. cit.*, p. 236.

¹⁰¹³ La Cour suprême 2010be2, 8 avril 2010 ; Il n'y a là pas longtemps que les époux divorcés exercent conjointement l'autorité parentale et même le droit de garde de l'enfant (Se-Young PARK, *Responsabiliser conjointement l'autorité parentale et le droit de garde de l'enfant, L'article du 23 avril 2010 sur HERALD MEDIA*).

A ces difficultés liées à la mise en œuvre de la liberté de choix proposée aux parents divorcés en matière d'exercice de l'autorité parentale, il importe aussi d'ajouter que cette liberté n'est pas absolue¹⁰¹⁴.

B. LES LIMITES A LA LIBERTE DE CHOIX OFFERT AUX PARENTS DIVORCES PAR LE DROIT SUD-COREEN EN MATIERE D'EXERCICE DE L'AUTORITE PARENTALE

En tant qu'institution orientée vers la protection de l'enfant, l'autorité parentale ne constitue pas, aussi bien en droit français qu'en droit sud-coréen, un droit discrétionnaire pouvant être exercé en toute liberté. Ainsi compris, l'autorité parentale est un des exemples cités au soutien de la notion de « droit-fonction » mise en lumière par JOSSERAND¹⁰¹⁵.

Il en résulte que l'exercice de l'autorité parentale est de moins en moins envisagé sous l'aspect d'une prérogative, mais de plus en plus comme une mission, une fonction à la charge des parents dans l'intérêt de l'enfant ¹⁰¹⁶.

C'est pourquoi ce droit de l'autorité parentale est d'abord un droit contrôlé. En droit français, le contrôle ainsi mis sur pied est un contrôle qui relève de la compétence des tribunaux judiciaires. Ce contrôle est assuré, soit à l'occasion de désaccords entre les parents sur une question relevant de l'autorité parentale, soit lorsque l'enfant apparaît en danger en raison notamment du comportement de ses parents ¹⁰¹⁷.

L'intervention du juge visant à assurer un contrôle de l'exercice de l'autorité parentale durant le mariage, est aussi prévue par le droit sud-coréen. Aux termes de l'article 909, alinéa 2 du Code civil « *en cas de désaccord des parents portant sur l'exercice d'autorité parentale, même pendant le mariage, le juge peut statuer à la demande de l'un ou des deux parents* ».

¹⁰¹⁴ La loi du 13 janvier 1990 a précisé que l'autorité parentale devait être exercée dans le but de sauvegarder l'intérêt de l'enfant (art. 912-2 C.civ.) : Myeong-Sook KIM, *Le droit des enfants, L'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant, Droit d'ANAME (n° 28), Recherche de droit d'ANAME*, 2009, p. 87 et s.

¹⁰¹⁵ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 457.

¹⁰¹⁶ Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 363 et s. ; C. RADÉ, La responsabilité civile des père et mère de l'autorité parentale à la responsabilité parentale, *L'autorité parentale en question, F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et C. CHOAIN (ss. dir.), éd. Septentrion*, 2003, p. 82 et s.

¹⁰¹⁷ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 461.

Cette volonté d'enfermer dans des limites de plus en plus étroites l'exercice de l'autorité parentale, présente pendant le mariage, est aussi réelle lors du divorce : les parents doivent assumer cette fonction conformément à sa finalité, c'est-à-dire dans le meilleur intérêt de l'enfant.

Ainsi s'explique d'abord le fait que l'intérêt de l'enfant constitue le véritable critère de la détermination par le juge de l'attribution et l'exercice de l'autorité parentale en cas de divorce. Le législateur français, après avoir posé un principe, qui se veut général, celui de l'exercice en commun même en cas de séparation des parents, décide que « *si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents* » (art. 373-2-1, al. 1^{er} C.civ.)¹⁰¹⁸.

La même préoccupation est à l'origine de la récente intervention législative en droit sud-coréen. En effet, une loi du 19 mai 2011 (n° 10645)¹⁰¹⁹ a ajouté un deuxième alinéa à l'article 912 du Code civil existant, aux termes duquel l'intérêt de l'enfant doit prioritairement être pris en considération aussi bien dans la dévolution que l'exercice de l'autorité parentale.

Ensuite, c'est également l'intérêt de l'enfant qui confère un caractère précaire à toutes les décisions en matière d'autorité parentale aussi bien pendant le mariage qu'en cas de divorce. Le régime de cette action en modification appelle trois observations.

En premier lieu, il est admis, en droit français comme en droit sud-coréen, qu'une modification peut être sollicitée à tout moment dans l'intérêt de l'enfant.

En deuxième lieu, il est acquis qu'une décision relative à l'exercice de l'autorité parentale, qu'elle procède de la loi, d'un accord des parents ou d'une décision du juge, peut toujours être modifiée à raison de « *circonstances nouvelles* »¹⁰²⁰. Cette notion de circonstances nouvelles est assez souple pour couvrir des hypothèses diverses et variées. C'est ainsi qu'en droit sud-coréen, la modification peut intervenir à titre de sanction, lorsque le comportement du titulaire du droit de garde ou du droit de visite est de nature à

¹⁰¹⁸ Le juge doit prendre en compte une série d'éléments (art. 837, al. 3 C.civ.) : l'avis, l'affection, la situation économique des parents, ainsi que l'âge, le sexe de l'enfant, l'intimité entre parents et enfant et également, l'avis de l'enfant lorsqu'il a plus de quinze ans (art. 100 Règle de procédure familiale).

¹⁰¹⁹ Applicable en vigueur le 13 juillet 2013.

¹⁰²⁰ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 456.

porter atteinte à l'intérêt de l'enfant (art. 837, al. 5 C.civ., art. 78 Règle du registre de la famille et art. 99 Code de procédure familiale)¹⁰²¹. De même, la notion de circonstances nouvelles susceptible de justifier une modification peut résulter simplement de l'âge de l'enfant¹⁰²².

En troisième lieu, il résulte des dispositions des articles 62 à 65 du Code de procédure familiale, modifiées en 2010¹⁰²³, que le juge doit rédiger un certificat attestant que les époux divorcés ont informé le tribunal familial qu'une modification des modalités de la convention pour les enfants est intervenue. Par exemple, il peut s'agir du changement de la résidence habituelle ou alternée de l'enfant¹⁰²⁴.

Enfin, il importe de relever que l'appréciation de l'intérêt de l'enfant sert aussi de fondement aux modalités d'intervention du juge en matière d'exercice de l'autorité parentale en cas de divorce.

D'une manière générale, en France comme en Corée du sud, le juge assure un rôle de protection de l'intérêt de l'enfant, lorsqu'il est invité à homologuer la convention par

¹⁰²¹ Le tribunal de Seoul 93le1022, 7 juin 1994 ; Sang-Yong KIM, *Les quelques controverses du Code civil à l'égard des décisions de l'autorité parentale et de droit de garde des enfants*, *Jurisprudence administrative* (n° 37, vol. 2), *Institut coréen de jurisprudence administrative*, 1996, p. 15 et s. ; La Cour suprême 2002nehap35, 19 août 2002 ; En cas de changement des modalités d'exercice de l'autorité parentale et de la garde, chacun des époux peut toujours demander de modifier les dispositions homologuées par le juge. Cette modification a pour but de préserver l'intérêt des enfants à tout moment par le procureur, et par la demande d'un ou des deux parents ou de l'enfant lui-même ou même un tiers de la parenté de l'enfant (art. 837, al. 5 C.civ. et art. 78 Règle du registre de la famille) : Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 203 ; à l'égard de la modification de charge d'entretien de l'enfant, le juge peut modifier les modalités concernant les enfant à tout moment en prenant en considération toutes les conditions comme l'âge de l'enfant, les biens des parents (La Cour suprême 98s17 et 18, 10 juillet 1998 : Le journal de jugement du 1^{er} septembre 1998, p. 2731 ; La Cour suprême 98s178, 1026 février 1985) ; Le juge peut modifier à tout moment la contribution à l'entretien (la Cour suprême 92s17, 30 décembre 1992 ; La Cour suprême 90m699, 25 juin 1991) ; En cas de décès d'un parent (La Cour suprême 94da1302, 29 avril 1994) ; Sang-Yong KIM, *L'intérêt de l'enfant en cas de décès du parent qui exerce seul l'autorité parentale*, *Gosiyengou : Pratique des concours des avocats* (n° 283), 1997, p. 188 ; JO Kang-Houn, *L'exercice de l'autorité parentale du parent survivant après le décès du parent l'exerçant seul*, *Jurisprudence administrative* (n° 50, vol. 2), *Institut coréen de jurisprudence administrative*, 2009, p. 26 et s.

¹⁰²² En cas de demande de droit de garde de l'enfant par le père, le juge a refusé la modification de ce droit en précisant que la mère élevait seule son enfant à compter du divorce et celui-ci n'avait que cinq ans (la Cour suprême 84m86, 26 février 1985).

¹⁰²³ La loi n° 10212 du 31 mars 2010.

¹⁰²⁴ En cas de changement des modalités, chaque parent doit en avertir le juge et aussi l'autre parent : Ji-Won KANG, *Recent issues on child support enforcement system*, *Forum santé et bien-être* (n° 168), *Recherche de santé et de bien-être*, 2010, p. 97 et s.

laquelle les parents organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale lors du divorce.

Jusqu'à l'intervention législative du 21 décembre 2007, la rédaction d'une convention relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale et devant faire l'objet d'une homologation par le juge était obligatoire seulement en cas de divorce par consentement mutuel (art. 836-2, al. 4 et art. 909, al. 4 C.civ.). Par contre, dans le cadre d'un divorce contentieux, la décision appartient au juge (art. 909, al. 5 C.civ.)¹⁰²⁵. Aussi paradoxal que cela puisse paraître¹⁰²⁶, la loi précitée a désormais uniformisé le régime en insérant dans le Code de procédure familiale un nouvel article 25, alinéa 1 qui prévoit la possibilité pour les parents, même en cas de divorce contentieux, d'organiser d'un commun accord les modalités d'exercice de l'autorité parentale¹⁰²⁷.

Par ailleurs, le juge assume également dans les deux systèmes juridiques une mission de contrôle, lorsqu'il est saisi par les parents pour statuer sur ce point. A cet effet, l'article 373-2-11 du Code civil français invite le juge à prendre en considération divers éléments qui devraient lui permettre de déterminer quel est l'intérêt de l'enfant (les sentiments de l'enfant, la pratique antérieure suivie par les parents, les enquêtes sociales, etc.)

S'agissant alors d'identifier les sources d'inspiration de la législation sud-coréenne en matière d'exercice de l'autorité parentale, il convient de préciser que dans un premier temps, le droit sud-coréen a pu considérer que la vie familiale constitue généralement une sphère privée. S'appuyant sur cette conception, le législateur a été amené à privilégier la volonté individuelle à travers la liberté de choix accordée aux parents divorcés quant aux modalités d'exercice de l'autorité parentale¹⁰²⁸. En revanche, en confiant au juge un rôle de protection et/ou de contrôle de l'intérêt de l'enfant, le droit sud-coréen a permis à celui-ci de s'immiscer dans la vie privée familiale.

¹⁰²⁵ Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *Droit de la famille*, p. 209. « *Les parents peuvent exercer en commun l'autorité parentale et le droit de garde des enfants si l'intérêt de l'enfant est suffisamment préservé* ».

¹⁰²⁶ Comment demander aux parents d'être d'accord alors qu'ils ont choisi la procédure du divorce contentieux ; « *le législateur n'a pas espéré que les époux en instance de divorce puissent arriver à se mettre d'accord sur les modalités pour les enfants* » : Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 210 ; Sou-San YANG, *Le droit de la famille et de l'héritage, La presse de l'université des langues étrangères*, 1998, p. 321

¹⁰²⁷ Myeong-Sook KIM, *Le droit des enfants, L'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant, art. préc.*, p. 91 et s.

¹⁰²⁸ Mais, on peut aussi penser qu'une décision prise d'un commun accord serait mieux acceptée.

Quel que soit le choix opéré par les parents divorcés relativement aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, cela ne modifie pas l'obligation d'entretien qui leur incombe.

SECTION II.

LE DEVOIR D'ENTRETIEN MATERIEL DES PARENTS DIVORCES

L'obligation d'entretien est la traduction patrimoniale du devoir d'éducation à la charge des parents. Cette conception n'est pas restée sans conséquence aussi bien pour son objet que pour son fondement.

D'une part, l'obligation d'entretien a un objet plus large que l'obligation alimentaire. Elle concerne l'ensemble des besoins énumérés par les dispositions de l'article 203 du Code civil français et des articles 913, 974 et 975 du Code civil sud-coréen. Il ne s'agit pas simplement de pourvoir à la subsistance de l'enfant, mais plus largement de lui assurer les moyens d'avoir une éducation correcte. A ce titre, les parents doivent assumer les frais de scolarité et d'activité extrascolaire¹⁰²⁹.

Si les deux systèmes juridiques admettent que cette obligation d'entretien a un objet plus large que l'obligation alimentaire¹⁰³⁰, on enseigne, en revanche, en droit français que l'obligation d'entretien ne fait pas naître celle d'établir l'enfant : « *lui donner le capital nécessaire afin qu'il s'établisse ou se marie ou acquière les instruments nécessaires à sa profession* »¹⁰³¹.

¹⁰²⁹ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille*, op. cit., p. 470 ; Sang-Yong Kim, *Das Verhältnis zwischen Sorgerecht und Erziehungsrecht, wenn beide Rechte bei einer Ehescheidung zwischen den Elternteilen aufgeteilt werden müssen (La dévolution de l'autorité parentale à un seul parent en cas de divorce)*, *L'étude du droit de la famille II*, op. cit., p. 214 ; La contribution d'entretien pour l'enfant contient la charge de l'éducation de l'enfant et toutes les nécessités pour entretenir les enfants (La Cour suprême 84m86 26 février 1985) : Jung-Hyen SUNG, Da-Young SONG, Mi-Sook JUNG, Jung-Won HAN et Jin KIM, *Provision of childcare expenses for one - parent families through case studies of divorce suits*, *Bien-être social* (n° 53), *Korean academy of social welfare*, 2001, p. 29 et s.

¹⁰³⁰ La contribution d'entretien pour l'enfant contient la charge de l'éducation de l'enfant et toutes les nécessités pour entretenir les enfants (La Cour suprême 84m86 26 février 1985).

¹⁰³¹ L'ordonnance de 2005 sur la filiation a remplacé au titre des éléments de permettant de caractériser le tractatus de la personne d'état (art. 311-1, n° 1 C.civ.), le terme « *établissement* » par celui d'« *installation* », plus moderne sans doute, et surtout plus modeste : il ne s'agit plus de « *donner une situation* » aux enfants mais leur apporter les moyens de s'en faire une (P. MALAURIE et H. FULCHIRON, op. cit., p. 680) ;

D'autre part, ce devoir d'entretien est parfois rattaché à tort au mariage : il concerne en réalité tous les parents. C'est un effet de la filiation, que les parents soient mariés ou non¹⁰³². Ainsi, présentée, cette obligation est d'ordre public, de sorte qu'aucun parent ne peut s'en affranchir¹⁰³³. De même, le divorce ne modifie pas ce devoir légal d'entretien. En cas d'exercice en commun ou en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, les parents contribuent de la même manière à l'entretien de leurs enfants. Mais, puisqu'il n'y a plus de communauté de vie, l'obligation d'entretien qui pèse sur les père et mère d'enfants mineurs doit être aménagée. A ce propos, les deux systèmes juridiques ont respectivement prévu un régime particulier de cette contribution (§ 2) après avoir répertorié les différentes formes par lesquelles s'exécute cette contribution (§ 1).

§ 1. LES FORMES D'EXECUTION DU DEVOIR D'ENTRETIEN DES PARENTS DIVORCES

En l'absence de communauté de vie entre parents et enfants suite au divorce, l'exécution de la contribution aux frais d'entretien et aux dépenses d'éducation peut prendre des formes diverses et variées.

On observe alors à la lecture des dispositions légales qu'une exécution en valeur (A) est admise par les deux systèmes juridiques, alors que le droit français offre aussi aux parents divorcés la possibilité d'exécution en nature (B).

A. L'EXECUTION EN VALEUR, MODE D'EXECUTION COMMUN AUX DROITS FRANÇAIS ET SUD-COREEN

En cas de séparation du couple les articles 373-2-2 et suivant du Code civil français prévoient désormais les modalités de la contribution à l'entretien et à l'éducation des

¹⁰³² En droit français, la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale l'a proclamé dans l'article 371-2 du Code civil, reprenant les termes de l'article 203 du Code civil ; En droit sud-coréen, par l'article 909 du Code civil réformée par la loi du 31 mai 2005 et la loi du 21 décembre 2007 (Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 206 et s.).

¹⁰³³ Civ. 2^e, 2 mai 2001 : *Dr. fam.* 2001, comm. 78, note H. LÉCUYER ; Le tribunal de Séoul 2004dehap10053, 27 juillet 2006 ; lorsque l'un des parents qui ne réside pas avec l'enfant et ne peut pas verser la contribution pour l'enfant à l'autre parent en raison de difficultés matérielles, l'autre parent qui vit avec l'enfant, a aussi un devoir d'entretenir l'enfant (Ji-Won KANG, *Recent issues on child support enforcement system, Forum santé et bien-être (n° 168), Recherche de santé et de bien-être*, 2010, p. 90 et s.) ; La Cour suprême 91m689, 21 janvier 1992.

enfants. L'obligation s'exécute en principe sous la forme d'une pension alimentaire qui sera versée au parent qui vit avec les enfants mineurs ou à la personne à laquelle les enfants ont été confiés. On retrouve des dispositions similaires en droit sud-coréen à travers les articles 836-2, alinéa 5¹⁰³⁴, 837, alinéa 2 du Code civil et 63-2 du Code de procédure familiale.

Les modalités et les garanties sont alors fixées selon le droit français (art. 373-2-7 C.civ.)¹⁰³⁵ et le droit sud-coréen (art. 78, al. 1^{er} et al. 3 Règle du registre de la famille)¹⁰³⁶ par la convention homologuée par le juge, sauf si celui-ci constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant, ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement. Ainsi le montant de cette part contributive dépend naturellement des ressources et charges respectives des deux parents, ainsi que des besoins de l'enfant.

Par ailleurs, la loi française de 2002 a ouvert de nouvelles modalités en s'inspirant de ce qui existait pour la prestation compensatoire. L'article 373-2-3 du Code civil prévoit que *« si la consistance des biens du débiteur s'y prête, la pension alimentaire peut être remplacée, en tout ou partie, sous les modalités et garanties prévues par la convention homologuée ou par le juge, par le versement d'une somme d'argent entre les mains d'un organisme accrédité chargé d'accorder en contrepartie à l'enfant une rente indexée, l'abandon de biens en usufruit ou l'affectation de biens productifs de revenus »*. Il n'est pas sans intérêt de relever que le juge sud-coréen peut décider aussi le versement de la contribution sous forme de rente. Force est toutefois de constater qu'en droit français ces modalités d'exécution sont critiquées pour défaut *« d'efficacité pratique »*. D'aucuns regrettent aussi que la pratique fasse très peu usage de ces dispositions¹⁰³⁷.

¹⁰³⁴ Cet article est créé le 8 mai 2009 et s'est appliqué le 9 août 2009.

¹⁰³⁵ *« En effet, une pension alimentaire d'un montant est inférieure à 76,54 euros au 1^{er} janvier 2002. 99 % des JAF déclarent prendre en compte les revenus et les charges. La pratique, postulée par certains barèmes, consistant à ne prendre que les revenus et à considérer que c'est au parent débiteur d'adopter ensuite ses charges au montant de la pension qu'il a à payer, est donc très minoritaire »* : Isabelle SAYN, *Vers l'instauration d'un barème pour la fixation de pensions à caractère alimentaire ?*, *Un Barème pour les pensions alimentaires*, La Documentation française, 2002, p. 38 et s.

¹⁰³⁶ Hyun-Soo JEONG, *A study on the methods of ensuring child support in divorce*, *Étude sur le droit de la famille* (n° 19, vol. 1), *The Korean society of family law*, 2005, p. 255 et s.

¹⁰³⁷ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 213.

En revanche, les deux systèmes juridiques se retrouvent pour reconnaître que la pension alimentaire peut être assortie de garanties, notamment sous forme d'hypothèque (art. 373-2-2, al. 2 du Code civil français et art. art. 63-3, al. 1^{er} et al. 2 Code de procédure familiale sud-coréen)¹⁰³⁸, au profit du parent créancier pour le versement de la contribution. La comparaison s'arrête ici, car outre cette modalité d'exécution en valeur, commune aux deux systèmes juridiques, la loi française du 4 mars 2002 envisage également la possibilité d'une exécution en nature du devoir d'entretien et d'éducation.

B. L'EXECUTION EN NATURE, MODE D'EXECUTION PROPRE AU DROIT FRANÇAIS

Inspirée de ce qui existait pour la prestation compensatoire depuis la réforme de l'an 2000, cette modalité signifie que la contribution peut désormais prendre la forme d'une prise en charge directe par le débiteur des frais d'entretien et d'éducation de l'enfant (art. 373-2-2, al. 3 C.civ.). L'idée générale est de permettre à un conjoint divorcé de s'acquitter en même temps de ses obligations envers son ex-conjoint et envers ses enfants. C'est pourquoi la contribution à l'entretien et à l'éducation peut être servie sous forme d'un droit d'usage et d'habitation (art. 373-2-2, al. 4 C.civ.)¹⁰³⁹.

D'aucuns ont pu observer que cette modalités présente certains avantages. Elle permet aux deux parents de participer concrètement à la vie de l'enfant. Elle peut être utile aussi dans la mesure où l'enfant peut habiter de façon alternée chez ses deux parents. Par contre on n'a pas manqué de relever qu'elle pourrait être aussi source d'un contentieux abondant, dans la mesure où chacun des parents voulait qu'il soit tenu compte des dépenses qu'il expose.

En tout cas, dans ces hypothèses, l'attribution d'un complément sous forme de pension alimentaire peut, le cas échéant, être demandée ultérieurement. Nonobstant la diversité des

¹⁰³⁸ Dans la plupart des cas, une hypothèque peut être mise sur un bien immeuble. Exceptionnellement, une mise en gage est possible sur un bien meuble (La Cour suprême 92s21, 13 mai 1994) ; You-Seok CHOI, *Nonresident fathers informal support to children-focusing on the effects of family structures-, Bien-être social* (n° 62, vol. 2), *Korean academy of social welfare*, 2010, p. 57 et s. : « Plus de 80 % des cas, la mère s'occupe des enfants après le divorce. Plus de la moitié des pères qui sont obligés à la contribution de l'entretien de l'enfant, ne versent pas les subsides plus de deux ans après le divorce » ; Le tribunal familial de Seoul, 2004dehap10053, le 27 juillet 2007).

¹⁰³⁹ En cas de maintien dans les lieux d'un parent avec l'enfant après la séparation des père et mère ou au profit du jeune majeur.

formes d'exécution de la contribution à l'entretien et à l'éducation, celle-ci obéissent à un régime unique.

§ 2. LE REGIME DE LA CONTRIBUTION A L'ENTRETIEN ET A L'EDUCATION DE L'ENFANT

Qu'elle s'exécute en valeur, ce qui est une modalité commune aux deux systèmes juridiques, ou en nature, une exclusivité du droit français, la contribution à l'entretien des enfants est sujette à révision (A). La question se pose ensuite de savoir si elle peut s'étendre au-delà de la majorité (B). Enfin, aussi bien en France qu'en Corée du Sud, son inexécution expose le parent débiteur à des sanctions (C)¹⁰⁴⁰.

A. LA REVISION DE LA CONTRIBUTION A L'ENTRETIEN DE L'ENFANT

En premier lieu, la révision de la contribution à l'entretien de l'enfant est prévue aussi bien par le droit français que le droit sud-coréen. A cet effet, il existe plusieurs modalités de révision. Les dispositions relatives à la contribution figurant dans une convention homologuée peuvent être modifiées ou complétées d'un commun accord par les parents, à charge seulement pour ces derniers, selon le droit sud-coréen, d'avertir le juge (art. 63-2, al. 5 Code de procédure familiale)¹⁰⁴¹.

A défaut d'accord, le juge aux affaires familiales en droit français, comme le juge du tribunal familial en Corée du sud, peut modifier ou compléter ces dispositions à la demande des ou d'un parent ou du ministère public (art. 374-2-8 Code civil français et art. 837, al. 5 Code civil sud-coréen).

