

**COLLOQUES DU BARREAU D'AIX EN PROVENCE**  
UAE: EVOLUTION DU DROIT DE LA FAMILLE EN EUROPE - 23/02/2007

Colloque organisé par par le Barreau d'Aix en partenariat avec l'Union des Avocats Européens

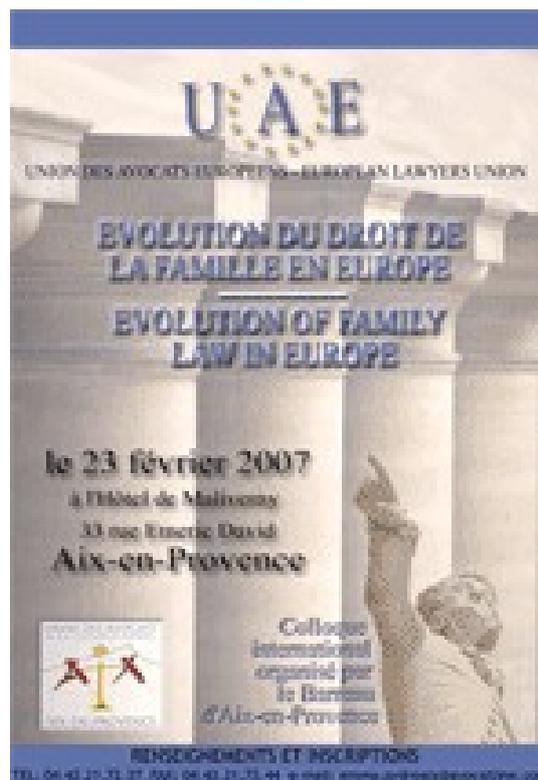
le 23 FEVRIER 2007

**PRÉSENTATION DU DROIT DE LA FAMILLE EN DROIT ESPAGNOL**

**PAR**

**Covadonga FERNANDEZ Y MIRAVALLS**

**Avocat au barreau d'Aix en Provence  
Abogado dle Ilustre Colegio de Abogados de Madrid**



## LE DIVORCE EN DROIT ESPAGNOL

**La Loi 15/2005 en date du 8 juillet** a modifié sensiblement l'institution du divorce en Espagne puisqu'elle **a supprimé la nécessité d'invoquer une cause légale autre que la simple volonté d'au moins un des conjoints de vouloir divorcer** afin qu'il puisse engager l'action et que le divorce soit prononcé.

**En droit espagnol il n'existe plus la notion de cause de divorce.**

La loi 15/2005 explique dans son exposé des motifs cette volonté de voir disparaître du code civil espagnol toute mention aux causes du divorce par la nécessité de "reconnaître une plus grande transcendance à la personne lorsque celle-ci ne souhaite plus la poursuite du lien avec son conjoint et le droit à ne pas rester marié ne peut pas dépendre de la preuve de l'existence d'une cause, puisque la cause déterminante n'est autre que cette volonté exprimée dans la demande, il est suffisant qu'un des époux ne souhaite plus poursuivre dans les liens du mariage pour qu'il puisse demander le divorce sans que la partie assignée puisse s'opposer à la demande par des motifs matériels et sans que le juge puisse le débouter sauf pour des motifs personnels"<sup>1</sup>.

Toutes les causes anciennement prévues à l'article 86 ne sont plus applicables et aux termes de l'actuel article 86 le divorce sera déclaré judiciairement, indépendamment de la forme de célébration du mariage, à la demande d'un seul des conjoints de tous les deux ou d'un avec le consentement de l'autre lorsque les conditions de l'article 81<sup>2</sup> seront réunies<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Por lo que hace a los cambios introducidos por la Ley 15/2005, la reforma descansa, atendiendo a la literalidad de su preámbulo, en el propósito de "reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. [...] (el) derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud. [...] basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales".

<sup>2</sup> **Artículo 81.** Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

En ce qui concerne la procédure il convient de différencier entre la procédure du divorce contentieux et le divorce amiable.

