

LE NOUVEAU DROIT DU DIVORCE OU LE SYNDROME LUCKY LUKE

Jacques FIERENS

Avocat au barreau de Bruxelles

Professeur extraordinaire aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur

« Or, il est nécessaire que toujours soit bien clair ce qui est, de la part des deux parties, l'objet de leur contestation; qu'on prenne son temps, qu'à la fois on aille lentement et qu'à plusieurs reprises on revienne sur l'instruction préalable, c'est chose utile si on veut éclairer le litige. »

PLATON, *Les Lois*, VI, 766e, tr. fr. L. ROBIN, Bibliothèque de La Pléiade, Paris, Gallimard, 1950, p. 833.

« Il y a cette 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 deux parties, indépendamment de la volonté et de l'avantage de l'autre. »

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, livre XVI, ch. XV, éd. établie par L. Versini, Folio Essais n° 275, Paris, Gallimard, 1995, pp. 509-510.

Chapitre 1

Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky Luke

A. Le contexte

1. – À l'heure où les présentes lignes sont écrites, fin avril 2007, les Chambres ont achevé de discuter de la réforme du divorce annoncée depuis des années. Le projet est revenu devant la Chambre des représentants le 27 mars 2007, après amendements du Sénat et a ensuite été adopté le 12 avril 2007.

2. – Pas moins de vingt-trois propositions de loi avaient été jointes à un projet gouvernemental. Elles touchaient au divorce lui-même à travers des suggestions de réformes générales ou ponctuelles¹, mais aussi à la fixation

¹ Proposition de loi (de Servais VERHERSTRAETEN, Tony VAN PARYS, Jo VANDEURZEN, Lisbeth VAN DER AUWERA et Carl DEVLIES) modifiant un certain nombre de dispositions relatives au divorce et instaurant le divorce pour cause de désunion irrémédiable des époux, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0295/001; Proposition de loi (de Patrick DE GROOTE) modifiant l'article 276 du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0680/001 et 2; Proposition de loi (de Patrick DE GROOTE) modifiant certaines dispositions relatives au divorce, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0728/001 et 2; Proposition de loi (d'Alain COURTOIS, Olivier MAINGAIN et Jean-Pierre MALMENDIER) modifiant l'article 232 du Code civil relatif au divorce pour cause de séparation de fait de plus de deux ans en vue de supprimer une discrimination relevée par la Cour d'arbitrage, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 1354/001; Proposition de loi (de Guy SWENNEN) visant à simplifier le divorce par consentement mutuel et à instaurer la déductibilité fiscale partielle des frais y afférents, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 1564/001; Proposition de loi (de Melchior WATHELET) modifiant certaines dispositions du Code civil et du Code judiciaire en vue de réformer le droit du divorce et d'instaurer le divorce pour cause de désunion irrémédiable, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 1738/001; Proposition de loi (de Valérie DÉOM, Éric MASSIN, Annick SAUDOYER, André PERPÈTE, Colette BURGEON, Yvan MAYEUR, Talbia BELHOUARI et Thierry GIET) modifiant le Code civil en vue de réformer le divorce, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2069/001; Proposition de loi (de Marie-Christine MARGHEM et Olivier MAINGAIN) visant à instaurer une réforme globale du divorce, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2102/001.

des parts contributives pour les enfants², à la récupération des aliments impayés ou à la pension après divorce³, à la révision des conventions préalables après prononciation du divorce par consentement mutuel⁴, à la procédure de médiation ou à l'arbitrage⁵, à la procédure administrative de divorce par consentement mutuel⁶, ou encore au droit international privé⁷. La sous-commission « Droit de la famille » de la Chambre, lors de sa réunion du 12 juillet 2006, a décidé de transmettre le projet de loi, les propositions de loi jointes ainsi que les amendements présentés à la commission de la Justice,

2 Proposition de loi (de Muriel GERKENS) modifiant certaines dispositions du Code civil relatives à la contribution des père et mère à l'éducation de leurs enfants, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 1101/001; Proposition de loi (de Melchior WATHELET et Jean-Jacques VISEUR) modifiant le Code civil en vue d'objectiver le calcul des contributions alimentaires des père et mère au profit de leurs enfants, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 1145/001.