¹⁰⁴⁰ Les articles 63-2 et 63-3 du Code de procédure familiale, les articles 120-3 à 120-10 de la Règle de procédure familiale et l'article 78, alinéa 3 de la Règle du registre de la famille prévoient les dispositions de l'homologation par le juge et celles du commandement du versement direct de l'entretien des enfants (Soon-Hee JOUNG et Hyun-Jung KIM, *The determinants of child support payments in divorced - mother families, Étude des consommateurs (n° 4, vol. 10)*, 1999, p. 38 et s.).

¹⁰⁴¹ En cas de changement des modalités sur l'entretien de l'enfant, chaque parent doit en avertir le juge et aussi l'autre parent : Ji-Won KANG, *Recent issues on child support enforcement system, Forum santé et bien-être (n° 168), Recherche de santé et de bien-être*, 2010, p. 97 et s. ; La Cour suprême 98s17, le 10 juillet 1998 ; La Cour suprême 92s17, le 30 décembre 1992 ; La Cour suprême 90m699, le 25 juin 1991.

En l'absence d'une convention, le juge, en France comme en Corée du Sud, peut à tout moment modifier ou compléter une décision judiciaire antérieure concernant la contribution, à la demande des ou d'un parent ou du ministère public.

Pour procéder à la révision, le juge prend en considération, comme au moment de la fixation de la contribution, les ressources et les charges respectives des parents ainsi que les besoins de l'enfant¹⁰⁴².

Toutefois, les juges hésitent à diminuer le montant de la contribution lorsque le parent débiteur a fondé une nouvelle famille. Cette circonstance ne doit pas nuire aux intérêts du premier enfant. Outre le problème de la révision, se pose également la question de la durée de l'obligation.

B. LA DUREE DE LA CONTRIBUTION A L'ENTRETIEN DE L'ENFANT

Après le divorce, les effets de la clause d'une convention homologuée ou d'une décision judiciaire imposant la part contributive des parents à l'entretien et à l'éducation doivent, en principe, prendre fin à la majorité des enfants¹⁰⁴³.

Toutefois, plusieurs raisons ont amené la jurisprudence, soutenue par la doctrine, en France¹⁰⁴⁴ comme en Corée du Sud¹⁰⁴⁵, à décider autrement. En effet, les besoins d'éducation augmentent autant que leur coût, il y a aussi l'abaissement de l'âge de la majorité.

¹⁰⁴² Seon-Ja CHA, *Proposal about estimating reasonable cost of bringing up a child, Étude sur le droit de la famille (n° 20, vol. 3), The Korean society of family law*, 2006, p. 123; Jung-Hyen SUNG, Da-Young SONG, Mi-Sook JUNG, Jung-Won HAN et Jin KIM, *Provision of childcare expenses for one - parent families through case studies of divorce suits, Bien-être social (n° 53), Korean academy of social welfare*, 2001, p. 31 et s.

¹⁰⁴³ Etant donné qu'elle est liée à l'autorité parentale.

¹⁰⁴⁴ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 214 et s. ; A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 471 et s. ; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 680 et s.

¹⁰⁴⁵ Kyung-Gun JEON, *Exécution et Estimation de l'entretien de l'enfant, Le ministre de la famille et femme*, 2005, p. 20 ; Hyun-Soo JEONG, *A study on the methods of ensuring child support in divorce, Étude sur le droit de la famille (n° 19, vol. 1), The Korean society of family law*, 2005, p. 261 et s. ; Sang-Yong KIM, *Les propositions pour la garantie de la contribution d'entretien et d'éducation de l'enfant, L'étude du droit de la famille II, Bobmounsa*, 2006, p. 112 ; Jou-Sou KIM et Sang-Yong KIM, *op. cit.*, p. 201 et s. ; Myeong-Sook KIM, *Le droit des enfants, L'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant, art. préc.*, 2009, p. 84.

Il est donc admis aujourd'hui que l'obligation d'entretien n'est pas liée à l'autorité parentale et à la minorité, mais plutôt au seul état de besoin où se trouve l'enfant. C'est pourquoi, en droit français, l'article 371-2 du Code civil, généralisant la solution prétorienne, dispose, dans une formule pour le moins ambiguë, que l'obligation « *ne cesse pas de plein droit, lorsque l'enfant est majeur* ». Aussi, le jeune majeur qui ne peut subvenir à ses besoins parce qu'il poursuit des études ou au chômage, va se retrouver à la charge de ses parents. En cas de divorce, le parent assumant à titre principal la charge du jeune majeur, peut alors, sur le fondement de l'article 373-2-5 du Code civil demander à l'autre parent de lui verser une contribution à son entretien.

Naturellement, la durée de cette survie de l'obligation d'entretien doit s'apprécier au cas par cas, selon les circonstances. Il convient, notamment, de prendre en compte les capacités de l'enfant, les ressources financières des parents et aussi les raisons pour lesquelles le jeune majeur ne peut encore subvenir à ses besoins. Se pose alors la question de la charge de la preuve au cas où le parent refuse de continuer à s'exécuter. La jurisprudence française¹⁰⁴⁶ a tranché en posant en principe que c'est au parent qui prétend ne plus avoir à assumer la charge financière d'un jeune majeur de rapporter la preuve d'un changement dans la situation de ce dernier justifiant du coup la suppression de la pension¹⁰⁴⁷.

Il apparaît que selon le droit sud-coréen aussi, l'obligation d'entretien n'est pas liée à la minorité de l'enfant. Même si celui-ci n'est plus mineur, les parents, divorcés ou non, continuent à assurer, en tout ou partie, la charge financière de son entretien et de son éducation¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁶ Les parents sont tenus de subvenir aux besoins de leurs enfants, même majeurs, qui ne peuvent eux-mêmes subvenir à leurs besoins (Civ. 2^e, 17 décembre 1997, *Bull. civ.* II, n° 320 ; *JCP G* 1998.IV.1385) ; Le parent assume à titre principal la charge d'enfants majeurs, qui ne peuvent eux-mêmes subvenir à leurs besoins, peut demander à son conjoint de lui verser une contribution à leur entretien et à leur éducation (Civ. 2^e, 22 janvier 1992, *Bull. civ.* II, n° 27 ; *D.* 1993, somm. 127 ; *JCP G* 1992. IV.857) ; L'obligation alimentaire à laquelle les parents sont tenus envers son enfant, ne cesse pas à la majorité de ceux-ci (Civ. 1^{re}, 3 juin 1980, *Les hospices civils de Lyon, Bull. civ.* I, n° 171).

¹⁰⁴⁷ Civ. 1^{re}, 22 mars 2005 ; *Bull. civ.* I, n° 141 ; *JCP G* 2005, n° 20, IV, 2038.

¹⁰⁴⁸ Lorsque le parent a décidé la contribution à l'entretien à l'éducation pour son enfant jusque celui-ci trouve son emploi dans la convention, il doit subvenir aux besoins de son enfant majeur (Le tribunal familial de Seoul, 91de38420, 7 mai 1992) ; Le père doit subvenir aux besoins pour que son enfant majeur poursuit ses études (La Cour suprême 91de689, 21 janvier 1992). Suivant les besoins, le parent divorcé doit continuer son devoir de contribution à l'entretien et à l'éducation pour les études de ses enfants majeurs (Le tribunal familial de Seoul, 92gahap44812, le 4 février 1993) ; Dans cette espèce, le

La même convergence de vue se retrouve dans les deux systèmes juridiques en ce qui concerne la nécessité de prévoir, en troisième lieu, des sanctions en cas d'inexécution de l'obligation d'entretien par les parents divorcés.

C. LES SANCTIONS DE L'INEXECUTION DE L'OBLIGATION D'ENTRETIEN

En droit français, la part contributive à l'entretien et à l'éducation, ayant un caractère alimentaire, est assortie des sanctions prévues habituellement en cas de non paiement des obligations d'aliments. On distingue alors d'une part les sanctions pénales. Le non respect de l'obligation d'entretien et d'éducation est constitutif du délit d'abandon de famille¹⁰⁴⁹. Au plan civil, on peut relever, d'autre part, la possibilité de recourir à la procédure dite de paiement direct. Instituée en France par une loi du 2 janvier 1973¹⁰⁵⁰, cette procédure, sur simple intervention d'un huissier, permet le paiement de la pension alimentaire par un tiers débiteur du parent débiteur, par exemple l'employeur ou le banquier.

Pour être tout à fait complet sur la question il convient de rappeler, qu'en droit français, la Cour de cassation¹⁰⁵¹ a expressément exclu en cette matière l'application de la règle « *aliments n'arréagent pas* ». Il en résulte qu'il n'est pas possible de réclamer en une seule fois des versements successifs impayés qui n'ont pas été réclamés au fur et à mesure de leur échéance. On considère, en effet, que s'il n'y a pas eu réclamation, c'est que le besoin alimentaire non plus n'existait pas.

A l'opposé, la coexistence de ces deux types de sanctions, pénale et civile, fait défaut en droit sud-coréen. Ce dernier se caractérise par la préférence accordée à la voie civile. A ce titre, il a été introduit dans le Code de procédure familiale, dans sa version du 31 mars 2010, une série de dispositions qui sont venues aménager l'effet de la convention homologuée permettant ainsi d'aboutir à une exécution forcée.

parent a le devoir de subvenir aux besoins de son enfant majeur jusque celui-ci cherche son job (Le tribunal familial de Seoul, 87de7320, le 13 septembre 1988).

¹⁰⁴⁹ L'article 227-3 du Code pénal, le délit est constitué dès lors qu'un parent demeure plus de deux mois sans s'acquitter de la pension ou des subsides mis à sa charge par une décision de justice.

¹⁰⁵⁰ M.J. GEBLER, *Le paiement direct des pensions alimentaires, commentaire de la loi du 2 janvier 1973*, *Dalloz* 1973, chronique 107.

¹⁰⁵¹ Civ 2^e, le 29 octobre 1980, *Bull. civ.* I. n° 226.

Par ailleurs, nous avons vu¹⁰⁵² que lorsque le juge décide d'accorder la contribution à l'entretien de l'enfant sous forme de rente, il a la possibilité d'imposer au parent débiteur une hypothèque sur ses propres biens. Celle-ci joue le rôle d'une garantie au profit du parent créancier pour le paiement de la contribution¹⁰⁵³. Pour un défaut de versement de la contribution non justifié par « *une juste cause* » (art. 63-3, al. 1^{er} Code de procédure familiale sud-coréen), le juge peut alors ordonner la mise en œuvre de cette garantie¹⁰⁵⁴ à la demande du parent créancier.

Dans le même sens, il est prévu qu'à compter du deuxième refus de versement sans juste cause, le juge peut aussi demander à l'employeur du parent débiteur de déduire directement de son salaire la contribution non exécutée spontanément et de la verser au parent créancier (art.63-2 al.1^{er} Code de procédure familiale sud-coréen). Cette mesure appelle trois observations. D'abord, on peut raisonnablement y voir l'équivalent de la procédure de paiement direct initiée par la loi de 1973 en France. Ensuite, l'article 63-2, alinéa 2 du Code de procédure familiale, permet au parent créancier d'exercer une action prévue par l'article 40 du Code d'exécution civile, même avant l'échéance, à condition de pouvoir apporter la preuve d'une collusion frauduleuse entre l'employeur et le parent débiteur. Enfin, le juge peut, néanmoins, refuser de prononcer cette mesure lorsqu'il constate que le parent débiteur est dans l'impossibilité matérielle de l'exécuter (art. 63-2, al. 3 Code de procédure familiale sud-coréen).

¹⁰⁵² Cf. Supra p. 280 et s.

¹⁰⁵³ Le tribunal de Seoul 2006zdan609, 5 juillet 2006 ; Le tribunal de Seoul 2004zdan2543, 13 juin 2005.

¹⁰⁵⁴ La Cour suprême 92s21, 13 mai 1994.

CONCLUSION GENERALE

L'objectif de la présente étude était de mettre en évidence qu'en matière de divorce, ici comme ailleurs, la règle de droit n'est que la consécration pratique et technique de choix d'ordre politique, religieux ou moral. À cet effet, la comparaison des législations française et sud-coréenne nous a permis de relever deux données fondamentales.

D'une part, une évolution qui est marquée par des étapes successives d'interdiction et de rétablissement du « *droit de divorcer* ». En France, sous l'influence de l'église catholique qui prônait l'indissolubilité du lien conjugal, le divorce était prohibé pendant l'ancien régime et plus tard lors de la restauration de la monarchie. En revanche, sous l'influence des philosophes du siècle des Lumières pour qui la liberté individuelle ne pouvait être aliénée par un engagement perpétuel, le droit intermédiaire a admis très largement le divorce. Passant ainsi de l'excès à l'absolu, il a fallu attendre la promulgation du Code civil de 1804, œuvre de compromis pour assister à la consécration des différentes causes de divorce déterminées par la loi.

Le droit au divorce a connu la même évolution en Corée du Sud. Interdit à différentes périodes en raison de la doctrine philosophique et religieuse du philosophe chinois Confucius, le divorce n'a été totalement et définitivement autorisé qu'à partir de la loi du 18 décembre 1922.

D'autre part, s'il n'est plus question aujourd'hui en France comme en Corée du Sud, d'interdire le divorce, chacun s'accorde à reconnaître qu'il n'est qu'un mal nécessaire, non un bien. Autrement dit, le prononcé du divorce était considéré par les deux systèmes comme le moyen juridique de remédier aux mésententes conjugales. Le législateur français, comme son homologue, sud-coréen a dû prendre parti sur la conception qu'il entend promouvoir dans le cadre du « *droit du divorce* ».

Dans cette perspective, le choix législatif fondamental s'articule autour de deux idées-forces partagées par les deux systèmes, même si les moyens mis en œuvre pour les servir sont parfois différents. Ainsi, le législateur français et sud-coréen ont admis qu'il y a plusieurs façons de prendre en considération et d'assumer l'échec de la vie conjugale.

La pluralité dans cas de divorce en est la conséquence. On relève dans les deux systèmes, la coexistence de deux catégories de divorce. Le divorce par consentement mutuel où les époux sont d'accord non seulement sur le principe, mais aussi sur les

conséquences du divorce. Il responsabilise les époux qui vont eux-mêmes réaliser leur divorce. Puis il y a la catégorie du divorce contentieux, soit à titre de sanction des fautes conjugales, divorce pour faute, soit parce qu'on ne veut pas maintenir artificiellement le mariage, divorce faillite.

Cette pluralité dans cas de divorce appelle trois observations. D'abord, ce pluralisme législatif constitue en fait une réponse à la diversité des situations de crise conjugale. Ensuite, l'examen des dispositions respectives des deux systèmes permet de constater qu'en matière de cas de divorce, pluralité n'est pas égalité. Manifestement, le divorce par consentement mutuel a la faveur de la loi. Ainsi en droit français, les époux peuvent à tout moment de la procédure demander au juge de constater leur accord pour pouvoir prononcer le divorce par consentement mutuel. Il en est de même en droit sud-coréen où le juge peut prononcer le divorce par conciliation en cours de procédure, à tout moment, dès lors que les époux s'accordent sur les conséquences de la rupture. Enfin, si les deux systèmes ont maintenu le divorce pour faute, en revanche ils n'ont pas adopté la même définition de la faute, cause de divorce. La faute se définit en droit français de façon très générale aux termes de l'article 242 du Code civil, alors que le législateur sud-coréen a opté pour la technique énumérative, comportant l'adultère, l'abandon avec mauvaise volonté, l'injure d'un conjoint ou des parents à l'égard de l'autre, l'injures envers les parents d'un conjoint demandeur et l'absence d'un des époux pendant plus de trois ans prévus par l'article 840 du Code civil.

Le second objectif poursuivi et partagé par les législateurs français et sud-coréen a été de dédramatiser le divorce. Il en résulte d'une part la volonté de simplifier la procédure. Ainsi en droit français, le changement notable de la loi de 2004 résulte de la suppression du délai de six mois à compter du mariage et du délai de réflexion de trois mois dans la procédure. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, le législateur sud-coréen, quant à lui, a introduit un délai de réflexion. Force est toutefois de constater qu'on peut également y voir le souci d'inciter les époux à ne pas prendre une décision hâtive.

D'autre part, dédramatiser le divorce implique également la concentration des effets du divorce au moment de son prononcé. L'objectif avoué est d'éviter autant que possible le contentieux entre époux divorcés. Pour satisfaire cet objectif, il faut souligner la volonté du législateur français et sud-coréen de favoriser les pactes amiables. Ainsi, en droit français,

l'exercice en commun de l'autorité parentale a été érigé en principe par la loi. Pour rendre effectif cet exercice en commun, les époux sont incités à conclure des accords sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. Le droit sud-coréen permet même aux époux de choisir l'exercice en commun ou unilatéral de l'autorité parentale et de la garde des enfants.

Certes, cette participation active des époux à la décision qui peut contribuer à la pacification apparaît aussi comme le résultat du mouvement contemporain de contractualisation du droit de la famille. Toutefois, elle doit être aussi l'occasion de renforcer la fonction de conciliation assignée au juge.

Dans les deux systèmes, tout divorce est judiciaire, même le divorce par consentement mutuel qui n'est pas purement contractuel. D'une manière générale, l'intervention du juge a pour but la protection des intérêts des justiciables, en particulier ceux des époux eux-mêmes et des enfants en matière de divorce.

ANNEXES

LOI n° 2004-439 du 26 mai 2004

relative au divorce¹⁰⁵⁵

(JO, 27 mai 2004)

TITRE I^{er} : DISPOSITIONS MODIFIANT LE CODE CIVIL

Article 1. - L'article 229 du code civil est ainsi rédigé :

« Art. 229. - Le divorce peut être prononcé en cas :

« - soit de consentement mutuel ;

« - soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ;

« - soit d'altération définitive du lien conjugal ;

« - soit de faute. »

Chapitre I^{er} : Des cas de divorce

¹⁰⁵⁵ Travaux préparatoires : loi n° 2004-439.

Sénat : Projet de loi n° 389 (2002-2003) ;

Rapport de M. Patrice Gélard, au nom de la commission des lois, n° 120 (2003-2004) ; Rapport d'information de Mme Janine Rozier, au nom de la délégation aux droits des femmes, n° 117 (2003-2004) ; Discussion les 7 et 8 janvier 2004 et adoption, après déclaration d'urgence, le 8 janvier 2004. Assemblée nationale : Projet de loi, adopté par le Sénat, n° 1338 ; Rapport de M. Patrick Delnatte, au nom de la commission des lois, n° 1513 ; Rapport d'information de Mme Geneviève Levy, au nom de la délégation aux droits des femmes, n° 1486 ; Discussion les 13 et 14 avril 2004 et adoption le 14 avril 2004. Sénat : Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, n° 270 (2003-2004) ; Rapport de M. Patrice Gélard, au nom de la commission mixte paritaire, n° 280 (2003-2004) ; Discussion et adoption le 6 mai 2004. Assemblée nationale : Rapport de M. Patrick Delnatte, au nom de la commission mixte paritaire, n° 1579 ; Discussion et adoption le 12 mai 2004.

Article 2.- I. - Dans la section 1 du chapitre Ier du titre VI du livre Ier du code civil, les divisions : « Paragraphe 1er » et « Paragraphe 2 » et leurs intitulés sont supprimés.

II. - Cette section comprend deux articles 230 et 232 ainsi rédigés :

« Art. 230. - Le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce.

« Art. 232. - Le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé.

« Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux. »

Article 3.- I. - L'intitulé de la section 2 du chapitre Ier du titre VI du livre Ier du code civil est ainsi rédigé : « Du divorce accepté ».

II. - Cette section comprend deux articles 233 et 234 ainsi rédigés :

« Art. 233. - Le divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci.

« Cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel.

« Art. 234. - S'il a acquis la conviction que chacun des époux a donné librement son accord, le juge prononce le divorce et statue sur ses conséquences. »

Article 4. - I. - Avant l'article 237 du code civil, il est inséré une section 3 intitulée : « Du divorce pour altération définitive du lien conjugal ».

II. - Cette section comprend deux articles 237 et 238 ainsi rédigés :

« Art. 237. - Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré.

« Art. 238. - L'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce.

« Nonobstant ces dispositions, le divorce est prononcé pour altération définitive du lien conjugal dans le cas prévu au second alinéa de l'article 246, dès lors que la demande présentée sur ce fondement est formée à titre reconventionnel. »

Article 5. - I. - Après l'article 238 du code civil, il est inséré une section 4 intitulée : « Du divorce pour faute », qui comprend les articles 242, 244, 245, 245-1, tel qu'il résulte de l'article 6, et 246.

II. - L'article 242 du même code est ainsi rédigé :

« Art. 242. - 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. »

III. - L'article 246 du même code est ainsi rédigé :

« Art. 246. - Si une demande pour altération définitive du lien conjugal et une demande pour faute sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande pour faute.

« S'il rejette celle-ci, le juge statue sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal. »

Article 6. - Les articles 247, 248-1, 251, 252, 252-1, 252-2, 252-3, le second alinéa de l'article 271, les articles 275-1, 276-2, 280 et 1450 du code civil deviennent respectivement les articles 228, 245-1, 252, 252-1, 252-2, 252-3, 252-4, 272, 275, 280-2, 281 et 265-2.

Article 7. - I. - Après l'article 246 du code civil, il est inséré une section 5 intitulée : « Des modifications du fondement d'une demande en divorce ».

II. - Cette section comprend trois articles 247, 247-1 et 247-2 ainsi rédigés :

« Art. 247. - Les époux peuvent, à tout moment de la procédure, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer leur divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci.

« Art. 247-1. - Les époux peuvent également, à tout moment de la procédure, lorsque le divorce aura été demandé pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage.

« Art. 247-2. - Si, dans le cadre d'une instance introduite pour altération définitive du lien conjugal, le défendeur demande reconventionnellement le divorce pour faute, le demandeur peut invoquer les fautes de son conjoint pour modifier le fondement de sa demande. »

Chapitre II : De la procédure du divorce

Article 8. - Les articles 249, 249-3 et 249-4 du code civil sont ainsi modifiés :

1° Le premier alinéa de l'article 249 est ainsi rédigé :

« Si une demande en divorce doit être formée au nom d'un majeur en tutelle, elle est présentée par le tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille s'il a été institué ou du juge des tutelles. Elle est formée après avis du médecin traitant et, dans la mesure du possible, après audition de l'intéressé, selon le cas, par le conseil de famille ou le juge. » ;

2° L'article 249-3 est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Toutefois, le juge peut prendre les mesures provisoires prévues aux articles 254 et 255 et les mesures urgentes prévues à l'article 257. » ;

3° A l'article 249-4, après les mots : « par consentement mutuel », sont insérés les mots : « ou pour acceptation du principe de la rupture du mariage ».

Article 9. - I. - L'intitulé de la section 2 du chapitre II du titre VI du livre Ier du code civil est ainsi rédigé : « De la procédure applicable au divorce par consentement mutuel ».

II. - Cette section comprend quatre articles 250, 250-1, 250-2 et 250-3 ainsi rédigés :

« Art. 250. - La demande en divorce est présentée par les avocats respectifs des parties ou par un avocat choisi d'un commun accord.

« Le juge examine la demande avec chacun des époux, puis les réunit. Il appelle ensuite le ou les avocats.

« Art. 250-1. - Lorsque les conditions prévues à l'article 232 sont réunies, le juge homologue la convention réglant les conséquences du divorce et, par la même décision, prononce celui-ci.

« Art. 250-2. - En cas de refus d'homologation de la convention, le juge peut cependant homologuer les mesures provisoires au sens des articles 254 et 255 que les parties s'accordent à prendre jusqu'à la date à laquelle le jugement de divorce passe en force de chose jugée, sous réserve qu'elles soient conformes à l'intérêt du ou des enfants.

« Une nouvelle convention peut alors être présentée par les époux dans un délai maximum de six mois.

« Art. 250-3. - A défaut de présentation d'une nouvelle convention dans le délai fixé à l'article 250-2 ou si le juge refuse une nouvelle fois l'homologation, la demande en divorce est caduque. »

Article 10. - I. - L'intitulé de la section 3 du chapitre II du titre VI du livre Ier du code civil est ainsi rédigé : « De la procédure applicable aux autres cas de divorce ».

Cette section comprend les articles 251 à 259-3.