**La procédure contentieuse** est engagée par le biais d'une requête dans laquelle il n'est plus nécessaire d'exprimer les motifs de la demande puisque la loi considère qu'est suffisamment fondée la demande de divorce par la simple volonté d'un des conjoints de divorcer, mais elle doit contenir toutes les demandes en rapport avec les conséquences du divorce dont toutes les demandes en rapport avec les enfants, garde, droit de visite et d'hébergement, pensions alimentaires et prestation compensatoire, ainsi que l'usage du domicile familial. Comme il n'existe pas d'audience de conciliation dans la procédure espagnole, afin que les époux puisse obtenir rapidement une décision qui règle leur situation pendant la durée de la procédure de divorce, il est possible de formuler dans l'assignation une demande de **MESURES TRÈS PROVISOIRES DITES PROVISIONALISIMAS**. Dans ce cas là, l'audience destinée à fixer les mesures qui régiront pendant la durée de la procédure seront adoptées dans une audience préalable qui est rapidement fixée par le tribunal.

En ce qui concerne la procédure de divorce proprement dite une fois "l'assignation (« requête ») déposée auprès du tribunal celui-ci rend une décision dite **AUTO DE ADMISION** qui déclare l'assignation recevable et qu'il notifie au défendeur avec toutes les pièces visées pour que dans le délai de 20 jours il y réponde. Le demandeur disposera d'un délai de 10 jours pour y répliquer après quoi l'audience est fixée et à cette audience chacune des parties

- 
- A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.
  - A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

<sup>3</sup> artículo 86 del Código Civil, precepto que hoy tan solo reza que "se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81"

doit rapporter la preuve de ses allégations et demandes après quoi le tribunal rend sa décision.

Il faut noter que l'intervention d'avocat et avoué est obligatoire et que le Ministère public intervient dans toutes les procédures de divorce lorsqu'il y a des enfants mineurs, ou lorsqu'un des conjoints est incapable ou encore lorsqu'il a été victime de violences.

Tout au long de la procédure les époux peuvent décider de changer de procédure et opter pour une procédure par requête conjointe ou bien demander la suspension de la procédure pour suivre une médiation. Mais cette suspension ne pourra pas dépasser 6 jours et en aucun cas peut être préjudiciable à l'intérêt général ou à des tiers.

**Le divorce non contentieux en droit espagnol.-** Les procédures de divorce non contentieuses concernent les procédures de divorce engagées par les deux époux d'un commun accord ou bien par un seul des époux avec le consentement de l'autre.

Les procédures de divorce en droit espagnol sont soumises au ministère obligatoire d'avocat et d'avoué qu'il s'agisse de procédures contentieuses comme de procédures conjointes. Le ministère Public intervient obligatoirement dans toutes les procédures de divorce (contentieuses ou amiables) sa mission est de :

- donner son avis sur toutes les mesures relatives aux enfants notamment, l'autorité parentale, la garde ou le droit de visite et d'hébergement,
- demander, s'il le considère opportun, que les mineurs soient entendus dans le cadre de la procédure s'ils ont un "discernement suffisant",
- interjeter appel des conventions et accords qui portent atteinte aux intérêts des incapables ou mineurs.

Dans les cas des divorces d'un commun accord la compétence territoriale en droit espagnol est :

- soit le tribunal du dernier domicile de la famille,
- soit le tribunal du domicile de chacun des conjoints. Cette compétence est d'ordre public et elle doit être examinée d'office.

La procédure est engagée par le dépôt auprès du tribunal compétent d'une demande conjointe en divorce à laquelle devra être jointe la convention concernant les conséquences du divorce ou bien par une demande formulée par un des époux et acceptée par l'autre. Le tribunal devra se prononcer sur la recevabilité de l'action. La décision du tribunal concernant la recevabilité de l'action implique l'autorisation de vivre séparément, la révocation des pouvoirs que les époux ont pu signer l'un en faveur de l'autre. Le juge doit citer les parties (dans un délai de 3 jours) afin qu'ils ratifient chacun individuellement la demande en divorce. La ratification se fait par la présentation personnelle de chacun des époux séparément au tribunal, et si l'un des époux ne peut pas comparaître, il pourra le faire au travers de l'avoué s'il a été dûment mandaté pour cela préalablement.

Une fois que les époux se sont présentés au tribunal, a lieu l'audience destinée à vérifier les preuves, si les parties l'ont demandé ou si le juge l'estime nécessaire. S'il n'y a pas d'enfant mineur, le juge peut alors prononcer le divorce et s'il y a des enfants mineurs ou incapables, il demandera au Ministère public son avis sur les mesures convenues entre les époux en rapport avec les enfants mineurs et il les entendra soit lorsqu'il le considèrera nécessaire, soit à la demande du ministère public, ou bien à la demande des parents, ou encore à la demande de l'équipe technique du mineur.

Si le juge n'est pas d'accord sur un des aspects contenus dans la convention il peut donner un délai de 10 jours pour que les parties lui présentent une nouvelle convention concernant les points que le juge n'a pas homologué, à défaut de présenter une nouvelle convention le juge prononcera une décision, qui sera susceptible d'appel.

En aucun cas, les parties ne pourront "s'orienter » vers la procédure contentieuse.

A la différence de ce qui se passe dans la procédure de divorce contentieuse, la Convention doit contenir aussi un accord sur la liquidation de la communauté.

Il convient de souligner que si les articles 102 et 106 prévoient que la décision du juge sur la recevabilité de la demande en divorce laisse sans effet les pouvoirs que les époux ont signés l'un au profit de l'autre, le divorce n'affecte pas les dispositions testamentaires qui continueront à produire tous leurs effets tant que les conjoints ne les révoquent pas par une.

### **Les mineurs dans la procédure de divorce de droit espagnol**

l'intérêt du mineur est un élément constant dans le droit espagnol qui est qualifié d'ordre public. La garde alternée est prévue au code civil espagnol et qualifiée de mesure exceptionnelle puisque l'article 92 du code civil dispose que la garde alternée sera prononcée lorsqu'elle est demandée par les deux parents dans le cadre de la convention conjointe mais le juge ne pourra prononcer une garde alternée à la demande d'une des parties (d'un des parents) qu'exceptionnellement et avec l'avis favorable du ministère public et seulement si elle apparaît comme « la seule mesure apte à protéger convenablement l'intérêt supérieur du mineur". En tout état de cause avant de se prononcer sur la garde du mineur le juge doit recueillir l'avis du ministère public et pour le cas d'une garde alternée il doit nécessairement obtenir l'avis favorable du ministère public, il doit également entendre le mineur lorsque celui-ci a une capacité de discernement suffisante, il peut décider d'entendre le mineur soit d'office, soit à la demande du ministère public, d'une des parties (les parents) ou du mineur ou encore d'un des membres de l'équipe technique.

Cela étant, il convient de rappeler que dans son alinéa 6 l'article 92 rappelle qu'en tout état de cause le juge doit, avant de se prononcer sur le droit de visites et d'hébergement, demander au

ministère public un rapport, entendre les mineurs, les parties et tenir compte des éléments de preuves versés aux débats.

La doctrine espagnole, elle, se déclare ouvertement opposée à la garde alternée du fait du fractionnement "du quotidien" qu'elle comporte pour l'enfant et qui peut affecter la stabilité du mineur.

En conséquence, la garde alternée en droit espagnol ne pourra être prononcée que lorsque :

- les deux parents la sollicitent dans la convention conjointe,
- lorsque les deux parents arrivent à un accord au cours de la procédure,
- à la demande d'une des parties avec l'avis favorable du ministère public et lorsqu'elle apparaît « comme étant la seule mesure susceptible de protéger convenablement l'intérêt du mineur ».

Il convient de souligner que la loi espagnole s'est dotée de différents outils pour lutter contre la soustraction de mineurs et dans les cas où il existe un risque de soustraction il pourra être demandé que soit décrété l'interdiction de sortir du territoire le mineur sans consentement judiciaire préalable, l'interdiction d'émettre un passeport, le contrôle judiciaire suite à tout changement de domicile. En outre, l'article 225 bis du code pénal qualifie de soustraction de mineurs le changement de domicile ou résidence sans cause justifiée et sans le consentement de l'autre conjoint avec qui il réside habituellement ou la rétention du mineur.

**Le Droit de visite et d'hébergement.** Il s'agit d'un droit, imprescriptible, personnel et toujours conditionné à l'intérêt de l'enfant. En conséquence, il ne peut pas faire l'objet d'une exécution forcée, il peut être suspendu ou bien supprimé lorsqu'il cause un préjudice pour la santé, le développement physique et mental et la stabilité mentale du mineur.

Le non-respect réitéré du régime du droit de visite et d'hébergement peut conduire à des peines d'amendes et à la modification du régime du droit de visite et d'hébergement, le fait

que les enfants refusent de rencontrer leur père n'autorise pas celui-ci à supprimer les pensions alimentaires.

Les grands-parents peuvent être titulaires d'un droit de visite et d'hébergement, mais en aucun cas les parents peuvent refuser sans juste cause que les enfants puissent avoir des rapports avec les grands-parents et autres membres de la famille. Dans ce cas-là, les grands-parents ou autres membres de la famille peuvent saisir le juge pour voir statuer sur leur droit de rendre visite aux enfants, sans que la décision concernant le droit de visite et d'hébergement des parents puissent interférer ou empiéter sur le droit de visite et d'hébergement de l'autre parent.