II. - Il est inséré dans cette section un paragraphe 1er intitulé : « De la requête initiale », qui comprend l'article 251 ainsi rédigé :

« Art. 251. - L'époux qui forme une demande en divorce présente, par avocat, une requête au juge, sans indiquer les motifs du divorce. »

Article 11. - I. - Après l'article 251 du code civil, il est inséré un paragraphe 2 intitulé : « De la conciliation », qui comprend les articles 252, 252-1, 252-2, 252-3, 252-4 et 253.

II. - L'article 252 du même code, tel qu'il résulte de l'article 6, est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa, les mots : « Quand le divorce est demandé pour rupture de la vie commune ou pour faute, » sont supprimés ;

2° Le deuxième alinéa est ainsi rédigé :

« Le juge cherche à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences. »

III. - L'article 252-1 du même code, tel qu'il résulte de l'article 6, est ainsi modifié :

1° Le deuxième alinéa est ainsi rédigé :

« Les avocats sont ensuite appelés à assister et à participer à l'entretien. » ;

2° Le troisième alinéa est ainsi rédigé :

« Dans le cas où l'époux qui n'a pas formé la demande ne se présente pas à l'audience ou se trouve hors d'état de manifester sa volonté, le juge s'entretient avec l'autre conjoint et l'invite à la réflexion. »

IV. - L'article 252-3 du même code, tel qu'il résulte de l'article 6, est ainsi rédigé :

« Art. 252-3. - Lorsque le juge constate que le demandeur maintient sa demande, il incite les époux à régler les conséquences du divorce à l'amiable.

« Il leur demande de présenter pour l'audience de jugement un projet de règlement des effets du divorce. A cet effet, il peut prendre les mesures provisoires prévues à l'article 255. »

V. - L'article 253 du même code est ainsi rédigé :

« Art. 253. - Les époux ne peuvent accepter le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce sur le fondement de l'article 233 que s'ils sont chacun assistés par un avocat. »

Article 12. - I. - Après l'article 253 du code civil, il est inséré un paragraphe 3 intitulé : « Des mesures provisoires », qui comprend les articles 254, 255, 256 et 257.

II. - L'article 254 du même code est ainsi rédigé :

« Art. 254. - Lors de l'audience prévue à l'article 252, le juge prescrit, en considération des accords éventuels des époux, les mesures nécessaires pour assurer leur existence et celle des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée. »

III. - L'article 255 du même code est ainsi rédigé :

« Art. 255. - Le juge peut notamment :

« 1° Proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder ;

« 2° Enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation ;

« 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 ;

« 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 ;

« 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 ;

« 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 ;

« 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 ;

« 10° Désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager. »

Article 13. - I. - Après l'article 257 du code civil, il est inséré un paragraphe 4 intitulé : « De l'introduction de l'instance en divorce », qui comprend les articles 257-1, 257-2 et 258.

II. - Les articles 257-1 et 257-2 du même code sont ainsi rédigés :

« Art. 257-1. - Après l'ordonnance de non-conciliation, un époux peut introduire l'instance ou former une demande reconventionnelle pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute.

« Toutefois, lorsqu'à l'audience de conciliation les époux ont déclaré accepter le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce sur le fondement de l'article 233, l'instance ne peut être engagée que sur ce même fondement.

« Art. 257-2. - A peine d'irrecevabilité, la demande introductive d'instance comporte une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux. »

Article 14. - I. - La section 4 du chapitre II du titre VI du livre Ier du code civil devient le paragraphe 5 de la section 3 du même chapitre.

II. - L'article 259 du même code est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Toutefois, les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux. »

III. - L'article 259-1 du même code est ainsi rédigé :

« Art. 259-1. - Un époux ne peut verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence ou fraude. »

IV. - Au premier alinéa de l'article 259-3 du même code, les mots : « désignés par lui » sont remplacés par les mots : « et autres personnes désignés par lui en application des 9° et 10° de l'article 255, ».

V. - A l'article 272 du même code, tel qu'il résulte de l'article 6, les mots : « dans la convention visée à l'article 278 » sont supprimés.

Chapitre III : Des conséquences du divorce

Article 15. - L'article 262-1 du code civil est ainsi rédigé :

« Art. 262-1. - Le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre les époux, en ce qui concerne leurs biens :

« - lorsqu'il est prononcé par consentement mutuel, à la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, à moins que celle-ci n'en dispose autrement ;

« - lorsqu'il est prononcé pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, à la date de l'ordonnance de non-conciliation.

« A la demande de l'un des époux, le juge peut fixer les effets du jugement à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce. La jouissance du logement conjugal par un seul des époux conserve un caractère gratuit jusqu'à l'ordonnance de non-conciliation, sauf décision contraire du juge. »

Article 16. - Le paragraphe 1 de la section 2 du chapitre III du titre VI du livre Ier du code civil comprend, outre les articles 263 et 265-2 tel qu'il résulte de l'article 6, trois articles 264, 265 et 265-1 ainsi rédigés :

« Art. 264. - A la suite du divorce, chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint.

« L'un des époux peut néanmoins conserver l'usage du nom de l'autre, soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants.

« Art. 265. - Le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents quelle que soit leur forme.

« Le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort, accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis. Cette volonté est constatée par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocables l'avantage ou la disposition maintenus.

« Art. 265-1. - Le divorce est sans incidence sur les droits que l'un ou l'autre des époux tient de la loi ou des conventions passées avec des tiers. »

Article 17. - I. - Le paragraphe 2 de la section 2 du chapitre III du titre VI du livre Ier du code civil est intitulé : « Des conséquences propres aux divorces autres que par consentement mutuel ».

II. - Il comprend quatre articles 266, 267, 267-1 et 268 ainsi rédigés :

« Art. 266. - 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.

« Art. 267. - A défaut d'un règlement conventionnel par les époux, le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux.

« Il statue sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle.

« Il peut aussi accorder à l'un des époux ou aux deux une avance sur sa part de communauté ou de biens indivis.

« Si le projet de liquidation du régime matrimonial établi par le notaire désigné sur le fondement du 10° de l'article 255 contient des informations suffisantes, le juge, à la demande de l'un ou l'autre des époux, statue sur les désaccords persistant entre eux.

« Art. 267-1. - Si les opérations de liquidation et de partage ne sont pas achevées dans le délai d'un an après que le jugement de divorce est passé en force de chose jugée, le notaire transmet au tribunal un procès-verbal de difficultés reprenant les déclarations respectives des parties.

« Au vu de celui-ci, le tribunal peut accorder un délai supplémentaire d'une durée maximale de six mois.

« Si, à l'expiration de ce délai, les opérations ne sont toujours pas achevées, le notaire en informe le tribunal. Il établit, si les changements intervenus le rendent nécessaire, un nouveau procès-verbal.

« Le tribunal statue sur les contestations subsistant entre les parties et les renvoie devant le notaire afin d'établir l'état liquidatif.

« Art. 268. - Les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce.

« Le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce. »

Article 18. - I. - L'article 270 du code civil est ainsi rédigé :

« Art. 270. - Le divorce met fin au devoir de secours entre époux.

« L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge.

« Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture. »

II. - L'article 271 du même code est complété par huit alinéas ainsi rédigés :

« A cet effet, le juge prend en considération notamment :

« - la durée du mariage ;

« - l'âge et l'état de santé des époux ;

« - leur qualification et leur situation professionnelles ;

« - les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne ;

« - le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ;

« - leurs droits existants et prévisibles ;

« - leur situation respective en matière de pensions de retraite. »

III. - L'article 274 du même code est ainsi rédigé :

« Art. 274. - Le juge décide des modalités selon lesquelles s'exécutera la prestation compensatoire en capital parmi les formes suivantes :

« 1° Versement d'une somme d'argent, le prononcé du divorce pouvant être subordonné à la constitution des garanties prévues à l'article 277 ;

« 2° Attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit, le jugement opérant cession forcée en faveur du créancier. Toutefois, l'accord de l'époux débiteur est exigé pour l'attribution en propriété de biens qu'il a reçus par succession ou donation. »

IV. - L'article 275 du même code, tel qu'il résulte de l'article 6, est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa, la référence : « 275 » est remplacée par la référence : « 274 », et les mots : « mensuels ou annuels » sont remplacés par le mot : « périodiques » ;

2° Au deuxième alinéa, le mot : « notable » est remplacé par le mot : « important » ;

3° Le troisième alinéa est supprimé ;

4° L'avant-dernier alinéa est ainsi rédigé :

« Le débiteur peut se libérer à tout moment du solde du capital indexé. » ;

5° Le dernier alinéa est complété par le mot : « indexé ».

V. - L'article 275-1 du même code est ainsi rétabli :

« Art. 275-1. - Les modalités de versement prévues au premier alinéa de l'article 275 ne sont pas exclusives du versement d'une partie du capital dans les formes prévues par l'article 274. »

VI. - L'article 276 du même code est ainsi rédigé :

« Art. 276. - A titre exceptionnel, le juge peut, par décision spécialement motivée, lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins, fixer la prestation compensatoire sous forme de rente viagère. Il prend en considération les éléments d'appréciation prévus à l'article 271.

« Le montant de la rente peut être minoré, lorsque les circonstances l'imposent, par l'attribution d'une fraction en capital parmi les formes prévues à l'article 274. »

VII. - L'article 276-4 du même code est ainsi modifié :

1° Les deux premiers alinéas sont remplacés par un alinéa ainsi rédigé :

« Le débiteur d'une prestation compensatoire sous forme de rente peut, à tout moment, saisir le juge d'une demande de substitution d'un capital à tout ou partie de la rente. La substitution s'effectue selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. » ;

2° Il est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Les modalités d'exécution prévues aux articles 274, 275 et 275-1 sont applicables. Le refus du juge de substituer un capital à tout ou partie de la rente doit être spécialement motivé. »

VIII. - Après l'article 279 du même code, il est inséré un article 279-1 ainsi rédigé :

« Art. 279-1. - Lorsqu'en application de l'article 268, les époux soumettent à l'homologation du juge une convention relative à la prestation compensatoire, les dispositions des articles 278 et 279 sont applicables. »

IX. - L'article 280 du même code est ainsi rédigé :

« Art. 280. - A la mort de l'époux débiteur, le paiement de la prestation compensatoire, quelle que soit sa forme, est prélevé sur la succession. Le paiement est supporté par tous les héritiers, qui n'y sont pas tenus personnellement, dans la limite de l'actif successoral et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument, sous réserve de l'application de l'article 927.

« Lorsque la prestation compensatoire a été fixée sous forme d'un capital payable dans les conditions de l'article 275, le solde de ce capital indexé devient immédiatement exigible.

« Lorsqu'elle a été fixée sous forme de rente, il lui est substitué un capital immédiatement exigible. La substitution s'effectue selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. »

X. - L'article 280-1 du même code est ainsi rédigé :

« Art. 280-1. - Par dérogation à l'article 280, les héritiers peuvent décider ensemble de maintenir les formes et modalités de règlement de la prestation compensatoire qui

incombaient à l'époux débiteur, en s'obligeant personnellement au paiement de cette prestation. A peine de nullité, l'accord est constaté par un acte notarié. Il est opposable aux tiers à compter de sa notification à l'époux créancier lorsque celui-ci n'est pas intervenu à l'acte.

« Lorsque les modalités de règlement de la prestation compensatoire ont été maintenues, les actions prévues au deuxième alinéa de l'article 275 et aux articles 276-3 et 276-4, selon que la prestation compensatoire prend la forme d'un capital ou d'une rente temporaire ou viagère, sont ouvertes aux héritiers du débiteur. Ceux-ci peuvent également se libérer à tout moment du solde du capital indexé lorsque la prestation compensatoire prend la forme prévue au premier alinéa de l'article 275. »

Article 19. - Le paragraphe 5 de la section 2 du chapitre III du titre VI du livre Ier du code civil devient le paragraphe 4. Il comprend un article 285-1 ainsi rédigé :

« Art. 285-1. - Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande.

« Le juge fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants.

« Le juge peut résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient. »

Chapitre IV : De la séparation de corps

Article 20. - I. - Après la première phrase du premier alinéa de l'article 297 du code civil, il est inséré une phrase ainsi rédigée :

« Toutefois, lorsque la demande principale en divorce est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal, la demande reconventionnelle ne peut tendre qu'au divorce. »

II. - Après l'article 297 du même code, il est inséré un article 297-1 ainsi rédigé :

« Art. 297-1. - Lorsqu'une demande en divorce et une demande en séparation de corps sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande en divorce. Il prononce celui-ci dès lors que les conditions en sont réunies. A défaut, il statue sur la demande en séparation de corps.

« Toutefois, lorsque ces demandes sont fondées sur la faute, le juge les examine simultanément et, s'il les accueille, prononce à l'égard des deux conjoints le divorce aux torts partagés. »

III. - L'article 300 du même code est ainsi rédigé :

« Art. 300. - Chacun des époux séparés conserve l'usage du nom de l'autre. Toutefois, le jugement de séparation de corps ou un jugement postérieur peut, compte tenu des intérêts respectifs des époux, le leur interdire. »

IV. - Le troisième alinéa de l'article 303 du même code est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés :

« Cette pension est soumise aux règles des obligations alimentaires.

« Toutefois, lorsque la consistance des biens de l'époux débiteur s'y prête, la pension alimentaire est remplacée, en tout ou partie, par la constitution d'un capital, selon les règles des articles 274 à 275-1, 277 et 281. Si ce capital devient insuffisant pour couvrir les besoins du créancier, celui-ci peut demander un complément sous forme de pension alimentaire. »

Chapitre V : Des biens des époux

Article 21. - I. - L'article 1096 du code civil est ainsi rédigé :

« Art. 1096. - La donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage sera toujours révocable.

« La donation de biens présents faite entre époux ne sera révocable que dans les conditions prévues par les articles 953 à 958.

« Les donations faites entre époux de biens présents ou de biens à venir ne sont pas révoquées par la survenance d'enfants. »

II. - La dernière phrase de l'article 1442 du même code est supprimée.

III. - Dans le premier alinéa de l'article 265-2 du même code, tel qu'il résulte de l'article 6, les mots : « de la communauté » sont remplacés par les mots : « de leur régime matrimonial ».

IV. - Le second alinéa de l'article 265-2 du même code, tel qu'il résulte de l'article 6, est ainsi rédigé :

« Lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à la publicité foncière, la convention doit être passée par acte notarié. »

V. - Dans le premier alinéa de l'article 1451 du même code, les mots : « ainsi passées » sont remplacés par les mots : « passées en application de l'article 265-2 ».

VI. - Dans l'article 1518 du même code, les mots : « à moins que les avantages matrimoniaux n'aient été perdus de plein droit ou révoqués à la suite d'un jugement de divorce ou de séparation de corps, sans préjudice de l'application de l'article 268 » sont remplacés par les mots : « sous réserve de l'article 265 ».

VII. - L'article 1477 du même code est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« De même, celui qui aurait dissimulé sciemment l'existence d'une dette commune doit l'assumer définitivement. »

Chapitre VI : Dispositions diverses

Article 22. - I. - Le troisième alinéa de l'article 220-1 du code civil est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés :

« Lorsque les violences exercées par l'un des époux mettent en danger son conjoint, un ou plusieurs enfants, le juge peut statuer sur la résidence séparée des époux en précisant lequel des deux continuera à résider dans le logement conjugal. Sauf circonstances particulières, la jouissance de ce logement est attribuée au conjoint qui n'est pas l'auteur

des violences. Le juge se prononce, s'il y a lieu, sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution aux charges du mariage. Les mesures prises sont caduques si, à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de leur prononcé, aucune requête en divorce ou en séparation de corps n'a été déposée.

« La durée des autres mesures prises en application du présent article doit être déterminée par le juge et ne saurait, prolongation éventuellement comprise, dépasser trois ans. »

II. - L'article 228 du même code, tel qu'il résulte de l'article 6, est inséré avant le chapitre Ier du titre VI du livre Ier du même code.

La première phrase du quatrième alinéa de cet article est ainsi rédigée :

« Il est également seul compétent, après le prononcé du divorce, quelle qu'en soit la cause, pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, sur la modification de la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants et pour décider de confier ceux-ci à un tiers ainsi que sur la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement. »

III. - A l'article 245-1 du même code, tel qu'il résulte de l'article 6, les mots : « En cas de divorce pour faute, et » sont supprimés.

IV. - Au même article, les mots : « aux affaires familiales » sont supprimés.

V. - A l'article 256 du même code, les mots : « Les conséquences de la séparation pour les » sont remplacés par les mots : « Les mesures provisoires relatives aux ».

VI. - Le premier alinéa de l'article 276-3 du même code est ainsi rédigé :

« La prestation compensatoire fixée sous forme de rente peut être révisée, suspendue ou supprimée en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties. »

VII. - A l'article 278 du même code, les mots : « demande conjointe » sont remplacés par les mots : « divorce par consentement mutuel ».

VIII. - L'article 279 du même code est ainsi modifié :

1° Dans la première phrase du dernier alinéa, les mots : « et les besoins » sont remplacés par les mots : « ou les besoins de l'une ou l'autre » ;

2° La dernière phrase du dernier alinéa est ainsi rédigée :

« Les dispositions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article 275 ainsi qu'aux articles 276-3 et 276-4 sont également applicables, selon que la prestation compensatoire prend la forme d'un capital ou d'une rente temporaire ou viagère. » ;

3° Il est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Sauf disposition particulière de la convention, les articles 280 à 280-2 sont applicables. »

IX. - L'article 280-2 du même code, tel qu'il résulte de l'article 6, est ainsi modifié :

1° La première phrase est supprimée ;

2° Les mots : « de la rente versée au créancier » sont remplacés par les mots : « du montant de la prestation compensatoire, lorsque celle-ci, au jour du décès, prenait la forme d'une rente » ;

3° Le début de la dernière phrase est ainsi rédigé : « Si les héritiers usent de la faculté prévue à l'article 280-1 et sauf décision... (le reste sans changement). » ;

4° Après les mots : « du juge », la fin de la dernière phrase est ainsi rédigée : « une déduction du même montant continue à être opérée si le créancier perd son droit ou subit une variation de son droit à pension de réversion. »

X. - Dans la première phrase de l'article 281 du même code, tel qu'il résulte de l'article 6, après le mot : « sont », sont insérés les mots : « quelles que soient leurs modalités de versement, ».

XI. - A l'article 298 du même code, les mots : « au chapitre II » sont remplacés par les mots : « à l'article 228 ainsi qu'au chapitre II ».

XII. - L'article 301 du même code est ainsi modifié :

1° La deuxième phrase est supprimée ;

2° Dans la dernière phrase, les mots : « sur demande conjointe » sont remplacés par les mots : « par consentement mutuel ».

XIII. - A l'article 306 du même code, le mot : « trois » est remplacé par le mot : « deux ».

XIV. - A l'article 307 du même code, les mots : « par demande conjointe » et « sur demande conjointe » sont remplacés par les mots : « par consentement mutuel ».

XV. - Dans le dernier alinéa de l'article 1397-1 du même code, la référence : « 1450 » est remplacée par la référence : « 265-2 ».

Article 23. - I. - Sont abrogés :

1° Le chapitre VIII du titre V du livre Ier du code civil ;

2° Les articles 231, 235 et 236, 239 à 241, 243, 261 à 261-2, 264-1, 268-1 et 269, 273, 276-3 (troisième alinéa), 282 à 285, 297 (second alinéa), 309 et 1099 (second alinéa) du même code ;

3° Les articles 20 à 23 de la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce ;

4° L'article 52 de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.

II. - L'intitulé et la division : « Section 3. - Du divorce pour faute » du chapitre Ier du titre VI du livre Ier du code civil sont abrogés.

TITRE II : DISPOSITIONS DIVERSES ET TRANSITOIRES

Article 24. - Dans le deuxième alinéa de l'article L. 262-35 du code de l'action sociale et des familles, les références : « 282, 334 » sont supprimées.

Article 25. - Le code général des impôts est ainsi modifié :

1° L'article 80 quater est ainsi modifié :

a) La référence : « 275-1 » est remplacée par la référence : « 275 » ;

b) La référence : « ou 278 » est remplacée par les références : « 278 ou 279-1 » ;

c) La référence : « 294 » est remplacée par la référence : « 373-2-3 » ;

2° Le premier alinéa du 2° du II de l'article 156 est ainsi modifié :

a) La référence : « et 367 » est remplacée par les références : « 367 et 767 » ;

b) La référence : « 275-1 » est remplacée par la référence : « 275 » ;

c) La référence : « ou 278 » est remplacée par les références : « 278 ou 279-1 » ;

d) La référence : « 294 » est remplacée par la référence : « 373-2-3 » ;

3° Dans la première phrase de l'article 757 A, la référence : « 294 » est remplacée par la référence : « 373-2-3 ».

Article 26.- L'article 199 octodécies du code général des impôts est ainsi modifié :

1° Dans le premier alinéa du I, les mots : « mentionnés au 1 de l'article 275 du code civil et à l'article 275-1 du même code, s'ils sont effectués » sont remplacés par les mots : « et l'attribution de biens ou de droits effectués en exécution de la prestation compensatoire dans les conditions et selon les modalités définies aux articles 274 et 275 du code civil » et, après les mots : « sur une période », sont insérés les mots : « conformément à la convention de divorce homologuée par le juge ou au jugement de divorce, » ;

2° Le deuxième alinéa du même paragraphe est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés :

« La réduction d'impôt est égale à 25 % du montant des versements effectués, des biens ou des droits attribués, retenu pour la valeur fixée dans la convention de divorce homologuée par le juge ou par le jugement de divorce, et dans la limite d'un plafond égal à 30 500 EUR apprécié par rapport à la période mentionnée au premier alinéa.

« Lorsque la prestation compensatoire prend la forme d'une rente conformément aux dispositions des articles 276, 278 et 279-1 du code civil, la substitution d'un capital aux arrérages futurs, versé ou attribué sur une période au plus égale à douze mois à compter de la date à laquelle le jugement prononçant la conversion est passé en force de chose jugée, ouvre également droit à la réduction d'impôt. Son assiette est alors égale au capital total reconstitué limité à 30 500 EUR et retenu dans la proportion qui existe entre le capital dû à

la date de la conversion et le capital total reconstitué à cette même date. Le capital total reconstitué s'entend de la valeur du capital versé ou attribué à la date de conversion, majoré de la somme des rentes versées jusqu'au jour de la conversion et revalorisées en fonction de la variation de l'indice moyen annuel des prix à la consommation constatée entre l'année de versement de la rente et celle de la conversion. » ;

3° Dans le dernier alinéa du même paragraphe :

a) Les mots : « les versements sont répartis » sont remplacés par les mots : « le versement des sommes d'argent, l'attribution de biens ou de droits s'effectuent » ;

b) Les mots : « est passé » sont remplacés par les mots : « ou le jugement prononçant la conversion de rente en capital, sont passés » ;

c) Les mots : « effectués au cours de l'année considérée et l'ensemble des versements » sont remplacés par les mots : « de sommes d'argent, des biens ou des droits attribués au cours de l'année considérée, et le montant total du capital tel que celui-ci a été fixé dans le jugement de divorce ou le jugement prononçant la conversion » ;

d) Les mots : « réaliser sur la période visée » sont remplacés par les mots : « effectuer sur la période mentionnée » ;

4° Au début du II, sont insérés les mots : « Nonobstant la situation visée au troisième alinéa, ».

Article 27. - Le deuxième alinéa de l'article 862 du code général des impôts est complété par les mots : « ainsi que les copies exécutoires des jugements de divorce rendus en application de l'article 232 du code civil ».

Article 28. - Le code général des impôts est ainsi modifié :

1° Après l'article 1133 bis, il est inséré un article 1133 ter ainsi rédigé :

« Art. 1133 ter. - Sous réserve de l'application de l'imposition prévue à l'article 1020 du présent code, les versements en capital effectués en application des articles 274, 278 et 279-1 du code civil et qui ne sont pas soumis aux dispositions de l'article 80 quater du présent code sont assujettis, lorsqu'ils proviennent de biens autres que ceux visés à l'article 748, à la perception d'une imposition fixe de 75 EUR.

« Ces dispositions sont applicables aux conversions en capital effectuées en application des articles 276-4 et 280 du code civil. » ;

2° Les deux dernières phrases de l'article 757 A sont supprimées ;

3° Dans la première phrase de l'article 1020, la référence : « et 1133 » est remplacée par les références : « 1133 et 1133 ter ».

Article 29. - Il est inséré, après l'article 9-2 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, un article 9-3 ainsi rédigé :

« Art. 9-3. - Lorsque le pourvoi en cassation est susceptible d'entraîner l'annulation d'une décision ayant fixé une indemnité de licenciement, le montant de cette indemnité est exclu de l'appréciation des ressources. »

Article 30. - Après l'article 66 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, il est inséré un article 66-1 ainsi rédigé :

« Art. 66-1. - Les articles 62, 65 et 66 de la présente loi ainsi que les articles L. 613-1 à L. 613-5 du code de la construction et de l'habitation ne sont pas applicables à l'expulsion du conjoint violent ordonnée par le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 220-1 du code civil. »

Article 31. - Sans préjudice de l'application des délais mentionnés à l'article 267-1 du code civil, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, la procédure est, à compter de la désignation du notaire, soumise aux dispositions du titre VI de la loi du 1er juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

Article 32. - I. - La présente loi est applicable en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, à Wallis-et-Futuna et à Mayotte.

II. - L'article 52-3 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte est ainsi rédigé :

« Art. 52-3. - Les dispositions du code civil relatives au divorce et à la séparation de corps sont applicables à Mayotte aux personnes relevant du statut civil de droit local accédant à l'âge requis pour se marier à compter du 1er janvier 2005. »

III. - Après l'article 2290 du code civil, il est inséré un article 2290-1 ainsi rédigé :

« Art. 2290-1. - Les dispositions du titre VI du livre Ier sont applicables à Mayotte aux personnes relevant du statut civil de droit local accédant à l'âge requis pour se marier à compter du 1er janvier 2005. »

Article 33. - I. - La présente loi entrera en vigueur le 1er janvier 2005.

II. - Elle s'appliquera aux procédures en divorce introduites avant son entrée en vigueur sous les exceptions qui suivent :

a) Lorsque la convention temporaire a été homologuée avant l'entrée en vigueur de la présente loi, l'action en divorce est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne ;

b) Lorsque l'assignation a été délivrée avant l'entrée en vigueur de la présente loi, l'action en divorce est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne.

Par dérogation au b, les époux peuvent se prévaloir des dispositions des articles 247 et 247-1 du code civil ; le divorce peut également être prononcé pour altération définitive du lien conjugal si les conditions de l'article 238 sont réunies et dans le respect des dispositions de l'article 246.

III. - Les dispositions du II sont applicables aux procédures en séparation de corps.

IV. - L'appel et le pourvoi en cassation sont formés, instruits et jugés selon les règles applicables lors du prononcé de la décision de première instance.

V. - Les demandes de conversion sont formées, instruites et jugées conformément aux règles applicables lors du prononcé de la séparation de corps.

VI. - Les rentes viagères fixées par le juge ou par convention avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce peuvent être révisées, suspendues ou supprimées à la demande du débiteur ou de ses héritiers lorsque leur maintien en l'état procurerait au créancier un avantage manifestement excessif au regard des critères posés à l'article 276 du code civil.

L'article 276-3 de ce code est applicable à la révision, à la suspension ou la suppression des rentes viagères fixées par le juge ou par convention avant l'entrée en vigueur de la présente loi.

La substitution d'un capital aux rentes viagères fixées par le juge ou par convention avant l'entrée en vigueur de la présente loi peut être demandée dans les conditions fixées à l'article 276-4 du même code.

VII. - Les rentes temporaires fixées par le juge ou par convention avant l'entrée en vigueur de la présente loi peuvent être révisées, suspendues ou supprimées en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties. Leur révision ne peut conduire à proroger leur durée initiale, sauf accord des parties. La révision ne peut avoir pour effet de porter la rente à un montant supérieur à celui fixé initialement par le juge.

La substitution d'un capital aux rentes temporaires fixées par le juge ou par convention avant l'entrée en vigueur de la présente loi peut être demandée dans les conditions prévues à l'article 276-4 du code civil.

VIII. - Les prestations compensatoires fixées par le juge ou par convention avant l'entrée en vigueur de la présente loi sous la forme prévue au premier alinéa de l'article 275 du code civil, tel qu'il résulte de l'article 6, peuvent être révisées dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de ce même article.

IX. - Les VI et VII sont applicables aux instances en cours qui n'ont pas donné lieu à une décision passée en force de chose jugée.

X. - Les dispositions des articles 280 à 280-2 du code civil, tel qu'il résulte de l'article 6, sont applicables aux prestations compensatoires allouées avant l'entrée en vigueur de la présente loi sauf lorsque la succession du débiteur a donné lieu à partage définitif à cette date. Dans ce dernier cas, les dispositions prévues aux deuxième et troisième alinéas du VI, au VII et au VIII sont applicables aux héritiers du débiteur. Ceux-ci peuvent également se libérer à tout moment du solde du capital indexé lorsque la prestation compensatoire prend la forme prévue au premier alinéa de l'article 275 du code civil, tel qu'il résulte de l'article 6.

XI. - Les pensions de réversion versées du chef du conjoint décédé avant la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 précitée peuvent être, sur décision du juge saisi par les héritiers du débiteur de la prestation compensatoire, déduites du montant des rentes en cours.

Article 34. - Dans l'article 61 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 précitée, les mots : « des parties » sont remplacés par les mots : « de la partie la plus diligente ».

Article 35. - L'article 64 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 précitée est abrogé.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 26 mai 2004.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGE FRANÇAIS

- BÉNABENT Alain. *Droit civil : Droit de la famille*. Paris : Montchrestien : Lextenso, 2010. 536 pages. 978-2-7076-1647-0
- BÉNABENT Alain. *La réforme du divorce article par article*. Paris : Répertoire Defrénois, 2004. 172 pages. 978-2856230701
- BOULANGER François, *Les rapports juridiques entre parents et enfants : Perspectives comparatistes et internationales*. Paris : Économica, 1998. 394 pages. 2-7178-3758-2
- BOULANGER François. *Droit civil de la famille : Aspects comparatifs et internationaux Tome 2*. Economica : Droit civil : Etudes et Recherches. 1999. 568 pages. 978-2-7178-2606-7
- BOUVERESSE Jacques. *Droit de la famille et Code Napoléon : ce qui passe, ce qui demeure*. In : *Études d'histoire du droit privé en souvenir de MARYSE CARLIN*. Paris : La Mémoire du droit, 2008. 868 pages. 978-2-84539-019-5
- BRETON André. *Le nom de l'épouse divorcée*. In : *Mélanges Rodiere (René)*. Paris : Dalloz, 1981. 16 pages.
- CAILLET Louise. *Coup d'œil sur l'histoire du divorce*. In : *Divorce, 20 ans après : actes du colloque organisé les 18 et 19 octobre 1996 : le Barreau du Val-de-Marne : la Faculté de droit de Paris-Saint-Maur : le Tribunal de Grande Instance de Créteil : la "Revue juridique d'Île-de-France*. Paris : Dalloz : Revue juridique d'Île-de-France, 1997. 271 pages. 2-247-02709-1
- CARBONNIER Jean. *Droit civil 1. Les personnes*. Paris : Presses universitaires de France, 2000. 432 pages. 2130505279
- CARBONNIER Jean. *Droit civil 2, La famille, L'enfant, Le couple*. 20^e édition. Paris : Presses universitaires de France, 1999. 709 pages. 2-13-049701-2
- CARBONNIER Jean. *Essais sur les lois*. Defrénois, 2^e édition. 1995. 336 pages. 2-85623-025-3
- CARBONNIER Jean. *Sociologie juridique*. Paris : PUF. Quadrige Manuels, 1999. 415 pages. 213054598
- CARBONNIER Jean. *Ecrits*. Paris : PUF, 2008. 1376 pages. 978-2-13-056563-5
- COLOMBET Claude. *La famille*. Paris : PUF. 3^e édition. 1994. 386 pages. 2130459641
- COMMAILLE Jacques. *Le divorce en France : De la réforme de 1975 à la sociologie du divorce*. 2^e édition. Paris : La Documentation française, 1978 et 1980. 156 pages.
- CORNU Gérard. *Droit civil : La famille*. 9^e éd. Paris : Montchrestien, 2006. 654 pages. 978-2-7076-1506-0
- COURBE Patrick. *Le nouveau droit de la nationalité*. 2^e édition. Paris : Dalloz, 1998. 149 pages. 2-247-03183-8
- COURBE Patrick. *Droit de la famille*. 5^e édition. Dalloz-Sirey. 536 pages. 978-2-247-07641-36726970
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise. *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au Garde aux sceaux, Ministre de la justice, La documentation française*, 1999, pages 256.
- DRUFFIN-BRICCA Sophie et HENRY Laurence-Caroline. *Introduction générale au droit*. Paris : Gualino. Momentos, 2007. 256 pages. 2297024452
- DUTOIT Bernard. *Le divorce en droit comparé. Tome I*. Paris : Droz, Europe, 2000, 472 pages, 2-600-00298-7
- FENOUILLET Dominique. *Droit de la famille*. 2^e édition. Paris : Dalloz, 2008. 517 pages. 978-2-247-07537-9

- FLOUR Jacques et CHAMPENOIS Gérard. *Les régimes matrimoniaux*. 2^e édition. Paris : Armand Colin, 2001. 798 pages. 2-247-03152-8
- FRANCE Marie et MAGUIN Nicolas. *Droit de la famille*. Paris : La Découverte, 1998. 123 pages. 2-7071-2832-5
- FRICERO Natalie. *La simplification des procédures de divorce*. In : *La réforme du divorce : entre rupture et continuité*. Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, Jean-Jacques LEMOULAND et Université de Pau et des Pays de l'Adour. Paris : Litec, 2005. 234 pages. 2-7110-0593-3
- FULCHIRON Hugues. *La généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents divorcés à l'épreuve des pratiques judiciaires*. In : *Sociologie judiciaire du divorce : Colloque de l'Association française de sociologie du droit AFSD sous la direction de Jean Hauser*. Paris : Economica, 1999. 117 pages. 2-7178-3681-0
- GALLUS Nicole. *La séparation du couple*. In : *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruylant : Droit et justice, 2008. 170 pages. 978-2-8027-2525-1
- GARAUD Marcel et SZRAMKIEWICZ Romuald. *La révolution française et la famille*. Paris : PUF. 1978, 270 pages.
- GARÉ Thierry. *La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004*. In : *La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 : pacification et simplification ? : actes du colloque d'Aix-en-Provence du 24 septembre 2004*. Centre Pierre Kayser en collab. avec le Centre de formation des barreaux du Sud-est sous Anne LEBORGNE, Presses universitaire d'Aix-Marseille. 2005. 206 pages. 2-7314-0457-4
- GAZZANIGA Jean-Louis, *Le divorce de la législation révolutionnaire à la loi de 1884*, Colloque de Pau des 24-25 novembre 1983, Petites affiches 20 avril 1984.
- GRANET-LAMBRECHATS Frédérique et HILT Patrice. *Droit de la famille*. 2^e édition. Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 2009. 223 pages. 978-2-7061-1573-8
- GRIMALDI Michel. *La nature juridique de l'institution contractuelle* : thèse. Paris : Université de Paris 2, 1977.
- GUIMEZANES Nicole. *Le divorce en droit comparé*. In : *In : Divorce, 20 ans après : actes du colloque organisé les 18 et 19 octobre 1996 : le Barreau du Val-de-Marne : la Faculté de droit de Paris-Saint-Maur : le Tribunal de Grande Instance de Créteil : la "Revue juridique d'Île-de-France*. Paris : Dalloz : *Revue juridique d'Île-de-France*, 1997. 271 pages. 2-247-02709-1
- GUINCHARD Serge. *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*. Paris : La Documentation française (réf : 084000392). 2008. 344 pages.
- HAUSER Jean et HUET-WEILLER Danièle. *Traité de droit civil 2, La Famille*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991. 556 pages. 2-275-00665-6
- LASZLO-FENOUILLET Dominique. *Droit de la famille*. 2e édition. Paris : Dalloz, 2008. 517 pages. 978-2-247-07537-9
- LAURENCE Gareil. *L'exercice de l'autorité parentale*. Paris : LGDJ, 2004. 604 pages. 2-275-02473-5
- LE GUIDEC Raymond. *Le sort du logement en cas de désunion*. In : *Logement et famille : des droits en question* : Colloque organisé les 9 et 10 décembre 2004 à l'Université de Bourgogne sous la direction de Martine Barré-Pépin, Christelle Coutant-Lapalus préface de Jacqueline Rubellin-Devichi avec les contributions de Martine Barré-Pépin, Pascal Lipinski, et Valérie Bertrand. Paris : Dalloz, 2005. 354 pages. 2-247-06407-8
- LEQUETTE Yvres. *D'une célébration à l'autre (1904-2004)*, in : *1804-2004 : le Code civil, un passé, un présent, un avenir*. Paris : Dalloz, 2004, 1059 pages. 2-247-05733-0
- LEROYER Anne-Marie. *Autorité parentale et droit*. In : *La contractualisation de la famille*. Paris : Economica, 2001, 327 pages. 2-7178-4238-1
- LEVINET Michel. *Couple et vie familiale. Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*. F. SUDRE (dir.). Bruxelles : éd. Nemesis-Bruylant. coll. « *Droit et Justice* ». n° 38, 2005. 336 pages. 2-802-72086-4
- LINANT DE BELLEFONDS Yvon. *Traité de droit musulman comparé*. Mouton et Cie, 1965. 459 pages. B0014UFGHS

- MASSIP Jacques. *Le nouveau droit du divorce*. Paris : Defrénois, 2005. 384 pages. 2-85623-079-2
- MASSIP Jacques et MORIN Georges. *La réforme du divorce*. 2^e édition. Paris : Répertoire du notariat Defrénois, 1982.
- MATHERON Sylvie. *Les nouvelles passerelles*. In : *La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 : pacification et simplification* : Actes du colloque d'Aix-en-Provence du 24 septembre 2004. Centre Pierre Kayser en collab. avec le Centre de formation des barreaux du Sud-est sous la direction d'Anne LEBORGNE. Aix-en- Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005. 206 pages. 2-7314-0457-4
- MALAURIE Philippe et FULCHIRON Hugues. *La famille*. 4^e édition. Paris : Defrénois, 2011. 748 pages. 978-2-85623-187-6
- MALAURIE Philippe et AYNÈS Laurent. *Les personnes : La protection des mineurs et des majeurs*. Paris : Defrénois, 2010. 366 pages. 978-2-85623-186-9
- MONTESQUIEU Charles-Louis de Secondât. *De l'esprit des lois* : texte établi avec une introduction, des notes et des variantes par Gonzague TRUC. Paris : Ed. Garnier frères, 1949. 437 pages.
- OLIVIER Abel. *Le mariage a-t-il encore un avenir ?* Paris : Bayard, 2005. 165 pages. 2-227-47484-X
- OURLIAC Paul. *L'indissolubilité du mariage dans l'Ancien droit*. In : *La Disparition du lien conjugal* : Colloque de Pau des 24-25 novembre 1983. Petites affiches 20 avril 1984. Paris : Journaux judiciaires associés, 1984. 65 pages.
- OURLIAC Paul et MALAFOSSE Jehan de, *Histoire du droit privé : Tome III : Le droit familial*. Paris : Presses universitaires de France, 1968.
- PLESSIX-BUISSSET Christiane. *Ordre et désordres dans les familles* : études d'histoire du droit : Travaux du Centre de Recherche Historiques de l'Université de Rennes (CREHUR). Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2002. 226 pages. 2-86847-685-6
- POUSSON-PETIT Jacqueline. *Le démariage en droit comparé* : étude comparative des causes d'inexistence, de nullité du mariage, de divorce et de séparation de corps, dans les systèmes européens. Bruxelles : Larcier, 1981. 680 pages.
- PUGEAULT Catherine. *Liberté fondamentale du mariage et degré de liberté dans les modes de contractualisation matrimoniale*. In : *La liberté fondamentale du mariage*. Colloque du 6 juin 2008 : Université de Pau et des Pays de l'Adour avant-propos d'Olivier LECUCQ et Jean-Jacques LEMOULAND. Aix-en- Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009. 174 pages. 978-2-7314-0676-4
- RADÉ Christophe. *La responsabilité civile des père et mère de l'autorité parentale à la responsabilité parentale*. In : *L'autorité parentale en question* : Journées d'études des 13 et 14 décembre 2001 organisées par le LERADP, Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ et Christine CHOAIN : Presses universitaires du Septentrion, 2003. 237 pages. 2-85939-830-9
- ROY Odile. *Réflexions sur le pluralisme familial* : Journée d'étude dans le cadre du colloque international en l'honneur de Marie-France Nicolas-Maguin, organisée par le Centre d'études. Nanterre : Presses universitaires de Paris Ouest, 2011. 242 pages. 978-2-84016-065-6
- ROYER Anne-Marie, *Autorité parentale et droit*. In : *La contractualisation de la famille, sous la direction de Dominique Fenouillet et Pascal de Vareilles-Sommières*. Paris : Economica, 2001. 327 pages. 2-7178-4238-1
- SAYN Isabelle, *Ver l'instauration d'un barème pour la fixation de pensions à caractère alimentaire ?* In : *Un barème pour les pensions alimentaires ?* Paris : la Documentation française, 2002. 285 pages. 2-11-005040-3
- TERRÉ François et LASZLO-FENOUILLET Dominique. *Droit civil : Les personnes, la famille, les incapacités*. Paris : Dalloz, 2005. 1382 pages. 2-247-04109-4
- THÉRY Irène. *Couples, 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. Paris : O. Jacob : la Documentation française, 1998. 413 pages. 2-7381-0644-7
- THÉRY Irène. *Le démariage : justice et vie privée*. Paris : O. Jacob, 2001. 469 pages. 2-7381-1016-9

- VAUVILLÉ Frédéric. *Du principe de coparentalité et sa mise en œuvre*. In : *L'autorité parentale en question* : Journées d'études des 13 et 14 décembre 2001 organisées par le LERADP, Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ et Christine CHOAIN : Presses universitaires du Septentrion, 2003. 237 pages. 2-85939-830-9
- VERNEY Laurent. *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*. Paris : Litec, 2004. 398 pages. 2-7110-0438-4
- VIAUX Jean-Luc. *L'enfant et le couple en crise, Du conflit psychologique au contentieux juridique*. Dunod : 2 éd, 2002. 280 pages, 2100059645
- Rapport n° 1513 relatif au divorce de M. Patrick DELNATTE à l'Assemblée nationale : fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi, 2004. 229 pages.

OUVRAGE SUD-COREEN

- BAE Gyung-Sook et CHOI Kum-Sook. *Les cours du droit de la famille*. Seoul : Jaeil Bubgyu, 2006. 696 pages. 9788956210308
- BAE Jong-Dae. *Le nouveau droit de la procédure pénale*. Seoul : Hongmounsa, 2008. 905 pages. 9788977702172
- BEUN Hwa-Soun. *Le changement social et économique pour les femmes divorcées*. Korean women's development institute, 2006. 141 pages. 9788984911772
- BEUN Hwa-Soun et CHO Eun-Hee. *Le rôle et le statut des femmes sud-coréennes avec la société changée*. Korean women's development institute, 2001. 243 pages. 9788984910034
- CHOI Jai-Seuk. *L'étude de la famille sud-coréenne*. Seoul : Iljisa, 1982. 582 pages. 9788931201314
- CHOI Jong-Dou. *Les problématiques pratiques de la répartition des biens*. In : *Étude pratique VIII* : Centre de recherche du droit comparé. Seoul : Bakyounsa, 2006. 620 pages. 9788910513919
- GO Jung-Myung. *Droit coréen de la famille et de l'héritage (la nouvelle version)*. Pajou : Goymounsa, 1990. 442 pages. 9788936301217
- HONG Chun-Hee. *Le divorce faillite et le conjoint fautif*. In : *Le prospect et devoir du Code civil contemporain* : thèses pour souvenir professeur Bong-Hee HAN. Seoul : MILAL, 1994. 1514 pages. 2002413001306
- HU Man. *La révocation de fiducie nominale entre les époux divorcés à l'égard de la répartition des biens*. In : *L'étude de la jurisprudence du droit privé XVII* : Centre de recherche études du Code civil. Seoul : Pakyoungsa, 1995. 538 pages. 2002453006811
- JEON Kyung-Gun. *Exécution et estimation de l'entretien de l'enfant*. Seoul : Le ministre de la famille et femme, 2005. 236 pages.
- JEONG Gwang-Hyeon. *Le nouveau droit de la famille*. Seoul : La presse de l'université de Seoul, 1967. 658 pages.
- JUNG Hyung-Gi. *Le mariage et la famille*. In : *Comment vivaient-elles les femmes sud-coréennes ? I*. Pajou : La presse de Chungneunsa, 1999. 310 pages. 9788972783350
- JUNG Hyung-Gi et KIM Kyung-Mi. *La vie des femmes sud-coréennes à 17^e siècle I*. Seoul : Bogosa, 2006. 480 pages. 9788984334359.
- JUNG Jin-Young. *La compréhension sur la culture traditionnelle sud-coréenne*. Seoul : La presse de Joung-Moun, 2002. 162 pages. 9788980801565
- JUNG Kang-Sub. *Étude de droit sud-coréen de la famille*. Seoul : Presse de l'université de Seoul, 1967. 834 pages.
- KIM Dou-Hun. *L'étude sur les institutions de la famille en Corée*. Seoul : La presse de l'université de Seoul, 1969. 674 pages. 9788970964423

- KIM Jong-Ou. *La méthode et l'objet de la répartition des biens*. In : *Étude pratique VIII*. Le tribunal familial de Seoul, 2002. 243 pages.
- KIM Jou-Sou. *Commentaires du Code civil : la famille*. 4^e édition. Seoul : L'association du droit administratif et civil, 2010. 510 pages. 9788981096946
- KIM Jou-Sou. *Droit de la famille*. 2e édition. Seoul : Bobmounsa, 1992. 784 pages. 8918011989
- KIM Jou-Sou. *Droit de la famille en jurisprudence*. Seoul : Samyoungsa, 1983. 1124 pages. 2003030002370
- KIM Jou-Sou. *L'étude du mariage*. Seoul : Bobmounsa, 1969. 250 pages.
- KIM Jou-Sou. *L'évolution du droit de la famille*. 2^e édition. Seoul : Étude légale de Seoul (vol. 2). Presse de l'université de Seoul, 1960. 366 pages.
- KIM Jou-Sou et KIM Sang-Yong. *Droit de la famille*. 9^e édition. Pajou : Bubmounsa, 2008. 805 pages. 9788918015798
- KIM Jun-Mo. *Le caractère de la répartition des biens*. In : *Les cas du tribunal familial (les jugements n° 101)*. Seoul : La bibliothèque du tribunal familial, 2003. 310 pages.
- KIM Sang-Yong. *Das Verhältnis zwischen Sorgerecht und Erziehungsrecht, wenn beide Rechte bei einer Ehescheidung zwischen den Elternteilen aufgeteilt werden müssen müssen (La dévolution de l'autorité parentale à un seul parent en cas de divorce)*. In : *L'étude du droit de la famille I*. Pajou : Bobmounsa, 2002. 384 pages. 9788918014869
- KIM Sang-Yong. *L'autorité parentale en commun après divorce*. In : *L'étude du droit de la famille I*. Pajou : Bobmounsa, 2002. 384 pages. 9788918014869
- KIM Sang-Yong. *L'avertissement de renaissance de patriarche*. In : *L'étude du droit de la famille I*. Pajou : Bobmounsa, 2002. 384 pages. 9788918014869
- KIM Sang-Yong. *Le droit de visite*. In : *L'étude du droit de la famille I*. Pajou : Bobmounsa, 2002. 384 pages. 9788918014869
- KIM Sang-Yong. *Réflexion socio-légale sur les causes de l'augmentation des taux de divorce*. In : *L'étude du droit de la famille I*. Pajou : Bobmounsa, 2002. 384 pages. 9788918014869
- KIM Sang-Yong. *Une proposition de la réforme à l'égard du régime matrimonial*. In : *L'étude du droit de la famille I*. Pajou : Bobmounsa, 2002. 384 pages. 9788918014869
- KIM Sang-Yong. *Les causes de réforme du Code civil sur le nom des enfants*. In : *L'étude du droit de la famille II*. Pajou : Bobmounsa, 2006. 313 pages. 9788918011288
- KIM Sang-Yong. *Les commentaires de la loi du 31 mars 2005, Code civil réformé*. In : *L'étude du droit de la famille II*. Pajou : Bobmounsa, 2006. 313 pages. 9788918011288
- KIM Sang-Yong. *Un projet pour la réforme et des lois étrangères à l'égard du divorce par consentement mutuel*. In : *L'étude du droit de la famille II*. Pajou : Bobmounsa, 2006. 313 pages. 9788918011288
- KIM Sang-Yong. *Une solution pour la réforme du divorce*. In : *L'étude du droit de la famille II*. Pajou : Bobmounsa, 2006. 313 pages. 9788918011288
- KIM Sook-Ja. *La cause de divorce*, In : *Le prospect et devoir du Code civil contemporain : thèses pour souvenir professeur Bong-Hee HAN*. Seoul : MILAL, 1994. 1514 pages. 2002413001306
- KIM Sunmi. *La femme sud-coréenne selon la tradition-virtu et éducation de la femme sud-coréenne à l'époque de Yi*. Extrait de thèse de doctorat de l'université Paris 8: « *Les femmes asiatiques et l'enseignement supérieur en France : rapport au savoir et positionnement social dans les sociétés asiatiques* », 2000. 18 pages.
- KIM Yong-Han. *La déclaration sur le divorce par consentement mutuel*. Seoul : BUB-JUNG, 1960. 210 pages.
- KIM Yong-Han. *Le droit de la famille*. Seoul : Bakyoungsa, 2003. 634 pages. 9788910511007
- KIM Yong-Han. *Le nouveau droit de la famille et des héritages*. Seoul : Bakyoungsa, 2002. 534 pages. 9788910509769