L'autorité parentale est conjointe dans le droit espagnol et la perte de l'autorité parentale par un des conjoints est une mesure exceptionnelle qui n'est prononcée que lorsqu'elle est nécessaire pour l'intérêt de l'enfant. Mais il est vrai que le fait de ne pas exercer le droit de visite et d'hébergement a pu conduire certains tribunaux espagnols à décréter une "déchéance" de l'autorité parentale. De même certaines décisions ont "suspendu" temporairement l'autorité parentale dans le cas de non-paiement des pensions alimentaires (STS 05.10.1987 y SAP Barcelona 23.12.1992)

**La Pension alimentaire.** C'est un droit et le juge, comme le ministère public, doivent s'assurer que les enfants bénéficieront d'une pension alimentaire suffisante pour subvenir à leurs besoins. Le juge ne pourra pas ainsi homologuer un accord intervenu entre les parents et dans lequel aucune pension alimentaire n'a été prévue pour les enfants. Concernant le montant, celui-ci doit être fixé en tenant compte du critère de proportionnalité prévu aux articles 93,146 et 147 du code civil. La pension alimentaire doit être proportionnelle aux ressources du créancier et du débiteur d'aliments. La pension alimentaire est due, tant que les enfants continuent à vivre avec l'autre conjoint et ne disposent pas d'indépendance économique. En général la jurisprudence limite la pension alimentaire au profit des enfants majeurs à l'âge de 23 ans sauf dans le cas d'études hautement qualifiées.

Il est à noter que les pensions alimentaires sont soumises à un régime fiscal très différent en Espagne puisque l'article 62 de LIRPF prévoit que les sommes versées à titre de pensions alimentaires ne sont pas déductibles de la base de calcul de l'impôt sur le revenu.

**La Prestation compensatoire.-** Elle est prévue à l'article 97 du code civil. Elle a pour finalité de pallier au déséquilibre économique en rapport avec la position de l'autre conjoint provoqué par le divorce. Le conjoint peut y renoncer. Cette prestation n'a pas un caractère alimentaire mais indemnitaire. Elle doit être expressément sollicitée et à défaut, le conjoint qui ne la demande pas, est considéré comme y ayant renoncé. Les conditions d'attribution sont :

- le déséquilibre économique,
- l'âge du conjoint ; elle est souvent refusée lorsque les conjoints sont jeunes,
- l'état de santé,
- le temps passé et futur dédié à la famille,
- le temps travaillé au profit de l'autre conjoint,
- la durée du mariage et les nécessités de chacun des conjoints,
- la perte à un droit de pension future,
- le patrimoine de chacun des conjoints,
- tout autre élément qui puisse être considéré comme important.

Elle pourra être allouée sous différentes formes : rente limitée dans le temps, rente à vie ou en capital.

Extinction de la prestation compensatoire (Article 86) :

- lorsque le conjoint habite maritalement avec une autre personne,
- si la situation du bénéficiaire venait à s'améliorer (circonstances qui peuvent conduire à une diminution)
- décès du conjoint créancier,
- arrivé du terme prévu.

En cas du décès du conjoint débiteur l'obligation subsiste de sorte que les héritiers peuvent demander une réduction ou bien une exonération si la valeur des biens de la succession apparaît insuffisante pour pouvoir réaliser le paiement.

**L'usage du domicile familial.-** En vertu de l'article 103.2 et 96 du code civil espagnol dans le cadre des procédures de divorce en présence d'enfants mineurs le juge attribue l'usage du domicile familial au conjoint qui s'est vu attribuer la garde des enfants peu importe qui est propriétaire du bien. La doctrine a longuement discuté sur la nature du droit à l'usage du domicile familial qui est qualifié comme un droit personnel de nature alimentaire et indisponible de sorte qu'il semblerait qu'il puisse faire l'objet d'une inscription au registre de la propriété comme un droit réel (STS 18.10.1994) thèse par ailleurs défendue par une partie de la doctrine (O'Callaghan Muñóz, Giner Gargallo). L'article 96 ne fait nullement référence à la durée de ce droit qu'il laisse en conséquence à l'appréciation du magistrat et que la jurisprudence habituellement retient : "tant que l'intérêt des enfants l'exige" (SSAP 11.07.1988, SAP Granada 19.11.1987, SAP Cáceres 20.09.1984).

Cela étant, cet usage ne peut pas être alloué à vie et il doit être toujours provisoire.