- KIM Yong-Sook. *Les femmes sud-coréennes dans l'histoire*. Seoul : Minûmsa, 1990. 386 pages. 893743038x
- KWON Young-Jin. *La revendication sur la répartition des biens lors de divorce*. In : *Le prospect et devoir du Code civil contemporain : thèses pour souvenir professeur Bong-Hee HAN*. Seoul : MILAL, 1994. 1514 pages. 2002413001306
- LEE Bu-Young, KIM Yel-Gou, et LEE Il-Sang. *L'image traditionnelle de la femme sud-coréenne*. : Presse de Dae-Woo. Seoul : Minûmsa, 1985. 129 pages.
- LEE Hwa-Suk. *L'évaluation économique des travaux à domicile et le régime de la séparation des biens*. In : *La politique et le droit de la famille contemporains*. Thèses de souvenir pour M. KIM Jou-Sou. Seoul : Samyoungsa, 1988. 323 pages
- LEE Kyung-Hee. *Droit de la famille*. 4^e édition. Seoul : Bobwonsa, 2008. 644 pages. 9788991512399
- LEE Si-Youn. *La Procédure de Code civil*. 4^e édition. Seoul : Bakyounsa, 2002. 795 pages. 9788910508649
- PARK Byung-Ho. *La loi et la société traditionnelle*. Seoul : La presse de l'université de Seoul, 1990. 338 pages. 9788970965017
- PARK Byung-Ho. *Les thèses de droit de la famille*. Seoul : Jinwon, 1996. 494 pages. 9788986029086
- PARK Dong-Sub. *L'interprétation de droit de la famille*. Seoul : CHUNG-LIM, 1994. 198 pages. 9788935201716
- PARK Dong-Sub. *Le droit de la famille*. Seoul : Bakyounsa, 2009. 929 pages. 9788971899120
- SHIN Dong-Oun. *Droit pénal*. 6e édition. Pajou : Bubmounsa, 2011. 880 pages. 9788918085159
- YANG Sou-San. *Le droit de la famille et de l'héritage*. Seoul : La presse d'Université Hankuk des langues étrangères, 1998. 880 pages. 9788974641269
- *Rapport des règles du registre d'état civil sud-coréen*. Le ministère judiciaire de colonie Joseon (Corée), 1917. 298 pages.
- *Rapport de réponse et question sur la coutume sud-coréenne*. Le ministère judiciaire de colonie Joseon (Corée), 1933. 351 pages.

ARTICLES ET CHRONIQUES FRANÇAIS

- ATTUEL-MENDÈS Laurence. *Le divorce du XXI^e siècle : un retour aux causes de divorce issues de la pratique judiciaire sous la loi Naquet ?*. *Dr. famille* 2004, n° 93, p. 3-17.
- BEIGNIER Bernard. *Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire*. *Dr. famille* 2008, n° 4, p. 9-12.
- BOIZEL Roger. *Le divorce et la faute : un couple harmonieux ?*. *Perspective de rapprochement des droits français et allemand*. *Revue internationale de droit comparé*. 2000, n° 4, p. 891-912.
- BOULANGER François. *Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ?*. *JCP*. 1993, n° 26, p. 279-282.
- CARBONNIER Jean. *La question du divorce. Mémoire à consulter*. *D*. 1975. p.116.
- CASEY Jérôme. *Procédure de divorce et liquidation du régime matrimonial. Le divorce de la raison et du possible?*. *Dr. famille* 2008, n° 1, p. 7-9.
- DAVID Stéphane. *Prestation compensatoire et successions*. *Revue trimestrielle de la Cour d'appel de Versailles devenue Revue des Barreaux d'Île de France* 1996, n° 42-43, p. 147-189.
- DAVID Stéphane. *La fixation de la prestation compensatoire*. *AJ famille* mars 2007. p. 108-114.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise. *Impression de recherche sur les fautes causes de divorce*. *D*. 1985. 219-226.
- DEMARS-SION Véronique. *Libéralisation du divorce : l'apport véritable de la loi du 11 juillet 1975 à la lumière de celle du 20 septembre 1792*. *RTD Civ*. 1980. p. 231-259
- DE POULPIQUET Jeanne. *Les prestations compensatoires après divorce*. *JCP* 1977.I.2856
- DOUET Frédéric. *Les aspects fiscaux de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce*. *D*. 2004, n° 32, p. 2318-2321.

- DURRANDE Sylviane. *Le contentieux de la prestation compensatoire après divorce*. D. 1983, Chron. 191
- FENOUILLET Dominique. *La suppression du divorce pour faute ou feu le pluralisme en droit de la famille !*, AJ famille 2001, p. 82.
- FULCHIRON Hugues. *Comment peut-il vraiment y avoir « coparentalité », s'il n'y a pas de partage de la vie quotidienne ?* CA Lyon 5 octobre 1993. JCP 1994, II, 22231
- FULCHIRON Hugues. *Les métamorphoses des cas de divorce (à propos de la réforme du 26 mai 2004)*. *Deffrénois* 2004, n° 17, p. 1103-1123
- FULCHIRON Hugues. *Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce notarial)*. D. 2008, p. 365-370
- FULCHIRON Hugues. *Les solidarités dans les couples séparés : renouvellement ou déclin ?* *Recueil Dalloz* 2009, p. 1703-1720
- GARÉ Thierry. *Dommages-intérêts en cas de divorce : quels sont les domaines d'application des articles 226 et 1382 du Code civil ?* *RJPF* 2004, n° 5, p. 14-15
- GARÉ Thierry. *Les nouvelles règles applicables en matière de procédure familiale*, *RJPF*(n° 2), 2012, p. 8-9.
- GEBLER Marie Joseph. *Le paiement direct des pensions alimentaires, commentaire de la loi du 2 janvier 1973*, *Dalloz*. 1973, chronique 107.
- GIRON Patrice. *Prestation compensatoire et pension alimentaire face à la réalité du divorce*. D. 1994, Chron. 262.
- GONZALES-CHARBI Neyla. *Coparentalité, résidence alternée et partage du quotient familial : la réponse du législateur fiscal*. *RJPF*. févr. 2003. p. 19-20.
- GOUTTENNOIRE Adeline. *Les nouvelles procédures de divorce*. *Deffrénois* 2005, n° 7, p. 547-566.
- GRIMALDI Michel. *Le sort du logement après le décès*. *La Gazette du Palais* 2007, n° 262-63, p. 13-18.
- HAUSER Jean. *Les dommages-intérêts nouveaux sont arrivés !* *RTD Civ.* 2009, p. 705.
- HILT Patrice. *La résidence alternée : Le point sur une jurisprudence partagée*. *AJ Famille*. 2001. p. 43-45.
- HILT Patrice. *Loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale : les juges ne suivent pas toujours*. *AJ Famille*. sep. 2003. p. 288-292.
- LARRIBAU-TERNEYRE Virginie. *La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? - Deuxième partie : Les moyens du changement*. *Dr. famille* 2004, n° 7, p. 6-11.
- LABBÉE Xavier. *Le divorce et le Président*. D. 2007. p. 2740-2741.
- LABBÉE Xavier. *Le divorce par notaire*. D. 2008. p. 144.
- LIENHARD Claude. *La tentative de conciliation*. *AJ Famille*. 2004. p. 215-218.
- LECLERCQ Virginie. *La médiation familiale dans la loi du 26 mai 2004*. *Dr. famille* 2004, n° 10, p. 12-14.
- LÉCUYER Hervé. *La déclaration sur l'honneur*. *Dr. famille* 2003, n° 6, p. 25-26.
- LÉCUYER Hervé. *De la prestation compensatoire en général et de la déclaration sur l'honneur en particulier*. *Dr. famille* 2003, n° 7, p. 33.
- LÉCUYER Hervé. *Brèves observations sur la proposition de loi portant réforme du divorce*, *Dr. famille* 2001, chron. 26.
- LIENHARD Claude. *La nouvelle procédure de divorce*. *AJ Famille*. 2004. p. 208-214.
- LIENHARD Claude. *Résidence alternée : première évaluation*. *AJ Famille*. 2004. p. 182- 184.
- LINDON. *L'accueil fait par les tribunaux au divorce pour rupture de la vie commune*. *JCP*. 1977. p. 2857-2865.
- LE BRIS Raymond-François. *L'effet du divorce sur le nom des époux*. D. 1965. p. 141-146.
- LEMOULAND Jean-Jacques. *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? : L'homme n'est qu'une main gauche tâtonnant dans l'infini (Victor Hugo)*. D. 1997. p. 133-137.

- LEMOULAND Jean-Jacques. *La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce*. D. 2004. p. 1825-1837.
- MASSIP Jacques. *Le divorce pour séparation de fait et la pratique des tribunaux*. D. 1980, p. 81.
- MASSIP Jacques. *Le nom de famille*. *Deffrénois* 2005, n° 4 et 5, p. 272-290 et p. 372-394.
- MASSIP Jacques. *Chronique de jurisprudence civile générale : Conflit de juridiction*. *Deffrénois* 2006, n° 22, p. 1767-1771.
- MALAURIE Philippe. *La pensée juridique de JEAN CARBONNIER*. *Deffrénois* 2005, n° 22, p. 1755-1769
- MALAURIE Philippe et FULCHIRON Hugues. *Evolution du droit français de la famille*. *Deffrénois* 2009, n° 13, p. 1347-1355
- MAZEAUD H. *Le divorce par consentement forcé*. D. 1963. p. 141.
- MONSTALLIER. *Le divorce pour rupture de la vie commune*, RTD civ. 1980.266.
- NEFUSSY-VENTA Nathalie. *Convictions religieuses et ruptures familiales*. *AJ Famille* 2011. p. 39-43.
- ROCHE-DAHAN Janick. *Les devoirs nés du mariage : obligations réciproques ou obligations mutuelles ?* RTD Civ. 2000. p. 735-759.
- ROUGHOL-VALDEYRON Denise. *Le divorce par consentement mutuel et le Code Napoléon*. RTD Civ. 1975. p. 482.
- ROUJOU DE BOUBÉE Marie-Ève, *Une institution qui se veut nouvelle : la prestation compensatoire après divorce*, *Mélanges G. MARTY*, 1978, p. 997-1018.
- RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline. *Le nouveau droit du divorce : Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004*. JCP 2004, n° 24, p. 1037-1039.
- SAUVRAGE François. *Les clauses de non-divorce ont-elles encore un avenir ? (à propos de Cass., 1^{re} civ. , 14 mars 2012)*. *RJPF*. 2012(5/6). p. 6-9.
- SÉRIAUX Alain. *La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris*. RTD Civ. 1997. p. 53-67
- SERRA Guillaume et WILLIATTE-PELLITTERI Lina. *Droit du divorce : janvier 2006 - décembre 2006*. D. 2007 p. 606-616
- SCHMITT Thierry. *Résidence alternée et quotient familial*. *AJ famille*. 2003. p. 23-27.
- THIERRY Jean. *Le maire, juge du divorce : c'est Montesquieu qu'on assassine*. D. 1998. p. 166-186
- *Le divorce est-il l'affaire des avocats ou des notaires ?* *Le Figaro magazine*. 5 janvier 2008. p. 26-27.
- *Le droit de parole de l'enfant dans les procédures en divorce*. *CODE*. décembre 2007. p.

ARTICLES ET CHRONIQUES SUD-COREENS

- AN Choon-Soo. *CEFL und die Prinzipien zum europäischen Familienrecht betreffend Ehescheidung und nachehelcher Unterhalt*. *Étude sur le droit de la famille*, n° 20, vol. 3, The Korean society of family law. 2006. p. 223-244. 1225-1224
- BANG Hye-Shin. *Le divorce-faillite demandé par le conjoint fautif*. *Thèses légales d'Université de Dankook*, n° 27, Institut d'étude juridique de l'université Dan-kouk. 2003. p. 157-206
- BANG Hye-Shin. *L'étude sur le divorce par consentement mutuel*. *Thèses légales d'Université de Dankook*, n° 28, Institut d'étude juridique de l'université Dan-kouk. 2004. p. 433-470. 1738-3242
- BAE Sung-Ho. *Réexamen sur l'essence de la répartition des biens*. *Jurisprudence administrative*, n° 42, vol. 11 et 12, Institut sud-coréen de jurisprudence administrative. 2001. p. 8-15 et p. 11-20 1225-4347
- CHA Seon-Ja. *Proposal about estimating reasonable cost of bringing up a child*. *Étude sur le droit de la famille*, n° 20, vol. 3, The Korean society of family law. 2006. p. 103-130. 1225-1224
- CHOI Chang-Ryeol. *A study on serious cause for making it difficult to continue the marriage*. *Étude sur le droit de la famille (n° 15, vol. 2)*, The Korean society of family law, 2001, p. 195-228. 1225-1224
- CHOI Chang-Ryeol. *A study on consolation money due to divorce*. *Étude sur le droit de la famille*, n° 14, The korean society of family law. 2000, p. 43-68. 1225-1224

- CHOI Jin-Sub. *L'adoption du délai de réflexion en cas de divorce par consentement mutuel. Journal légal du 1 mars 2005 (n° 3345).*
- CHOI You-Seok. *Nonresident father's informal support to children-focusing on the effects of family structures-. Bien-être social, n° 62, vol. 2, Korean academy of social welfare. 2010. p. 57-85. 1229-5132*
- CHOI Haeng-Sik. *La vie religieuse excessive sur le divorce contentieux-la Cour suprême 96 m 851 (15 novembre 1996)-. Étude sur le droit de la famille, n° 13. The Korean society of family law. 1999. p. 215-231 1225-1224*
- CHOI Moon-Ki. *La perspective des jugements pour le demandeur fautif (A study on tendency of precedents of claim for division of property by divorce). Revue sociale et humaine, n° 26, vol. 2, Université de Kyung-Sung. 2010. p. 171-199.*
- CHOI Moon-Ki. *Les causes de divorce contentieux. La perspective de droit civil. Comité des thèses pour souvenir HONG Chun-Lyong. 1997. p. 761-779.*
- CHOI Myung-Soo. *Causes of a judicial divorce -centering around Pusan, Ulsan, and Kyungnam Area-. Legal de Kyung-Sung-, n° 18, vol. 1, Centre de recherche judiciaire d'université de Kyung-Sung. 2007. p. 179-204.*
- CHOI Myung-Soo. *A Study on the cooling-off period system for divorce by agreement. Legal de Kyung-Sung, n° 16, vol. 1, Centre de recherche judiciaire d'université de Kyung-Sung. 2007. p. 125-152*
- CHO Eun-Hee. *Freiheit der Scheidung und ihre Grenzen - Einverständliche Scheidung und Reform der Einverständlichen Scheidung -. Étude sur le droit de la famille, n° 21, vol. 1, The Korean society of family law. 2007. p. 133-163 1225-1224*
- CHUN Young-Ju et LEE Sung-Hee. *Analyses of experiences of family of origin among the people filing consensual divorce. Korean home management, vol. 24, n° 5, 2006. p. 191-203. 1229-1331*
- CHUNG Hae-Eun. *La réalité du divorce à la dernière période de la dynastie de Joseon dans la société sud-coréenne appliquée par Grand Code, Code chinois. Quarterly review of Korea history, n° 75, 2010. p. 93-119.*
- GWAG Yun-Jig. *Le système du logement en location sur dépôt. Revue légale d'université de Seoul. n° 3, Centre de droit de l'université de Seoul. 1962. p. 31-47. 1598-222x*
- GWAK Bae-Hee. *Le droit de la famille, c'est le départ. La nouvelle famille, n° 452, Institut de la nouvelle famille. 1994. p. 88-90.*
- HA Seung-Wan. *L'amélioration et l'utilisation du système du contrat de mariage (Improvement and utilization of matrimonial property system). Étude légale, n° 33, Centre de recherche de droit. 2009. p. 187-213. 1229-3113*
- HAN Bok-Yong. *La perspective et le fondement de l'histoire à propos du divorce-faillite. Histoire et loi, vol. 19, n° 1, Institut d'histoire et de loi. 1996. p. 103-129. 1226-2773*
- HAN Bong-Hee. *La révision de biens. Bub-Jo, n° 12, vol. 8 et 9, 1963. p. 21-45*
- HAN Bong-Hee. *Les causes de divorce faillite. Droit privé, n° 3, Centre de recherche du droit privé. 1982. p. 71-98. 1226-5004*
- HAN Bong-Hee. *The Reform of the Family Law of Korea : La demande en divorce par le conjoint sur faute ou faillite et les cause du divorce faillite. Étude légale d'université de Pusan, n° 31, vol. 1, Institut de droit d'université de Pusan. 1989. p. 329-373. 1225-2689*
- HAN Bong-Hee. *Étude comparative sur le divorce avec la loi américaine, anglaise, allemande et française. Thèses, vol. 14, Université de Jeon-Buk. 1972. p. 183-207*
- HOH Il-Tae. *Die Verfassungswidrigkeit der Todesstrafe in Korea (Le caractère anticonstitutionnel de la peine pour adultère). Justice, n° 31, vol. 2, juin 1998. p. 7-24. 1598-8015*
- HOH Il-Tae. *Unconstitutionality of the penalty and global trend. Legal Dong-A, n° 45, Institut de droit d'université de Dong-A. 2009. p. 263-298. 1225-3405*
- IHM Sahng-Hyeog. *A study on the legal thoughts of JEONG Gwang Hyeon under the Japanese colonial policy to change Korean name. Étude sur le droit de la famille, n° 23, vol. 1, The Korean society of family law. 2009. p. 88-106*

- JANG Mi-Souk. *A study on property rights of wife in Edo period - based on reversion of property in the case of divorce -*. *Histoire et frontière*, vol. 60, Comité d'histoire de Pusan et Kyung-Nam. 2006. p. 269-293. 1598-625X
- JEON Jai-Kyung. *L'adultère et le droit à vie privée*. *Nouvelle de politiques pénales*, n° 24, *Étude de politique pénale*. 1994. p. 7-23
- JEONG Hyun-Soo. *A study on the methods of ensuring child support in divorce*. *Étude sur le droit de la famille*, n° 19, vol. 1, *The Korean society of family law*. 2005. p. 225-307
- JEONG Young-Keum. *The Matter of policy for estimating the household work*. *Review of Korean Home Management*, n° 14, vol. 3, *Korean Home Management Association*. 1996. p. 21-75. 1229-1331
- JUNG Guk-Won. *Le mouvement de la décision du Conseil constitutionnel à l'égard de la liberté du mariage*, *Etude de la Constitution du monde* (vol. 14), 2008, p. 299-322. 1226-6825
- JUNG Jin-Young. *Le nom et l'origine des noms de famille*. *Critique et histoire*, n° 4, *Recherche de critique et histoire*. 2000. p. 183-221.
- JUNG Sang-Hyun. *A restudy on the legal character of the claim for division of the matrimonial properties at the time of divorce and the acceptance or rejection of succession to the right of the claim*. *L'étude légale de Sungkyunkwan*, n° 18, vol. 3, *Institut de l'université de Sungkyunkwan*. 1999. p. 328-360.
- JO Dae-Hyun. *Qui exerce l'autorité parentale dans la nouvelle loi -c'est urgent d'établir les théories-*. *Journal légal* du 28 janvier 1991.
- JO Kang-Houn. *L'exercice de l'autorité parentale du parent survivant après le décès du parent l'exerçant seul*. *Jurisprudence administrative*, n° 50, vol. 2, *Institut sud-coréen de jurisprudence administrative*. 2009. p. 24-41. 1225-4347
- JO Mi-Gyung. *L'étude du droit de la famille sud-coréen écrite par professeur JEONG Gwang-Hyeon - L'étude pour le développement et l'avancement du droit de la famille-*. *Revue légale d'université de Seoul*, n° 48, vol. 3, *Centre de droit de l'université de Seoul*. 2007. p. 219-230. 1598-222x
- JO Kang-Houn. *L'étude de l'acte juridique par les époux du divorce fictif - avec la décision du Tribunal Constitutionnel 96hunma298, 27 mars 1997-*. *Jurisprudence administrative*, n° 47, vol. 5, *Institut sud-coréen de jurisprudence administrative*. 2006. p. 14-28 1225-4347
- JOUNG Soon-Hee et KIM Hyun-Jung. *The determinants of child support payments in divorced - mother families*. *Étude des consommateurs*, n° 4, vol. 10, 1999. p. 21-48.
- JUN Gyung-Gun. *Devolution of debt on property distribution*. *Étude sur le droit de la famille*, n° 18, vol. 2, *The Korean society of family law*. 2004. p. 85-110.
- JUN Gyung-Gun. *The issues and reform measure of matrimonial property system on present Civil law*. *Étude sur le droit de la famille*, n° 19, vol. 1, *The Korean society of family law*. 2005. p. 179-219.
- JUN Gyung-Gun. *A study on the amendment regarding matrimonial property system*. *Étude sur le droit de la famille*, n° 20, vol. 3, *The Korean society of family law*. 2006. p. 47-72.
- JUN Gyung-Gun. *Character of preserved claim of right of property distribution*. *Étude sur le droit de la famille*, n° 17, vol. 1, *The Korean society of family law*. 2003. p. 101-126.
- JUNG Bum-Suk. *L'obligation forcée de la déclaration du divorce par consentement mutuel*. *Journal légal* du 25 février 1973.
- JUNG Beum-Suk. *A study on divorce by agreement*. *Review Paradise*, vol. 10, n° 1, *Université de Kun-Kuk*. 1975. p. 40-65.
- JUNG Jou-Sou. *Problématique sur la procédure à l'égard de la déclaration du divorce par consentement mutuel par les époux*. *Bub-Jo*, n° 32, vol. 10, avril 1983. p. 76-87. 1598-4729
- JUNG Hyun-Soo. *La limite d'acceptation de la demande en divorce du conjoint fautif*. *Étude légale*, n° 15, vol. 1, *Recherche de droit d'université de Chung-Nam*. 2004. p. 169-189.
- KANG Ji-Won. *Recent issues on child support enforcement system*. *Forum santé et bien-être*, n° 168, *Recherche de santé et de bien-être*. 2010. p. 90-101. 1226-3648
- KANG Young-Ho. *La demande en divorce du conjoint sur faute*. *Jurisprudence administrative*, n° 18, vol. 5, *Institut sud-coréen de jurisprudence administrative*. 1987. p. 521-534. 1225-4347