L'usage du domicile conjugal peut aussi être attribué à l'autre conjoint non propriétaire même en l'absence d'enfants (art 96.3) lorsqu'en considération des circonstances en la cause cette mesure de protection s'avère nécessaire.

Cet usage doit être limité temporairement et la jurisprudence limite habituellement et prudemment cet usage à un, deux ou trois ans (SAP Barcelona 22.12.1989, 18.03.1994, 12.03.1992, SAP Tarragona 20.12.1991).

**Le régime matrimonial.-** Il est dissout par le jugement de divorce et se trouve liquidé dans le cadre de la procédure de divorce par consentement mutuel ou accepté par l'autre au cours de la procédure puisque la convention ou CONVENIO REGULADOR doit contenir les accords sur le partage des biens. Lorsque la procédure de divorce est une procédure contentieuse, la loi de procédure espagnole ou LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL prévoit

une procédure spécifique qui est suivie parallèlement à la procédure de divorce, de séparation ou de nullité.

## **LE RÉGIME FISCAL DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE**

Le créancier de la prestation compensatoire doit déclarer les sommes perçues qui sont soumises à l'impôt sur le revenu espagnol ou IRPF. Ces sommes sont soumises au même traitement fiscal que les revenus du travail et peuvent donc bénéficier du forfait de réduction pour frais, déductions faites de la souscription de plans de pension. Elles bénéficient d'une exonération de déclaration pour un montant supérieur.

Pour le débiteur de la prestation compensatoire elle donnera droit à une réduction de la base d'imposition si elle est payée en exécution d'une décision judiciaire. Une difficulté apparaît dans le cas de versement de la prestation compensatoire en capital. En effet, ce cas d'espèce n'est pas prévu par la loi mais la circulaire de la DGT prévoit que le régime ne varie pas. En conséquence, il y aura déduction de la base de calcul (laquelle ne peut pas être négative depuis le 21 janvier 2003). En ce qui concerne la personne qui perçoit le capital, celui-ci est considéré également comme un salaire.

## **NORMES DE DROIT ESPAGNOL EN RAPPORT AVEC LE DROIT DE LA FAMILLE ET LA PROCEDURE DE DIVORCE**

### **Disposiciones Generales**

- Constitución Española (Art. 32.1 y 32.2).
- Reglamento (CE) 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.
- Reglamento (CE) n. 2116/2004 del Consejo, de 2 de diciembre de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n. 1347/2000, en lo que respecta a los Tratados con la Santa Sede.

- Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Civil (Art. 272).
- Código Civil (Arts. 66 a 70, 81 a 103, 107, 116, 154 a 156, 159, 320 y 945) y (Arts. 68, 81, 82, 86, 92, 97 y 103 en redacción dada por Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio).
- Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Arts. 525, 607, 608, 748 a 755 y 770, éste último artículo en redacción dada por Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio).
- Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (introduce una nueva disposición adicional quinta en la LEC con medidas de agilización de determinados procesos civiles).
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (Arts. 44 y 57).
- Real Decreto 233/2005, de 4 de marzo, por el que se dispone la creación y constitución de juzgados de violencia sobre la mujer correspondientes a la programación del año 2005.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal (Arts. 224, 225, 225 bis, 226, 227, 153, 617 y 622) y (Arts. 224, 225 bis y 622 CP en redacción dada por Ley 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).
- Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.
- Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.
- Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (Arts. 2, 12 y 15).
- 
- Por lo que hace la inscripción de los matrimonios entre personas del mismo sexo debe tenerse en cuenta la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.*

• *Y en materia de mediación, Ley de Castilla la Mancha 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación familiar.*

**En Cataluña:**

- Compilación de Derecho Civil de Cataluña, aprobada por Decreto Legislativo 1/1984.
- Ley 9/1998, de Código de Familia en redacción dada por Ley de Cataluña 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998.
- Ley 40/1991, de 30 de diciembre, de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña (Arts. 11, 132, 335 y 381).
- Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias.

**En Baleares:**

- Decreto legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, Compilación del Derecho Civil de Baleares (Arts. 4 y 66).

**En Aragón:**

- Ley 15/1967, de 8 de abril, Compilación del Derecho Civil Aragonés (Art. 78).

**En Navarra:**

- Ley 1/1973, de 1 de marzo. Compilación de Derecho Civil foral de Navarra (Art. 127).

**En País Vasco:**

- Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil foral del País Vasco (Arts. 79, 95 y 109).

**En Galicia:**

- Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia (Arts. 113 y 116).