- KANG Seung-Mook. *A study on the separation and the divorce of the right to use of matrimonial residence. Les thèses légales, n° 26, vol. 1, Institut de droit de l'université de Han-yang, 2009. p. 547-565. 1225-228x*
- KANG Hee-Kyung. *Unhealthiness of the « Healthy Home » discourse. Economie et société, n° 65, Recherche de critique et de société. 2005. p. 155-178. 1227-1373*
- KIM Ae-Sil, Moun-Jo KIM et Jou-Sook KIM. *La valeur des travaux à domicile - l'enquête avec les femmes de Seoul -. Étude pour les femmes, n° 2, Korean development womens's istitute. 1986. p. 127-135. 1226-3117*
- KIM Chul-Ja. *La demande en divorce et le divorce-faillite. Étude sur le droit de la famille, n° 12, The korean society of family law. 1998. p. 247-282.*
- KIM Eun-A. *A special feature of the divorce system in the early Joseon. Étude légale, n° 28, Centre de recherche de droit. 2007. p. 207-226. 1229-3113*
- KIM Eun-A. *Essence of parental right and problems for exercise in parent right. Les thèses légales, n° 26, vol. 2, Institut de droit de l'université de Han-Yang. 2009. p. 258-271. 1225-228x*
- KIM Hong-Young. *Monthly salary including the severance pay - Case review at Seoul high court 2007. 11. 30, 2006na86698 -. L'étude du travail, Institut de travail de l'université de Seoul. 2008. p. 35-57*
- KIM Hyun-Che. *La signification, le statut, le caractère de chaque numéro de l'article 840 du code civil : l'étude sur la cause de divorces contentieux. Jurisprudence administrative, n° 3, Institut sud-coréen de jurisprudence administrative. 1973. p. 346-368. 1225-4347*
- KIM Jeong-Oh. *Critical, structural analysis of legal argument : A constitutional case of the punishment of adultery (89hunma82). L'étude philosophique et légale, n° 4. vol. 2, Institut de philosophie. 2001. p. 299-321.*
- KIM Jin. *A study on the better device of divorce system by agreement. Étude sur le droit de la famille (n° 19, vol. 1) : The Korean society of family law. 2005. p. 235-259. 1225-1224*
- KIM Jin-Young et KO Young-Gun. *A historical psychological analysis of the primogeniture of late Joseon, dynasty. Discours 201, vol. 12, n° 1, Association de l'histoire et de la société sud-coréennes. 2009. p. 1-28.*
- KIM Jou-Sou. *L'examen de la déclaration entre le divorce par consentement mutuel et le mariage. Jurisprudence administrative, n° 4, vol. 9, Institut coréen de jurisprudence administrative. 1963. p. 47-51*
- KIM Jou-Sou. *À l'égard du divorce par consentement mutuel, Justice de droit d'université de Kyung Hee, vol. 10, n° 1, Institut de droit d'université de Kyung Hee. 1972. p. 155-161.*
- KIM Jou-Sou. *La problématique sur le droit de la famille et le registre de la famille. Jurisprudence administrative, n° 14, vol. 3, 4 et 5, Institut sud-coréen de jurisprudence administrative. 1973. p. 48-52, 43-48 et 39-44.*
- KIM Jou-Sou. *La révocation de fidéicommiss nominal et la dévolution des biens. Gosiyengou : Pratique des concours des avocats, n° 264, 1996. p. 157-166.*
- KIM Jou-Sou. *Retrospect of family law and its emerging agenda. Étude sur le droit de la famille, n° 23, vol. 1, The Korean society of family law. 2009. p. 1-26.*
- KIM Jou-Young, SONG Jin-Gyung, et SHIN So-Jung. *Étude comparative sur le changement des caractères du divorce les années 70, 80, et 90. Management familial, vol. 15, Institut du management familial de l'université de Sungkyunkwan. 1996. p. 221-244.*
- KIM Mae-Kyung. *Comment va-t-on changer le divorce par consentement mutuel ?. Conciliation familiale, n° 7, Consultants du tribunal familial de Séoul. 2005. p. 32-56.*
- KIM Mae-Kyung. *The reform of the procedure of consensual divorce. Étude sur le droit de la famille, n° 20, vol. 3. The Korean society of family law. 2006. p. 1-46. 1225-1224*
- KIM Myeong-Sook. *Le droit des enfants, L'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant. Droit d'ANAME, n° 28, Recherche de droit d'ANAME. 2009. p. 73-114. 1226-6159*
- KIM Myeong-Sook. *Review on the Korean Marital Property Regime. Revue légal de Korea, n° 56, Institut légal d'université de Korea. 2010. p. 221-260. 1598-1584*

- KIM Ou-Duk. *Review on the cause of divorce to be supported to the bankruptism. Droit privé, n° 6, Centre de recherche du droit privé.* 1986. p. 383-426
- KIM Ou-Duk. *Considération comparative sur les causes du divorce. Droit privé, n° 11 et 12, Centre de recherche du droit privé.* 1995. p. 443-471. 1226-5004
- KIM Sam-Hwa. *La revendication sur la répartition des biens. Les droits de l'homme et la justice, n° 180, Conseil des avocats.* 1991. p. 26-41.
- KIM Sang-Mook et YOUN Sung-Ho. *Le régime matrimonial en Code civil. Étude légale, n° 24, Centre de recherche de droit.* 2006. p. 125-146. 1229-3113
- KIM Sang-Yong. *Les quelques controverses du Code civil à l'égard des décisions de l'autorité parentale et de droit de garde des enfants. Jurisprudence administrative, n° 37, vol. 2, Institut sud-coréen de jurisprudence administrative.* 1996. p. 12-23
- KIM Sang-Yong. *Réflexion critique sur l'autorité parentale, Étude sur le droit de la famille, n° 11, The Korean society of family law.* 1997. p. 253-275.
- KIM Sang-Yong. *Le droit de la famille et la société changée. Étude légale d'université de Pusan, n° 40, vol. 1, Institut de droit d'université de Pusan.* 1999. p. 453-475. 1225-2689
- KIM Sang-Yong. *L'intérêt de l'enfant en cas de décès du parent qui exerce seul l'autorité parentale, Gosiyengou : Pratique des concours des avocats, n° 283, 1997.* p. 181-199.
- KIM Sang-Yong. *Die Einverständliche Scheidung in rechtsvergleichender Sicht - Ein Vorschlag zur Reform der koreanischen Einverständlichen Scheidung - (Le divorce par consentement mutuel dans la perspective comparative à l'égard d'une proposition de réforme de divorce). Bub-Jo, n° 53, vol. 11, 2004.* p. 5-50.
- KIM Sang-Yong. *Le déroulement historique du divorce. Chung-Ang Journal of Legal studies, n° 31, vol. 1, La presse de l'université de Chung-Ang.* 2007. p. 131-160. 1598-558x
- KIM Sang-Yong. *La société remmandant le divorce. Journal des femmes. Le 14 juin 2002 (n° 681).*
- KIM Si-Seung. *Le motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal sur les jugements. Étude juridique, n° 6, 1996.* p. 421-437.
- KIM Sook-Ja. *Le phénomène du divorce pendant les dix années dernières. L'étude sur la femme et la vie, n° 12, Institut de l'université de Myong-Ji.* 2008. p. 1-96. 1229-9804
- KIM Su-Jung. *La répartition des biens à cause de divorce. Thèse juridiques, n° 40, La presse de la bibliothèque du tribunal.* 2005. p. 552-579.
- KIM Sung-Sook. *Le divorce en début de la dynastie YI. Thèses légales, n° 4, Institut de droit d'université de Soung-Sil.* 1988. p. 15-281. 1975-0005
- KIM Sung-Tae. *A study on the present status and improvement plan for family mediation system. Thèses légales, n° 20, Institut de droit d'université de Soung-Sil.* 2008. p. 1-20. 1975-0005
- KIM Yen. *Le divorce contentieux et le majeur protégé. Étude sur le droit de la famille, n° 14, The korean society of family law.* 2000. p. 457-476.
- KIM Yong-Han. *Caractère de l'article 840 du Code civil. Bub-Jo, n° 10, 1961.* p. 68-77. 1598-4729
- KIM Yong-Han. *Interprétation de motif grave comme cause du divorce, Bub-Jo, n° 12, vol. 3, 1963.* p. 33-46. 1598-4729
- KIM Yong-Won. *Les biens à l'égard de la répartition des biens lors du divorce. Thèses légales, n° 21, Institut de droit d'université de Soung-Sil.* 2008. p. 13-37. 1975-0005
- KIM Yong-Wook. *A study on the matrimonial property system. Étude légale d'université de Pusan, n° 24, vol. 1, Institut de droit d'université de Pusan.* 1981. p. 25-42. 1225-2689
- KIM You-Mee. *A study on the division of matrimonial property in Korea. Étude sur le droit de la famille, n° 22, vol. 2, The Korean society of family law.* 2008. p. 79-110.
- KWAK Dong-Hun. *Legal relationship between children and parents after divorce. Politique légale, n° 13, Institut légal de l'université de Kyung-Bouk.* 1997. p. 19-35.
- KWON Hee-Jung. *The change of Korean family in the colonial period: focusing on divorce cases, Cross-cultural studies, vol. 11, n° 2, Institute for cross-cultural studies.* 2005. p. 30-56.

- KWON Jae-Moon. *The origin and problem of §17 of the act on procedure concerning family relations and domestic affair. Étude légale et historique, n° 29, Recherche de droit et d'histoire.* 2004. p. 251-274. 1226-2773
- KWON Yong-Woo. *A study on the guilty spouse's claim for divorce. Thèses légales, n° 33, n° 1, Institut de droit de l'université de Dan-Kook.* 2009. p. 137-178. 1738-3242
- LEE Dong-Ryul. *The principle of mandatory representation by attorney in civil litigation - focusing on unadopted draft. Justice, n° 34, vol. 6, 2001.* p. 1-15. 1598-8015
- LEE Hui-Bong. *L'étude du droit de la famille sud-coréen écrite par professeur JEONG Gwang-Hyeon. Étude légale d'université de Seoul, n° 4, vol. 2, Centre de droit de l'université de Seoul.* 1967. p. 210-218.
- LEE Hwa-Suk. *Intention and registration of legal action in family law (La volonté et la déclaration des actes juridiques). Droit privé, n° 36, Centre de recherche du droit privé.* 2007. p. 613-643. 1226-5004
- LEE Hye-Jin. *Court opinion's change in the responsible spouse's application of judicial divorce. Legal Dong-A, n° 45, Institut de droit d'université de Dong-A.* 2009. p. 229-244. 1225-3405
- LEE Hye-Jin. *The requisites for divorce by agreement and judicial proceedings correcting the defects in agreement. Legal Dong-A, n° 47, Institut de droit d'université de Dong-A.* 2010. p. 329-359. 1225-3405
- LEE Jin-Chul. *L'action en divorce et la conciliation - démolir le mur entre la pratique et la théorie-, Gosigé, n° 647, 2010.* p. 153-158. 1228-3339
- LEE Jou-Sung. *Problèmes des accusations sur l'adultère, Jurisprudence administrative, n° 3, Institut sud-coréen de jurisprudence administrative.* 1972. p. 558-572. 1225-4347
- LEE Kun-Sik. *Concrete and abstract grounds for divorce. Study of social science, n° 1, Social Science Research Institute of Yonsei University.* 1965. p. 67-85. 1225-3529
- LEE Kun-Sik. *Relative grounds of divorce. Study legal, n° 3, Institut d'étude légale d'université de Yonsei.* 1983. p. 239-254. 1226-8879
- LEE Kyung-Hee. *La perspective de filiation. Droit privé, n° 15, Centre de recherche du droit privé.* 1997. p. 443-464. 1226-5004
- LEE Ouk. *L'histoire du divorce dans la société de Joseon. Histoire ouvrant demain, n° 20, 2005.* p. 233-238. 1228-8802
- LEE Sang-Suk. *Recevabilité de la demande en divorce du conjoint sur faute -avec le Cour suprême 87m86, 22 septembre 1987-. Jurisprudence administrative, n° 29, vol. 7, Institut sud-coréen de jurisprudence administrative.* 1988. p. 56-60. 1225-4347
- LEE Seung-II. *The study on revision of Choseon civil law and change of kinship custom in colonial Korea. Etude de la culture Est-asiatique, n° 33, Institut de la culture Est-asiatique de l'université Han-Yang,* 1999. p. 187-205. 1738-933X
- LEE Seung-II. *The Joseon governor general office's policy of Joseon people registration - Changes occurred during the 1910s-, in terms of the basic registration units which comprised the civilian registers and residence registration charts (Legislative policy of the government-general in the 1910s). La société et l'histoire, n° 67, Institut de la société et l'histoire sud-coréenne.* 2005. p. 6-40. 1226-5535
- LEE Seung-Ou. *La contribution et l'entretien pour l'époux divorcé. Étude sur le droit de la famille, n° 12, vol. 3, The korean society of family law.* 1998. p. 567-582. 1225-1224
- MIN You-Sook. *The desirable form of legislation on property division at divorce. Étude sur le droit de la famille, n° 15, vol. 2, The korean society of family law.* 2001. p. 91-122.
- MYUNG Soun-Gou. *La demande en divorce est un droit formatif?. Justice, n° 34, 2000.* p. 260-291. 1598-8015
- NHO Seung-Mi. *La solution et réflexion sur le divorce. Travail social, n° 8, La faculté des sciences humaines de l'université E-Wha.* 1973. p. 43-67.
- OH Sang-Jin. *Le divorce entre faillite et pour faute sur ses causes : La problématique sur le tribunal familial, Les matériaux juridiques, n° 101, 2003.* p. 154-167.

- OH Sang-Jin. *Property division at divorce in case debts exceeds assets. Étude sur le droit de la famille, n° 18, vol. 2, The korean society of family law.* 2004. p. 112-148.
- PAK Jong-Yong. Le critère de permettre pour le conjoint fautif -La Cour suprême, 2004m1033, le 24, septembre, 2004-, *Étude sur le droit de la famille, n° 20, vol. 1, The korean society of family law.* 2006. p. 321-354.
- PARK Hong-Jou et LEE Eun-A. *Les responsabilités, travail, et famille pour les femmes mariées comme travailleuse, L'étude des femmes, n° 20, vol. 2, Institut des recherches des femmes.* 2004. p. 131-165.
- PARK Se-Young. *Responsabiliser conjointement l'autorité parentale et le droit de garde de l'enfant. L'article du 23 avril 2010 sur HERALD MEDIA.*
- PARK Sun-Young. *La réforme du divorce et du régime matrimonial. Thèses Progressives, n° 30, 2006.* p. 303-317. 1228-7024
- SEOK Dong-Hyun. *The outline of Korean nationality law relating to the 4th amendment in 1997. Justice, n° 32, vol. 2, 1999.* p. 140-181. 1598-8015
- SEONG Youn-Hwan. *A divorce suit and an effect of complaint of adultery. Chung-Ang Journal of Legal studies, n° 9, vol. 2, La presse de l'université de Chung-Ang.* 2007. p. 173-187. 1598-558x
- SHIN Dong-Woon. *L'étude sur l'adultère et l'avortement du point de vue de la réforme du droit pénal en Corée du Sud. La politique de droit pénal, n° 90-22, Centre de recherche de politique pénale.* 1990. p. 7-262.
- SHIN Young-Ho. *La demande en divorce du conjoint sur faute. Revue légale de Korea, n° 42, Institut légal d'université de Korea, 2004,* p. 31-52. 1598-1584
- SONG Gi-Hong. *Étude sur l'article 840, numéro 6 du Code civil, Jurisprudence administrative, n° 24, Institut sud-coréen de jurisprudence administrative.* 1983. p. 337-358. 1225-4347
- SONG Gi-Choun et LEE Jung-Won. *Réfléchi pénal et constitutionnel sur l'abrogation de la condamnation pénale pour l'adultère. Étude de Constitution, vol. 10, n° 2.* 2004. p. 20-34.
- SU Young-Bai. *La demande en divorce-faillite par le conjoint fautif. Étude de droit, n° 3, Institut de droit d'université de Kyung-Sang.* 1992. p. 9-30. 1975-2784
- SUNG Jung-Hyen, SONG Da-Young, JUNG Mi-Sook, HAN Jung-Won et KIM Jin. *Provision of childcare expenses for one - parent families through case studies of divorce suits. Bien-être social, n° 53, Korean academy of social welfare.* 2001. p. 27-55. 1229-5132
- WON Young-Sou. *La problématique du régime matrimonial sud-coréen et la solution - réflexion du statut social des femmes -. Étude des femmes asiatiques, n° 31, Institut des affaires pour les femmes asiatiques de l'université des femmes de Souk-Myung.* 1992. p. 95-118.
- YANG Sou-San. *L'autorité parentale et son exercice. Étude sur le droit de la famille, n° 10, vol. 2, The korean society of family law.* 1996. p. 331-350
- YOON Bu-Chan. *A study on visitation right of grandparents. Droit privé, n° 38, Centre de recherche du droit privé.* 2007. p. 528-545. 1226-5004
- YOUN Jun-Beun. *L'étude sur la demande en divorce du conjoint sur faute. Revue de science sociale, n° 11. Recherche de science sociale d'université de Seo-Kyung.* 1998. p. 109-143.
- Rainer FRANK. *Grundprobleme des elterliche sorge reche (Problèmes fondamentales à propos de l'autorité parentale) : Article traduit par Chang-Su YANG et Sang-Yong KIM. Étude légale d'université de Seoul, n° 37, Centre de droit de l'université de Seoul.* 1996. p. 77-92.

Note jurisprudentielle française

- Cass. ch. Réunies, 21 juin 1892, *D.* 1892.I.369, Rapport LEROUVERADE, concl. RONJAT.
- Cass. req., 3 août 1937, *DH* 1937.517 ; Paris, 23 juin 1909, *DP* 1910.2.143.
- Civ. 17 mai 1938, *DH* 1938.465, *RTC civ.* 1938.771, obs. G. LAGARDE.
- Req. 17 mars 1943, *S.* 1943.I.107, *RTD civ* 1943.251, obs. G. LAGARDE.
- Civ. 28 février 1950, *D.* 1950.299.

- Civ. 7 mai 1951, *D.* 1951.472.
- Civ. 2^e, 28 novembre 1951, *JCP* 1952II6727 ; 13 février 1963, *Bull. civ. II*, n° 137 ; 6 mai 1964, *Bull. civ.* n° 347.
- Colmar, 13 mars 1954, *D.* 1954.373.
- Civ. 2^e, 11 juin 1954, *D.* 1954.566.
- Civ. 2^e, 5 juillet 1956, *D.* 1956.609 ; 12 mai 1960, *Bull. civ. II*, n° 309.
- Civ. 4 jan. 1958, *Bull. civ. II*, n° 9 ; Civ. 2^e, 3 jan. 1964, *Bull. civ. II*, n° 4.
- Nancy, 12 mai 1958, *RTD civ.* 1958.585, obs. H. DESBOIS.
- Civ. 2^e, 5 octobre 1960, *Bull. civ. II*, n° 533 ; 19 janvier 1961, *Bull. civ. II*, n° 55 ; 16 octobre 1964, *Bull. civ. II*, n° 624 ; 12 février 1987, *Gaz. Pal.* 1987. Pan. 217.
- Niort, 21 novembre 1960, *D.* 1961. 247.
- Civ. 2^e, 4 avril 1962, *Bull. civ. II*, n° 370 ; Paris, 10 février 1998, *Dr. fam.* 1998, n° 159, 2^e esp., obs. H. LÉCUYER.
- Civ. 2^e, 31 octobre 1962, *Bull. civ. II*, n° 683.
- Civ. 2^e, 7 novembre 1962, *Bull. civ. II*, n° 699.
- Civ. 2^e, 5 décembre 1962, *Bull. civ. II*, n° 772 ; 22 mai 1963, *Bull. civ. II*, n° 368.
- Civ. 2^e, 11 avril 1964, *Bull. civ. II*, n° 276.
- Civ. 2^e, 7 janvier 1970, *Bull. civ. II*, n° 2.
- Civ. 2^e, 3 juin 1970, *Bull. civ. II*, n° 196), R. PERROT, obs. *RTD civ.* 1981.699 et 1983.199.
- Crim. 12 octobre 1971, *Gaz. Pal.* 1972.1.19.
- Civ. 2^e, 2 février 1972, *D.* 1972.295.
- Colmar, 11 juillet 1974, *D.* 1975.540, note C.I. FOULON-PIGANOOL ; *RTD civ.* 1975.293, obs. R. NERSON ; Aix-en-Provence, 22 février 1982, *JCP*, éd. N, 1983.II.58, note P. RÉMY.
- Civ. 2^e, 3 mars 1976, *JCP* 1976.IV.233).Paris, 18 juin 1955, *D.* 1956.8, obs. A. BRETON.
- Civ. 1^{re}, mai 1976, *D.* 1976. IR. 226.
- TGI Paris, 18 janvier 1977, *JCP* 1977, II, 18600.
- Civ. 2^e, 12 octobre 1977, *Bull. civ. II*, n° 196.
- Civ. 3^e, 12 octobre 1977, *D.* 1978.333, note CHARTIER, *RTD civ.* 1979, p. 584, obs. NERSON.
- Paris 30 juin 1978, *D.* 1981. IR. 78, obs. A. BRETON ; CHAMBÉRY, 29 mai 1984, *JCP* 1985.II.20347.
- Civ. 2^e, 28 mars 1979, *D.* 1980.297 et *Defrénois* 1980, art. 32324, note J. MASSIP ; *JCP* 1979.II.19231. note R. LINDON ; *RTD civ* 1980, 557, obs. A. NERSON et R. RUBELLION-DEVICHI.
- Civ. 2^e, 11 juillet 1979, *Bull. civ. II*, n° 208, n° 206 ; *JCP* 1980.II.19400, note R. LINDON ; *D.* 1981. IR. 70, note A. BRETON.
- Paris, 9 mars 1979, *D.* 1979.471, note J. MASSIP ; 22 octobre 1980, *D.* 1981. IR. 68.
- Versailles, 2 avril.1979, *D.* 1981. IR. 78, obs. A. BRETON. Req. 14 mai 1923. *DP.* 1924.1.76.
- Versailles, 5 juin 1979, *D.* 1981. IR.78, obs. A. BRETON.
- Civ. 2^e, 16 janvier 1980, *Bull. civ. II*, n° 10 ; Civ. 1^{re}, 25 avril 2007, *D.* 2008. Pan. 815, obs. G. SERRA et L. WILLIATTE-PELLETTERI ; *RTD civ.* 2007.552, obs., J. HAUSER.
- Civ. 2^e, 30 jan. 1980, *Bull. civ. II*, n° 17 ; *JCP* 1981.II.19521, note R. LINDON ; *Defrénois* 1980.1206, note J. MASSIP ; *D.* 1981. IR. 70, note A. BRETON.
- Civ. 2^e, 23 avril 1980, *Bull. civ. II*, n° 80. *Gaz. Pal.* 1981.1.89, note par J. MASSIP.
- Civ. 2^e, 2 octobre 1980, *Bull. civ. II*, n° 193 ; *D.* 1981. IR. 70, note A. BRETON.
- Civ. 2^e, 29 octobre 1980, *Bull. civ. II*, n° 227 ; 24 février 1982, *D.* 1983. IR. 38, obs. J.-Cl. GROSLIÈRE.
- Paris, 10 février 1981, *Gaz. Pal.* 1981, somm. p. 203 ; *D.* 1981, 443, note R. LINDON ; *JCP.*1981, II, 10264, note D. HUET-WEILLER, *RTD civ.*, 1981, 623, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI.

- Civ 2^e, 13 novembre 1981, *Bull. civ. II*, n° 303 ; *Defrénois* 1992.721, obs. J. MASSIP ; 18 mars 1992, *Bull. civ. II*, n° 90 ; *Defrénois* 1993.644, note L. FORGEARD.
- Civ. 1^{re}, 17 novembre 1981, D. 1982.573, note P. GUIHO ; *JCP* 1982.II.19842, note M. GOBERT ; *Defrénois* 1982, art. 32967, n°79, note J. MASSIP ; *Rev. Crit. DIP* 1982.669, note J. FOYER
- Civ. 2^e, 21 avril 1982, *RTD civ.* 1984.114, obs. G. DURRY ; 21 novembre 1990, *Bull. civ. II*, n° 239 ; D. 1991.434, note E. AGOSTINI.
- Cass. Civ. 2^e, 16 juillet 1982, *Bull. civ. II*, n° 106, p. 78 ; *JCP* 1982, IV, 338.
- Cass. civ. 2^e, 29 septembre 1982, *Bull. civ. II*, n° 116 ; *Defrénois* 1983, art. 33133, n° 75, obs. J. MASSIP.
- Basse-Terre, 26 octobre 1982 : D. 1983, p. 92, note GROSLIÈRE.-24 janvier 1983 : *JCP* 1983, II, 20001.
- Civ. 2^e, 15 décembre 1982, *Bull. civ. II*, n° 164.
- Civ. 2^e, 19 janvier 1983, *Bull. civ. II*, n° 12.
- Civ. 2^e, 3 mars 1983, *Bull. civ. II*, n° 65 ; D. 1983. IR. 137.
- Cass. civ. 2^e, 21 mars 1983, *Bull. civ. II*, n° 86 ; D. 1984,53, note T. MOUSSA ; *JCP G* 1984, II, 20163, note A. DEKEUWER ; *Defrénois* 1983, art. 33174, n° 119, obs. J. MASSIP ; *RTD civ.* 1984,95, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.
- Poitiers, 30 mars 1983, *JCP* 1984.IV.328.
- Cass. 2^e civ. 26 janvier 1984, *JCP* 1984, II, 20310, obs. A. BLAISSE.
- Civ. 2^e, 5 juin 1984, *Bull. civ. II*, n° 106 ; 27 janvier 2000, *Bull. civ. II*, n° 17.
- Civ. 2^e, 2 mai 1984, *JCP* 1985 II, 20412, note J. RUBELLIN-DEVICHI.
- Cass. civ. 2^e, 27 juin 1985, *Bull. civ. II*, n° 131 ; D. 1996, somm. 67, obs. E. BLARY-CLÉMENT ; D. 1986.230, note C. PHILLIPPE ; *RTD civ.* 1987.298, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.
- Paris, 13 février 1986, *Gaz. Pal.* 1986.216.
- Paris, 13 février 1986. *Gaz. Pal.* 1986.1.216.
- Civ. 2^e, 5 février 1986, *Bull. civ. II*, n° 9 ; 25 novembre 1999, *RTD civ.* 2000.90, obs. J. HAUSER.
- Civ. 2^e, 21 juillet 1986, D. 1987, som. 275, obs. J.-CL. GROSLIÈRE.
- Civ. 2^e, 8 octobre 1986, *Bull. civ. II*, n° 144.
- Civ. 2^e, 26 novembre 1986, *Bull. civ. II*, n° 174.
- Civ. 2^e, 15 janvier 1987, *Bull. civ. II* n° 8.
- Versailles, 27 février 1987, *Gaz. Pal.* 1987. Som. 398.
- Civ. 2^e, 6 mars 1987, D. 1987.358, note GROSLIERE.
- Versailles, 26 mars 1987, *Gaz. Pal.* 1987. Som. 398.
- Cass. civ. 2^e, 1^{er} avril 1987, *Bull. civ. II*, n° 77.
- Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1987, *Bull. civ.* 1988, 122 note M. GRIMALI ; *Defrénois* 1988, art. 34133, p. 41, note M. GRIMALI ; *RTD civ.* 1988, 559, note J. PATARIN.
- Cass. 2^e civ. 16 juillet 1987, D. 1987, Jur. p. 582, note J.-C. GROSLIERE ; 4 octobre 1995, *Defrénois* 1996, p. 1344.
- CEDH 18 décembre 1987, *RTD civ.* 1989.408, obs. O. GUILLOD et Ph. SCHWEIZER.
- Civ. 2^e, 21 mars 1988, *Bull. civ. I* n° 74 – 10 mais 1991, *Bull. civ. II* n° 140.
- ; Civ. 2^e, 15 juin 1988, *Bull. civ. II*, n° 146 ; 12 décembre 1994, *Bull. civ. II*, n° 262.
- Civ. 2^e, 12 octobre 1988, *Bull. civ. II*, n° 195.
- Civ. 2^e, 2 mars 1989, *Bull. civ. II*, n° 125 ; Civ. 2^e, 7 juin 1990, *Bull. civ. II*, n° 125 ; *Defrénois* 1991.288, obs. J. MASSIP.
- Civ. 1^{re}, 29 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 19 ; D. 2000. AJ. 103, obs. A. BÉNABENT ; AUDIJUDRIS 1990, n° 1-2, p. 7, obs. P. COURBE.

- Civ 2^e, 11 octobre 1989, *Bull. civ. II*, n° 168 ; 17 mars 1993, *Bull. civ. II*, n° 111 ; *Audijuris* 1993, n° 33, p. 8, obs. P. COURBE ; 5 janvier 1994, *Bull. civ. II*, n° 5 ; *Audijuris* 1994, n° 41-42, p. 13, obs. P. COURBE ; 26 juin 1996, *Bull. civ. II*, n° 184 ; 10 mars 1998, *D.* 1998.601, note J. MASSIP ; *RTD civ* 1998.888, obs. J. HAUSER.
- Civ. 2^e, 11 octobre 1989, *Bull. civ. II*, n° 179 ; *Defrénois* 1990.298, obs. J. MASSIP.
- Paris, 31 octobre 1989, *D.* 1990, somm. 115, obs. A. BÉNABENT.
- Paris, 7 mars 1990, *Gaz. Pal.* 23 janvier 1991, p. 20.
- Civ. 2^e, 3 octobre 1990, *Bull. civ. II*, n° 177 ; *D.* 1992. Somm. 219, obs. F. LUCET.
- Paris, 10 octobre 1990, *D.* 1990. IR. 265. 275.
- Civ. 2^e, 16 janvier 1991, *Bull. civ. II*, n° 18.
- Civ. 2^e, 25 mars 1991, *Bull. civ.* ; II, n° 99).
- Civ. 2^e, 13 novembre 1991, *Bull. civ.* n° 303 ; *Defrénois* 1992, art.32595, n°43, obs. J. MASSIP.
- Civ. 2^e, 11 déc. 1991, *Bull. civ. II*, n° 343 ; *Defrénois* 1992.724, obs. J. MASSIP.
- Civ. 1^{re}, 5 février 1992, *Bull. civ. I* n° 52.
- Civ. 1^{re}, 31 mars 1992, *Bull. civ. I* n° 97 ; *RTD civ.* 1993.105, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1^{re}, 20 janvier 1993, *Bull. civ. I* n° 22.
- Civ. 1^{re}, 5 avril 1993, *Bull. civ. I*, n° 139 ; *Defrénois* 1993.1365, obs., J. MASSIP ; *Audijuris* 1993, n° 33, p. 3, obs. P. COURBE.
- Civ. 1^{re}, 5 1993, *Bull. civ. I*, n° 139-civ. 1^{re}, 31 janvier 2006 n° 02-18297.
- Civ. 2^e, 25 mai 1994, *Bull. civ. II*, n° 137 ; *JCP* 1995.I.3816, obs. F. FERRÉ-ANDRÉ.
- Civ. 1^{re}, 1 juin 1994 ; *D.* 1995.225, note LE GUIDEC.
- Civ. 1^{re}, 18 octobre 1994, *Bull. civ. I* n° 292 ; *RTD civ.* 1995. 337, obs.
- TGI Châteauroux, 26 septembre 1995, *JCP* 1996.II.22605, note critique RUET.
- Cass. civ. 2^e, 29 janvier 1997, *Bull. civ. II*, n° 28 ; *D.* 1997.296, n. crit. A. BÉNABENT.
- Civ. 2^e, 23 mars 1997, *Bull. civ. II*, n° 93 ; *D.* ; 1998.5, obs. A. MEERPOEL.
- Civ. 1^{re}, 25 mars 1997, n° 75, p. 5, obs. P. COURBE ; *Defrénois* 1997.1083, obs. G. CHAMPENOIS
Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, *Bull. civ. I*, n° 163, *JCP* 1997,I.4054, n° 14, obs. PETEL, *Dr. fam.* 1997, n° 122, note LECUYER.
- Toulouse, 29 octobre 1997, *Dr. Famille* 1998, n°51, n. H. LECUYER.
- Cass.civ. 2^e, 14 janvier 1998, *Bull. civ. II*, n° 13 ; *Dr. Famille* 1998, n° 64, n. H. LÉCUYER ; *Defrénois* 1998, 1387, obs. J. MASSIP ; *RTD civ.* 1998, 349, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1^{re}, 10 février 1998, *Dr. famille* 1998. n° 53, note H. LECUYER.
- Civ. 2^e, 27 mai 1998, *RTD civ.* 1998.661, obs. J. HAUSER ; 24 février 2000, *Dr. fam.* 2000, n° 57, note H. LÉCUYER.
- Civ. 2^e, 30 septembre 1998, *Bull. civ. II*, n° 250 ; *Dr. fam.* 1999, n° 6, obs. H. LÉCUYER ; *RTD. civ.* 1999, 71, obs. J. HAUSER.
- Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 1998, *Defrénois* 1999,935, obs. J. MASSIP.
- Civ. 2^e, 25 novembre 1999, *Bull. civ. II* n° 177 ; *Defrénois* 2000.1051, note MASSIP ; *Dr. famille* 2000. n° 22, note H. LECUYER.
- Civ 1^{re}, 25 janvier 2000, *Bull. civ. I*, n° 19 ; *D.* 2000. AJ. 103, obs. A. LIENHARD ; *Dr. fam.* 2000, n° 48, note H. LÉCUYER. Adde : *RTD civ.* 2000.553, obs. J. HAUSER ; *Com.* 26 avril 2000, *D.* 2000. AJ. 263, obs. A. LIENHARD.
- CA Paris 4 mai 2000, *Dr. famille* 2001, n° 39, note H. LECUYER.
- Nîmes, 7 juin 2000, *Dr. Famille* 2000, n°4, n. H. LECUYER ; *RTD civ.* 2001, 335, obs. J. HAUSER
- Civ. 2^e, 30 novembre 2000, *D.* 2001. IR. 41 ; *RTD civ.* 2001.114, obs. J. HAUSER.
- Civ. 2^e, 30 novembre 2000, *Bull. civ. II*, n° 157. Civ. 2^e, 29 mars 1989. *D.* 1989. IR. 122.
- Civ. 2^e, 13 décembre 2000, *RJPF* 2001 2 29.

- Cass. 2^e civ. , 2 mai 2001 : Dr. fam. 2001, comm. 78, note H. LÉCUYER.
- Civ. 2^e, 5 juillet 2001, *Bull. civ. II*, n° 129 ; *Defrénois* 2001, 1349 obs. J. MASSIP.
- Civ. 2^e, 7 mars 2002, *RTD civ.* 2002.275, obs. J. HAUSER.
- Cass. civ. 2^e, 28 mars 2002, *Bull. civ. II*, n° 58 ; *Dr. fam.* 2002, n° 71, obs. H. L ; *JCP G* 2003, II, 10044, note T. GARÉ ; *Gaz. Pal.* 2002, 2.
- CA Nîmes, 3 juillet. 2002, *AJ famille* 2002, p. 339, obs. F. B.
- CA Riom, 25 juin 2002, *Juris*.
- Civ. 1^{re}, 12 septembre 2002, *Bull. civ. II*, n° 180 ; *Defrénois* 2003.117, obs. J. MASSIP ; *Dr. fam.* 2003, n° 26, note H. LÉCUYER ; *RTD civ.* 2002.784, obs. J. HAUSER.
- CA Pau 14 octobre 2002, *AJ famille* 2003, p. 105.
- Civ. 2^e, 14 novembre 2002, *Bull. civ. II*, n° 256.
- Civ. 1^{re}, 3 juin 2003, *Bull. civ. I*, n° 144 ; *D.* 1900. Somm. 115, obs. A. B2655, note P.-G. MARLY.
- Com. 8 oct. 2003, *Bull. civ. IV*, n° 151 ; *D.* 2003. AJ. 2637, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2004. Somm. 54, obs. F.-X. LUCAS ; *AJ famille* 2004.23, obs. S.D ; *Dr. fam.* 2003, n° 132, note H. LÉCUYER.
- Cass. Civ. 1^{re}, 28 octobre 2003, *Bull. civ. I*, n° 215, p. 169 ; art. 37867, *Defrénois*, 2004, n° 8, p. 143, obs. J. MASSIP.
- Civ. 1^{re}, 3 février 2004, *Bull. civ. I* n° 37.
- Civ. 1^{re}, 14 février 2004, *Bull. civ. I*, n° 71 (*Dr. fam.* 2006, n° 90, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE
- CA Paris du 4 mars 2004.
- CA Paris, 4 mars 2004, *Gaz. Pal.*, 25-27 Avril 2004, p. 3 et s, note J. MASSIP.
- Civ. 1^{re}, 3 février et 14 décembre 2004, *Bull. civ. I* n° 30 et 325 – 8 février 2005, *Bull. civ. I* n° 70.
- Civ. 1^{re}, 14 décembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 1866 ; *JCP éd. G* 2005, IV, n° 1214 ; Civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, *JCP G* 2005, IV, n° 2967 ; *Dr. fam.* 2005, n° 212, obs. V. LARRIBAU- TERNEYRE.
- Civ. 1^{re}, 11 janvier 2005, *Bull. civ. I*, n° 13.
- Civ 1^{re}, 11 janvier 2005, *Bull. civ. I*, n° 16 ; *Defrénois* 2005.1050, obs. J. MASSIP.
- Civ. 1^{re}, 11 janvier 2005, *D.* 2005.242 et s ; *D.* 2006. Pan. 337, obs. L. WILLIATTE-PELLITTERI ; *AJ famille* 2005.320, obs. S. DAVID ; *RTD civ.* 2005.370, obs. J. HAUSER ; Plusieurs arrêts rendus le 11 janvier 2005.
- Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 145 ; *Defrénois* 2005.1343, note J. MASSIP.
- Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 146 ; *Dr. fam.* 2005, comm, n° 55, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.
- Cass. civ. 1^{re}, 19 avril 2005, *Bull. civ. I*, n° 732, 733 et 734 ; *Defrénois* 2005.1352, note J. MASSIP.
- CA Orléans, 10 mai 2005, *Dr. fam.* 2006, n° 57, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.
- Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 213 ; *Defrénois* 2005, 1342, n. J. MASSIP.
- Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 233 ; *Defrénois* 2005.1846, note J. MASSIP.
- CA Metz, 28 juin 2005, *JCP* 2006.IV.1717Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, *Bull. civ. I*, n° 308 ; *Defrénois* 2006.346, note J. MASSIP.
- Civ. 1^{re}, 4 octobre 2005, n° 04-12755.
- Caen, 5 janvier 2006, *Dr. fam.* 2006, n° 149.
- Civ. 1^{re}, 14 février et 28 mars 2006, *D.* 2007.616, obs. G. SERRA.
- Civ. 1^{re}, 28 février 2006, *Bull. civ. I* n° 112.
- Civ. 1^{re}, 28 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 113 ; *Dr. fam.* 2006, n° 91.
- Civ. 1^{re}, 23 mai 2006, *D.* 2007.609, obs. L. WILLIATTE-PELLITTERI.
- Civ. 1^{re}, 11 juin 2006, *Bull. civ. I* n° 380 ; *Defrénois* 2006.1773, note J. MASSIP ; *RTD civ.* 2006.743, obs. J. HAUSER
- Cass. civ. 1^{re}, 12 décembre 2006, *Dr. fam.* 2007, comm. n° 62, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

- Civ. 1^{re}, 9 janvier 2007 ; Dr. fam. 2007, n° 37, note V. LARRIBAU- TERNEYRE ; AJ fam. 2007, p. 272, note S. DAVID ; RTD civ 2007, p. 321, note J. HAUSER.
- Civ. 1^{re}, 25 avril 2007, *Bull. civ.* I n° 161 ; *RTD civ.* 2007.552, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2007 n° 127, obs. LARRIBAU-TERNEYRE.
- Civ. 1^{re}, 17 octobre 2007, *D.* 2008.200, note G. RAOUL-CORMEIL.
- Civ. 1^{re}, 17 octobre 2007, *D.* 2008.807.
- Civ. 1^{re}, 17 octobre 2007, *D.* 2008. Pan. 808, obs. G. SERRA et L. WILLIATTE-PELLITERI.
- Montpellier, 5 févr. 2008, RG n° 07/02030, *AJ fam.* 2009. 394, obs. S. DAVID ; *D.* 2009. Pan. 838, obs. G. SERRA.
- Paris, 20 février 2008, Dr. fam. 2008 n° 55, obs. V. LARRIBAU- TERNEYRE ; *D.* 2009.1897 obs. C. Le Douaron ; *AJ fam.* 2009. 347, obs. David.
- Paris, 14 janv. 2009, *Dr. fam.* 2009. Comm. 54 (1re esp), note V. LARRIBAU- TERNEYRE.
- Reims, 27 février 2009, JCP 2009 n° 25 p. 20, note GARÉ.
- Civ. 1^{re}, 28 octobre 2009, *D.* 2009.2744, note EGEEA.
- Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2009, n° 08-17.825, *Bull. civ.* I, n° 145 ; *D.* 2009. AJ 1897, obs. C. LE DOUARON ; *AJ fam.* 2009. 347, obs. S. DAVID ; *RTD civ.* 2009. 705, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2009-11/25, obs. T. GARE ; *Dr. fam.* 2009. Comma. 103, note V. LARRIBAU- TERNEYRE ; *RLDC* 2009/64, n° 3583, obs. E. POULIQUEN ; *adde* D. PIWANICA, *Les dommages et intérêts de l'article 266 du code civil dans la loi du 26 mai 2004*, JCP n° 45, 2009. 407.
- Civ. 1^{re}, 14 octobre 2009, n° 08-20037 ; J. Hauser, Les dommages-intérêts nouveaux sont arrivés !, *RTD Civ.* 2009, p. 705.
- Bordeaux 24 novembre 2009, RG n° 08/07378, *Dr. fam. février* 2010, n° 19, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.

Note jurisprudentielle sud-coréenne

- La Cour suprême 4280minsang37, 6 mai 1947.
- La Cour suprême 4290minsang828, 16 octobre 1958.
- La Cour suprême 4291minsang350, 7 mai 1959.
- Le tribunal de Seoul 4293minje 555, 25 juillet 1960.
- La Cour suprême 4293minsang536, 27 avril 1961.
- Le tribunal de Seoul 4294 minje116, 16 janvier 1962.
- La Cour suprême 4293minsang694, 18 janvier 1962.
- La Cour suprême 62na445, 4 octobre 1962.
- La Cour suprême 62da812, 31 janvier 1963.
- Le tribunal de Jeju 63gahap 19, 9 juillet 1963.
- La Cour suprême 63da740, 28 avril 1964.
- Le tribunal familial de Seoul 64de391, 29 septembre 1964.
- Le tribunal familial de Seoul 64de302, 9 février 1965.
- Le tribunal familial de Seoul 64de443, 29 février 1965.
- Le tribunal familial de Seoul 64de57, 19 mars 1965.
- Le tribunal familial de Seoul 64de610, 13 juillet 1965.
- Le tribunal familial de Seoul 65de335, 13 juillet 1965.
- La Cour suprême 65m37, 21 septembre 1965.
- La Cour suprême 65da1582 et 1583, 9 novembre 1965.
- La Cour suprême 65m56 et 57, 13 janvier 1966.
- La Cour suprême 65m50, 31 janvier 1966.

- La Cour suprême 65m65, 31 janvier 1966.
- La Cour suprême 66m9, 28 juin 1966.
- La Cour suprême 66do790, 6 septembre 1966.
- La Cour d'appel de Dai-Gou, 66r661, 21 octobre 1966.
- La Cour suprême 67da99, 25 avril 1967.
- La Cour suprême 67m12, 21 juin 1967.
- La Cour suprême 67m12, 27 juin 1967.
- La cour suprême 67m34, 27 février 1968.
- La Cour suprême 68m5, 5 mars 1968.
- La Cour suprême 69m1, 4 avril 1969.
- La Cour suprême 68m29, 25 mars 1969.
- La Cour suprême 69m17, 19 août 1969.
- La Cour suprême 69m18, 19 août 1969.
- La Cour suprême 69m31, 9 décembre 1969.
- La Cour suprême 69m13, 24 février 1970.
- La Cour suprême 69m37, 28 avril 1970.
- La Cour suprême 71 m 1, 23 février 1971.
- La Cour suprême 71m41, 23 mars 1971.
- La Cour suprême 71m18, 8 juin 1971.
- La Cour suprême 71m17, 6 juillet 1971.
- Le tribunal familial de Seoul 71de2558, 31 août 1971.
- La Cour suprême 71de20, 31 août 1971.
- La cour suprême 71m34, 28 septembre 1971.
- La Cour suprême 71 m 32, 12 octobre 1971.
- La Cour suprême 71le71, 5 septembre 1972 ; Le journal de la Cour suprême 14 mars 1977, n°1195.
- La Cour suprême 73m29, 11 juin 1974.
- La Cour suprême 74m1, 22 octobre 1974.
- La Cour suprême 75 do 1449, 24 juin 1975.
- La Cour suprême 75do1712, 19 août 1975.
- La Cour suprême 74 do 2577, 25 novembre 1975.
- la Cour suprême 66da2542, 7 février 1976.
- La Cour suprême 76 do 1278, 8 juin 1976.
- La Cour suprême 76 m 10, 14 décembre 1976.
- La Cour suprême 76m37, 12 avril 1977.
- La Cour suprême. 78m27, 26 décembre 1978.
- La Cour suprême 78m34, 13 février 1979.
- La Cour suprême 81m26, 14 juillet 1981.
- La Cour suprême 80m9, 13 octobre 1981.
- La Cour suprême 81do1975, 13 octobre 1981.
- La Cour suprême 81m48, 8 décembre 1981.
- La Cour suprême 80m60, 11 mai 1982.
- La Cour suprême 82m4, 13 juillet 1982.
- La Cour suprême 82m37, 28 septembre 1982.
- La Cour suprême 82m36, 23 novembre 1982.

- La Cour suprême 82m54, 28 décembre 1982.
- La Cour suprême 82m57, 22 mars 1983.
- La Cour suprême 82m63, 26 avril 1983.
- La Cour suprême 83 m 11, 12 juillet 1983.
- La Cour suprême 82m55, 28 juin 1983.
- La Cour suprême 82m28, 25 octobre 1983.
- La Cour suprême 83m32, 22 novembre 1983.
- La Cour suprême 85m6, 24 juin 1984 ; Le journal de la Cour suprême 16 septembre 1984, p. 840-35.
- La Cour suprême 84m90, 11 décembre 1984.
- la Cour suprême 98s178, 10 février 1985.
- la Cour suprême 84m86, 26 février 1985.
- La Cour suprême 85m5, 9 juillet 1985.
- La Cour suprême 85m20, 23 juillet 1985.
- La Cour suprême 85do1744, 24 septembre 1985.
- La Cour suprême 85m79, 25 février 1986.
- La Cour suprême 85m98, 25 mars 1986.
- La Cour suprême 85m72, 25 mars 1986.
- La Cour suprême 85m85, 25 mars 1986 : Le journal mensuel de tribunal, n° 188, p. 121.
- La Cour suprême 86m14, 27 mai 1986.
- La Cour suprême 86m26, 27 mai 1986.
- La Cour suprême 85m6, 24 juin 1986.
- La Cour suprême 86m75, 19 août 1986.
- La Cour suprême 86m56, 9 septembre 1986.
- La Cour suprême 86m68, 9 septembre 1986.
- La Cour suprême 86m24, 23 septembre 1986.
- La Cour suprême 86m83, 28 octobre 1986.
- La Cour suprême 85m51, 26 novembre 1986.
- La Cour suprême 86m86, 20 janvier 1987.
- La Cour suprême 86m28, 14 avril 1987 ; Le journal mensuel de tribunal, 15 octobre 1987, p. 458.
- Le tribunal de Seoul 87 le15, 20 avril 1987.
- La Cour suprême 87m5, 26 mai 1987.
- La Cour suprême 87m24, 21 juillet 1987.
- La Cour suprême 86m87, 22 septembre 1987.
- La Cour suprême 87s18, 23 novembre 1987.
- La Cour suprême 86m90, 22 décembre 1987.
- La Cour suprême 87m60, 9 février 1988.
- La Cour suprême 87m28, 25 avril 1988.
- La Cour suprême 87daka2268, 14 juin 1988.
- La Cour suprême 87m9, 25 avril 1988.
- La Cour suprême 87m28, 25 avril 1988.
- Le tribunal familial de Seoul 87 de 6835, 10 octobre 1988.
- La Cour suprême 88do1463, 14 mars 1989.
- La Cour suprême 88m740, 27 juin 1989.
- La Cour suprême 89m785, 13 octobre 1989.

- La Cour suprême 89m426, 24 octobre 1989
- La Cour suprême 89 m 51, 12 septembre 1989.
- La Cour suprême 88m504 et 511, 13 février 1990.
- Le tribunal de Seoul 89le3755, 23 février 1990.
- La Cour suprême 89m1085, 23 mars 1990.
- La Cour suprême 89m235, 27 mars 1990.
- La Cour suprême 88m375, 27 mars 1990.
- La Cour suprême 89m808, 27 mars 1990.
- La Cour suprême 88m1071, 10 avril 1990.
- La Cour suprême 89m1214, 24 avril 1990.
- La Cour suprême 90m408, 10 août 1990.
- Le Conseil Constitutionnel 89hunma82, 10 septembre 1990.
- La Cour suprême 89m112, 25 septembre 1990.
- La Cour suprême 90m583, 9 novembre 1990.
- La Cour suprême 90m484, 27 novembre 1990.
- La Cour suprême 90m552, 11 janvier 1991.
- La Cour suprême 90m446, 15 janvier 1991 ; Le journal de la Cour suprême n° 249, p. 121.
- La Cour suprême 89m365, 26 février 1991.
- Le tribunal familial de Seoul 91de1220, 13 juin 1991.
- La Cour suprême 90m699, 25 juin 1991.
- La Cour suprême 90m1067, 9 juillet 1991.
- La Cour suprême 91m85, 13 septembre 1991.
- Le tribunal familial de Seoul 91n4431, 12 novembre 1991.
- La Cour suprême 91m23, 22 novembre 1991.
- La Cour suprême 91m177.184, 26 novembre 1991.
- La Cour suprême 91m 559, 26 novembre 1991.
- La Cour suprême 91do2409, 26 novembre 1991.
- La Cour suprême 90m528, 24 décembre 1991.
- La Cour suprême 91m627, 24 décembre 1991 ; Le journal de la Cour suprême n° 260, p. 116.
- La Cour suprême 91m689, 21 janvier 1992.
- La Cour suprême 91de38420, 7 avril 1992.
- La Cour suprême 92m549, 10 novembre 1992.
- La Cour suprême 92s17, 30 décembre 1992.
- Le tribunal familial de Séoul 92gahap44812, 4 février 1993.
- La Cour suprême 92m990, 9 mars 1993.
- Le tribunal familial de Séoul 92d66545, 8 avril 1993.
- La Cour suprême 92 m 938, 9 avril 1993.
- La Cour suprême 93s6, 11 mai 1993.
- La Cour suprême 93m1020, 13 mai 1993.
- La Cour suprême 92m501, 25 mai 1993.
- La Cour suprême 93m171, 11 juin 1993.
- La Cour suprême 92m1054, 11 juin 1993.
- Le tribunal familial de Seoul 92de74249, 28 janvier 1994.
- La Cour suprême 93do2869, 8 février 1994.

- La Cour suprême 93m317, 25 février 1994.
- La Cour suprême 93m1273 et 1280, 26 avril 1994.
- La Cour suprême 94da1302, 29 avril 1994.
- La Cour suprême 94m1072, 2 décembre 1994.
- La Cour suprême 92s21, 13 mai 1994.
- La Cour suprême 94m130, 27 mai 1994 ; Le bulletin tribunal, n° 971, p. 1829.
- Le tribunal de Seoul 93le1022, 7 juin 1994 ; Le Journal légal du 7 juillet 1994.
- La Cour suprême 94 do 774, 10 juin 1994.
- La Cour suprême 94m734, 25 octobre 1994.
- La Cour suprême 94m963, 11 novembre 1994.
- la Cour suprême 94m901, 2 décembre 1994.
- La Cour suprême 94m1072, 2 décembre 1994.
- La Cour suprême 94m598, 13 décembre 1994.
- La Cour suprême 94m1548, 28 mars 1995.
- Le tribunal familial de Seoul 92ne3175, 15 avril 1995.
- La Cour suprême 94m1713, 23 mai 1995.
- La Cour suprême 95 m 90, 26 mai 1995.
- La Cour suprême 95m175, 12 octobre 1995.
- La Cour suprême 95m267, 12 octobre 1995.
- La Cour suprême 95m816, 22 décembre 1995.
- La Cour suprême 94m635, 9 février 1996.
- Le tribunal familial de Seoul 95n2350, 22 mars 1996.
- La Cour suprême 96m226, 26 avril 1996.
- La Cour suprême 93 mou 171, 11 juin 1996.
- La Cour suprême 94m741, 25 juin 1996.
- La Cour suprême 96m1243, 11 août 1996 ; Le bulletin de tribunal 15 décembre 1996. p. 3577.
- La Cour suprême 90m998, 8 novembre 1996 ; Le journal de la Cour suprême 15 décembre 1996. p. 3576.
- La Cour suprême 96 m 851, 15 novembre 1996 ; Le journal de la Cour suprême 1 janvier 1997. p. 81.
- Le tribunal de Seoul 96de37910, 3 décembre 1996.
- La Cour suprême 95m1192, 23 décembre 1996.
- La Cour suprême 95do2819, 25 février 1997.
- La Cour suprême 96 m 608, 28 mars 1997.
- La Cour suprême 97m155, 16 mai 1997 ; Le journal de la Cour suprême 15 juin 1997. p. 1735.
- La Cour suprême 96m318, 22 juillet 1997.
- La Cour suprême 97m933, 26 septembre 1997.
- La Cour suprême 96m1076, 26 décembre 1997.
- La Cour suprême 96nou14401, 13 février 1998.
- La Cour suprême 97m1486 et 1493, 13 février 1998.
- la Cour suprême 96nou14401, 13 février 1998.
- La Cour suprême 96m1434, 10 avril 1998.
- Le tribunal familial de Seoul 98m213, 12 juin 1998.
- La Cour suprême 98m15, 23 juin 1998 ; Le journal de la Cour suprême 1^{er} août 1998. p. 2002.
- La Cour suprême 98m282, 14 juillet mars 1998.

- La Cour suprême 98s17 et 18, 10 juillet 1998 ; Le journal de jugement du 1^{er} septembre 1998, p. 2731.
- La Cour suprême 98m1193, 13 novembre 1998.
- La Cour suprême 97m612, 12 février 1999 ; Le journal de la Cour suprême 15 avril 1999. p. 661.
- Le tribunal de Daigou 97ne1666, 25 mai 1999.
- La Cour suprême 96m1397, 11 juin 1999.
- La Cour suprême 99m1213, 8 octobre 1999 ; Le journal de la Cour suprême 15 novembre 1999. p.2324.
- La Cour suprême 99m180, 26 novembre 1999 ; Le journal de la Cour suprême 1 janvier 2000. p.49
- La Cour suprême 99m1596, 26 novembre 1999.
- La Cour suprême 2000s13, 2 mai 2000.
- La Cour suprême 2000 do 868, 7 juillet 2000.
- La Cour suprême 99 m 1886, 5 septembre 2000 ; Le journal de la Cour suprême 1^{er} novembre 2000. p. 2101.
- La Cour suprême 99m906, 22 septembre 2000.
- La Cour suprême 99da33458, 24 octobre 2000.
- La Cour suprême 2000m1561, 23 février 2001 ; Le bulletin de tribunal 15 avril 2001. p. 779.
- La Cour suprême 99deghap9837, 28 mars 2001.
- Le Conseil Constitutionnel 2000hunba60, 25 octobre 2001.
- Le conseil Constitutionnel 2009hunba60, 25 octobre 2001.
- La Cour suprême 2000da58804, 8 mai 2001 ; Le journal de la Cour suprême 1^{er} juillet 2001. p. 1344.
- La Cour suprême 2001m725, 25 septembre 2001.
- La Cour suprême 2002m74, 29 mars 2002 : Le journal de la Cour suprême 15 mai 2002, p. 1012.
- La Cour suprême 2000da18127, 31 mai 2002.
- La Cour suprême 2002nehap35, 19 août 2002.
- La Cour suprême 2002s36, 28 août 2002.
- La Cour suprême 2001m718, 4 septembre 2002.
- La Cour suprême 2002da69631, 14 mars 2003.
- La Cour suprême 2001da14061, 19 août 2003 ; Le journal de la Cour suprême 15 septembre 2003. p. 1859.
- La Cour suprême 2003de96753, 19 août 2003.
- La Cour suprême 2002da64681, 26 septembre 2003.
- La Cour suprême 2002dou6422, 14 novembre 2003.
- La Cour suprême 2003m1890, 27 février 2004 ; Le journal de la Cour suprême 1^{er} avril 2004. p. 551.
- La Cour suprême 2003m1890, 27 mars 2004.
- La Cour suprême 2004 m 740, 13 septembre 2004.
- La Cour suprême 2004m1033, 24 septembre 2004.
- La Cour suprême 2004da1899, 13 mai 2005.
- Le tribunal de Seoul 2004zdan2543, 13 juin 2005.
- Le tribunal d'appel de Daigou 2005gahap736, 13 décembre 2005.
- La Cour suprême 2005 m 1689, 23 décembre 2005 ; Le journal de la Cour suprême 1 février 2006. p.177.
- La Cour suprême 2005s18, 17 avril 2006.
- Le tribunal de Seoul 2006zdan609, 5 juillet 2006.
- Le tribunal de Seoul 2004dehap10053, 27 juillet 2006.
- La Cour suprême 2005da74900, 14 septembre 2006.
- La Cour suprême 2006dehap9743, 18 octobre 2006.

- Le tribunal familial de Seoul 2006dedan17877, 11 juillet 2007.
- Le tribunal familial de Seoul 2006 dehap6393, 19 juillet 2007.
- Le tribunal d'appel de Seoul 2006le579, 24 juillet 2007.
- Le tribunal familial de Seoul 2005dehap4024, 1^{er} août 2007.
- Le tribunal familial de Seoul 2006dehap8917, 1^{er} août 2007.
- Le Conseil Constitutionnel 2007godan330, 10 septembre 2007.
- Le tribunal familial de Seoul 2006dehap11623, 30 janvier 2008.
- Le tribunal de Seoul 2006dehap2636, 31 janvier 2008.
- Le tribunal de Seoul 2007dedan37818, 31 janvier 2008.
- Le tribunal familial de Seoul 2006dehap10057, 13 février 2008.
- Le tribunal familial de Seoul 2007dedan14646, 13 février 2008.
- Le tribunal de Seoul 2007dedan114829, 26 mars 2008.
- La Cour suprême 2005hunma1156, 30 octobre 2008.
- Le Conseil Constitutionnel 2007hunga17, 30 octobre 2008.
- La Cour suprême 2007dedan45701, 3 novembre 2008.
- Le tribunal de Seoul 2008gahap60105, 30 octobre 2009.
- La Cour suprême 2009m2130, 24 décembre 2009.
- La Cour suprême 2010be2, 8 avril 2010.
- Le tribunal familial de Seoul 2010be2, 8 avril 2010.
- La Cour suprême 2009m4297, 15 avril 2010.
- La Cour suprême 2009m639, 29 avril 2010.
- La cour suprême 200m1458, 13 mai 2010.
- La Cour suprême 2010m1256, 24 juin 2010.

INDEX

- abandon avec mauvaise volonté, 117, 118
- absence d'un époux pendant plus de trois ans, 119, 120
- acceptation du principe du divorce, 140
- acte privé, 168
- actif successoral, 244
- adultère, 16, 19, 127, 236, 249, 250
- altération définitive du lien conjugal, 85
- altération des facultés mentales, 89
- audience de conciliation, 179, 181
- autorité administrative, 73
- autorité judiciaire, 165
- autorité parentale, 64, 67, 255, 257, 258, 269
- comparution unique, 159
- comportements injurieux des beaux-parents, des parents d'un conjoint à l'égard de l'autre, 119
- condamnation pénale pour adultère, 116
- consentement forcé, 59
- consentement mutuel imparfait, 144
- consentement non-vicié, 58
- conséquences d'une particulière gravité, 250
- conséquences patrimoniales, 210
- contractualisation, 42, 263, 292
- contribution à l'entretien des enfants, 284
- contribution à l'entretien et l'éducation des enfants, 264
- convention, 62
- Convention internationale relative aux droits de l'enfant, 258
- coparentalité, 258
- curatelle, 175, 176
- déclaration à la mairie dans un délai de trois mois, 166
- déclaration certifiant sur l'honneur, 238
- déclaration du divorce à la mairie, 75, 165
- déclaration du divorce auprès de l'officier d'état civil, 197
- dédramatisation du divorce, 147
- déjudiciarisation » du divorce, 73, 76
- déjudiciarisation du divorce, 28
- délai de réflexion, 161
- disparité, 234
- disparition des devoirs du mariage, 204

- dissociation de la garde et de l'autorité parentale, 272
- dissolution du lien matrimonial, 200
- divorce accepté, 135
- divorce autorisé, 21
- divorce aux torts exclusifs, 131
- divorce aux torts partagés, 130, 248, 308
- divorce contentieux, 80
- divorce faillite, 82, 101
- divorce interdit, 16
- divorce par conciliation, 182
- divorce par consentement mutuel, 53
- divorce pour altération définitive du lien conjugal, 84
- divorce pour cause secrète, 71
- divorce pour faute, 19, 106
- divorce pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal, 94
- divorce pour rupture de la vie commune, 38, 49, 82
- divorce saction, 106
- divorces contentieux, 78
- documents annexés, 156
- dommages et intérêts, 246
- donations et avantages matrimoniaux, 212
- donations et des avantages matrimoniaux, 225
- droit au divorce, 15
- droit de garde, 269, 273
- droit de visite, 261, 271
- droit du divorce, 29
- échec du mariage, 88
- échelonnement du capital, 239
- éducation et l'entretien de l'enfant, 261
- effets du divorce, 197
- effets personnels, 200
- entretien et à l'éducation des enfants, 282
- époux résidant à l'étranger, 157
- exercice de l'autorité parentale, 268
- exercice en commun de l'autorité parentale, 259, 263
- faillite de la vie conjugale, 95
- faillite du mariage, 100
- faute conjugale, 107, 109

- fiducie nominale, 218
- fondement de la demande en divorce, 184
- incompatibilité d'humeur, 109
- indifférence des motifs du divorce, 71
- infidélité, 115
- injures commises par l'un des époux à l'égard de la famille de son conjoint, 121
- injures d'un conjoint ou des parents du conjoint, 118
- instance en divorce, 184
- intérêt de l'enfant, 261, 274
- intérêts pécuniaires, 219
- intervention administrative, 165, 168
- intervention judiciaire, 73, 76, 168
- intolérable le maintien de la vie commune, 138
- liberté de se marier, 201, 206, 207
- liquidation des intérêts pécuniaires des époux, 212
- liquidation du régime matrimonial, 210, 215
- liquider le passé, 247
- logement familial, 212, 228
- majorité des enfants, 285
- médiateur familial, 180
- mesures provisoires, 181
- motif grave pour ne pas maintenir le lien conjugal, 100
- noms des époux, 205
- obligation alimentaire, 255, 280
- obligation d'entretien, 280
- passerelle, 187
- pension alimentaire, 233
- phase contentieuse, 184
- pluralisme, 46, 74, 93, 144, 155
- pluralisme des cas de divorce, 79
- pouvoirs d'information du juge, 188
- pré-permission, 129
- prestation compensatoire, 132, 212, 232
- prestations compensatoires mixtes, 234
- protectrices de la sphère familiale, 193
- puissance paternelle, 258
- rapports entre les époux, 197
- régime de protection juridique, 175

- régime de séparation des biens, 221
- régime légal, 211
- régime matrimonial, 210
- régime matrimonial légal, 213
- règles procédurales communes en matière de divorce contentieux, 172
- rente viagère, 239
- répartition des biens, 215
- requête conjointe, 155
- requête de conciliation, 179
- requête initiale, 175
- résidence alternée, 265
- résidence de l'enfant, 265
- résidence habituelle, 274
- résidence principale, 267
- rétractation de l'accord, 141
- réunion d'information, 160
- revendication à la répartition des biens, 213
- revendication sur la répartition de biens, 219
- révision de la contribution à l'entretien de l'enfant, 284
- révocation des donations de biens à venir, 228
- séparation des biens, 211, 213
- souffrance intolérable, 96, 100
- sous forme de capital, 234, 239, 241
- sous forme de rente, 234
- sphère privée, 268
- tentative de conciliation, 179
- tutelles, 175
- une vie séparée de deux ans, 86
- vie privée, 193
- violation des devoirs et obligations du mariage, 109, 110
- violation du devoir de fidélité, 115
- volonté concordante, 57, 156, 167
- volonté de dédramatiser, 148
- volonté de divorcer, 59
- volonté des époux, 59
- volonté éclairée, 60
- volonté réelle, 59

TABLE DES MATIERES

RESUME ET MOTS-CLES – ABSTRACT AND KEYWORDS	4
SOMMAIRE	6
LISTE DES ABREVIATIONS	8
INTRODUCTION	11
§ 1. Le droit au divorce	15
A. Le divorce interdit	16
B. Le divorce autorisé	21
§ 2. Le droit du divorce	29
A. La diversité des cas de divorce.....	34
B. Le souci d’apaisement	39
PARTIE I. LE PLURALISME LEGISLATIF EN MATIERE DE DIVORCE	46
TITRE I. LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL	52
Chapitre I. La volonté des époux est toujours nécessaire pour le divorce par consentement mutuel	56
Section I. La nécessité d’un accord total	58
§ 1. Une volonté réelle et libre.....	58
§ 2. Une volonté éclairée	60
Section II. L’exigence d’un accord global.....	62
§ 1. Un accord portant sur l’ensemble des effets du divorce en droit français	62
A. Les rapports entre époux.....	63
B. Les rapports avec les enfants.....	64
§ 2. Un accord exclusif des règlements pécuniaires entre époux lors du divorce en droit sud-coréen	65
A. Le caractère inopérant d’un accord relatif aux règlements pécuniaires entre époux	65
B. Les rapports avec les enfants.....	67
Chapitre II. La volonté des époux est en principe suffisante en matière de divorce par consentement mutuel	69
Section I. L’indifférence des motifs du divorce.....	71
Section II. L’encadrement de la volonté des époux lors du divorce par consentement mutuel.....	73
§ 1. L’intervention judiciaire et la volonté des époux.....	73
§ 2. L’intervention d’une autorité administrative et la volonté des époux	75
TITRE II. LES DIVORCES CONTENTIEUX	78
Chapitre I. Les cas communs aux deux systèmes juridiques en matière de divorce contentieux	80
Section I. Les cas de divorce faillite	82
§ 1. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal.....	83
A. Assouplissement des conditions du divorce.....	84
1. Altération définitive du lien conjugal, véritable condition du divorce	84
a. Altération définitive résultant d’une vie séparée de deux ans	85

b. Altération définitive résultant du caractère certain de l'échec du mariage.....	88
2. La disparition de la cause spécifique fondée sur l'altération des facultés mentales.....	89
B. Application du droit commun des effets du divorce.....	91
1. La renonciation à un divorce aux charges assumées.....	91
2. La référence à un divorce moralement neutre.....	92
§ 2. Le divorce pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal (art. 840, n° 6 C.civ. sud-coréen).....	94
A. La difficile interprétation de la notion de motif grave.....	95
1. Les propositions doctrinales.....	95
2. L'appréciation par la jurisprudence.....	96
B. L'autonomie contestée par rapport au divorce pour faute.....	99
1. Les arguments de texte.....	99
2. La demande concurrente en divorce pour faute et pour motif grave de ne pas maintenir le lien conjugal.....	102
Section II. Le cas de divorce sanction : le divorce pour faute.....	106
§ 1. La définition de la faute conjugale.....	107
A. La définition générale et abstraite de la faute en droit français.....	108
1. Les éléments constitutifs de la faute.....	109
2. La diversité des fautes conjugales.....	110
a. La violation des droits et devoirs nés du mariage.....	110
b. La violation des devoirs implicitement attachés au mariage.....	112
B. Le recours à la technique énumérative des fautes, cause du divorce, en droit sud-coréen.....	114
1. Les comportements fautifs à l'égard du conjoint.....	114
2. Les comportements fautifs à l'égard des autres membres de la famille.....	121
§ 2. L'appréciation de la faute.....	122
A. Le domaine d'application de l'appréciation du juge.....	122
1. Les conditions posées par la définition abstraite de la faute par l'article 242 du Code civil français.....	122
2. Le caractère indépendant des fautes énumérées par l'article 840 du Code civil en droit sud-coréen.....	123
3. La preuve des manquements invoqués.....	125
B. Les conséquences de l'appréciation de la faute conjugale par le juge.....	126
1. L'irrecevabilité ou le rejet de la demande.....	127
2. Le prononcé du divorce aux torts partagés.....	130
3. Le prononcé du divorce aux torts exclusifs d'un époux.....	131
Chapitre II. Le divorce accepté, un cas propre au droit français en matière de divorce contentieux.....	134
Section I. Un cas de divorce pour cause objective.....	137
§ 1. Accord nécessaire et suffisant sur le principe du divorce.....	137
A. Accord sans considération des faits à l'origine de la rupture.....	137
B. Accord favorisé par la simplification de la procédure.....	139
§ 2. Accord sur le principe du divorce irrévocable.....	141
Section II. Un cas de divorce de nature hybride.....	143
§ 1. Le caractère amiable du divorce accepté.....	143
§ 2. Le caractère contentieux du divorce accepté.....	145

PARTIE II. LA DEDRAMATISATION DU DIVORCE	147
TITRE I. LA PROCEDURE DU DIVORCE.....	150
Chapitre I. Le déroulement procédural du divorce par consentement mutuel.....	152
Section I. La présentation de la demande en divorce.....	155
§ 1. La requête conjointe	155
§ 2. Les documents annexés	156
Section II. Le prononcé du divorce.....	159
§ 1. La comparution unique.....	159
§ 2. La décision du juge	163
Chapitre II. Le déroulement procédural des autres cas de divorce.....	172
Section I. La phase de conciliation	175
§ 1. La requête initiale.....	175
§ 2. La tentative de conciliation.....	179
Section II. La phase contentieuse.....	184
§ 1. L'introduction de l'instance.....	184
A. Les conditions de recevabilité de la demande en divorce.....	185
B. Les modifications du fondement de la demande en divorce	186
C. Le pouvoir d'information du juge	188
§ 2. Le jugement	190
A. Le jugement de rejet	192
B. Le jugement de divorce.....	193
TITRE II. LES EFFETS DU DIVORCE.....	196
Chapitre I. Les effets du divorce à l'égard des époux	198
Section I. Les effets du divorce dans les rapports personnels.....	200
§ 1. La dissolution du lien matrimonial.....	200
A. La liberté de se marier	201
B. La disparition des devoirs du mariage	204
§ 2. Le nom des époux	205
A. Le principe : la perte de l'usage du nom de l'ex-conjoint	206
B. Les exceptions au principe de la perte du droit d'usage du nom du conjoint.....	207
Section II. Les effets du divorce dans les rapports patrimoniaux	210
§ 1. La liquidation des intérêts pécuniaires des époux	212
A. La mise en œuvre de la liquidation des intérêts pécuniaires des époux.....	212
B. Le sort des donations et des avantages matrimoniaux	225
C. Le sort du logement familial	228
D. La prestation compensatoire	232
§ 2. L'attribution de dommages et intérêts	246
A. La réparation du préjudice résultant de la rupture du mariage.....	247
B. La réparation du préjudice causé par la faute d'un époux.....	251
Chapitre II. Les effets du divorce à l'égard des enfants	254
Section I. L'exercice de l'autorité parentale.....	257
§ 1. Le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents divorcés en droit français.....	259
A. Le contenu du principe	259

B. La mise en œuvre du principe d'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents divorcés en droit français	262
1. La recherche d'un consensus parental	263
2. La fixation de la résidence de l'enfant en cas de divorce	264
§ 2. La liberté de choix offerte par le droit sud-coréen aux parents divorcés en matière d'autorité parentale	267
A. Le contenu du choix offert aux parents divorcés par le droit sud-coréen en matière d'exercice de l'autorité parentale.....	268
B. Les limites à la liberté de choix offert aux parents divorcés par le droit sud-coréen en matière d'exercice de l'autorité parentale.....	275
Section II. Le devoir d'entretien matériel des parents divorcés.....	280
§ 1. Les formes d'exécution du devoir d'entretien des parents divorcés.....	281
A. L'exécution en valeur, mode d'exécution commun aux droits français et sud-coréen	281
B. L'exécution en nature, mode d'exécution propre au droit français	283
§ 2. Le régime de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant	284
A. La révision de la contribution à l'entretien de l'enfant	284
B. La durée de la contribution à l'entretien de l'enfant	285
C. Les sanctions de l'inexécution de l'obligation d'entretien.....	287
CONCLUSION GENERALE.....	289
ANNEXES.....	293
BIBLIOGRAPHIE.....	319
INDEX.....	345
TABLE DES MATIERES.....	350