3 Proposition de loi (de Patrick DE GROOTE) modifiant le Code civil et le Code judiciaire en ce qui concerne l'autorisation de percevoir accordée aux créanciers d'aliments, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2003, n° 0139/001 et 2; Proposition de loi (de Patrick DE GROOTE) modifiant l'article 391bis du Code pénal, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2003, n° 0140/001 et 2; Proposition de loi (d'Anne BARZIN et Marie-Christine MARGHEM) modifiant, en ce qui concerne la pension alimentaire dans le cadre du divorce pour cause de séparation de fait, l'article 307bis du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0463/001; Proposition de loi (de Patrick DE GROOTE) modifiant l'article 307bis du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0679/001 et 2; Proposition de loi (de Martine TAELEMAN, Alfons BORGION, Claude MARINOWER et Guy HOVE) réformant le droit du divorce et instaurant le divorce sans faute, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0737/001; Proposition de loi (d'Yvan MAYEUR, Colette BURGEON, Thierry GIET) modifiant le Code judiciaire afin de rendre l'exécution provisoire de plein droit en ce qui concerne les obligations alimentaires et de permettre au juge d'accorder d'office au débiteur d'aliments des termes et délais, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0797/001; Proposition de loi (de Sabien LAHAYE-BATTHEU, Alain COURTOIS, Guido DE PADT, Martine TAELEMAN) relative à l'obligation de donner l'autorisation de percevoir en cas de non-paiement d'une pension alimentaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 1480/001.

4 Proposition de loi (de Patrick DE GROOTE) modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la révision de la convention conclue en cas de divorce par consentement mutuel, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0729/001 et 2.

5 Proposition de loi (de Servais VERHERSTRAETEN et Tony VAN PARIS) modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation en matière familiale, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 1886/001; Proposition de loi (de Guy SWENNEN) modifiant le Code judiciaire en vue d'imposer, dans toute action concernant des enfants, la médiation préalable dans les matières familiales, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2188/001; Proposition de loi (de Guy SWENNEN) instaurant le divorce par arbitrage, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2288/001.

6 Proposition de loi (de Walter MULS) modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure de divorce par consentement mutuel, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2476/001.

7 Proposition de loi (de Marie NAGY) insérant un article 233bis dans le Code civil et modifiant l'article 1^{er} de la loi du 27 juin 1960 sur l'admissibilité du divorce lorsqu'un des conjoints au moins est étranger, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2003, n° 0223/001.

afin que celle-ci poursuive leur examen et les mette aux voix. Le Rapport de la sous-Commission répète comme un *leitmotiv*, à propos de la discussion des articles, qu'« aucun consensus n'a pu être obtenu au sein de la sous-commission "Droit de la famille" »... Les amendements, y compris ceux du gouvernement, se sont accumulés. Le projet a été évoqué par le Sénat à l'initiative de la majorité elle-même; il a amendé le texte sur plusieurs points dont certains fondamentaux (par exemple le délai de séparation exigé en cas de divorce sur demande unilatérale); la loi a été votée par la Chambre au cours d'une des séances-marathon qui ont précédé sa dissolution en vue des élections du 10 juin 2007. Bien peu croyaient, quelques semaines avant, à la possibilité d'un tel sprint.

3. – Le but de ce rapport est de présenter en résumé ce qui sera le droit en vigueur à partir du 1^{er} septembre 2007⁸, spécialement sous l'angle de la place de la faute, thème originaire de ce rapport à l'époque où ni son auteur, ni sans doute les lecteurs potentiels ne se doutaient que la réforme aboutirait avant la fin de la législature. Il a semblé aussi que quelques éléments de réflexion de fond au sujet de la nouvelle loi, pouvaient intéresser les praticiens, les théoriciens, voire tout simplement les citoyens, parce que les questions posées et les tentatives de réponses données influenceront la manière de traiter une cause et devraient contribuer à donner sens à notre droit de la famille en général et au droit du divorce en particulier.

4. – Toutes les questions, pour le moins foisonnantes, ne seront pas abordées par ce rapport, d'abord parce qu'on ne prétendra pas, à ce stade, avoir repéré toutes les innovations et toutes les difficultés, ensuite parce que l'intention est de montrer plus particulièrement à quel point la problématique de la faute

8 Voy. Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006 (ci-après « Projet »), ainsi que, spécialement, Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille » par Mme Valérie DEOM et M. Servais VERHERSTRATEN, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/007, 18 juillet 2006, ci-après « Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille' »; Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mme Valérie DEOM et M. Servais VERHERSTRATEN, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/018, 9 février 2007, ci-après « Rapport de la Commission de la justice de la Chambre ». Au Sénat, voy. les documents parlementaires 3-2068/1 et suivants, spécialement Rapport fait au nom de la Commission de la justice du Sénat par Madame Zrihen, *Doc. parl.*, S., n° 3-2068/4, ci-après « Rapport de la Commission de la justice du Sénat ».

dans le droit du divorce est complexe et, jusques et y compris dans le nouveau texte de loi, manifestement non résolue⁹.

B. Les intentions du gouvernement

5. – Les intentions exprimées par le ministre de la Justice étaient les suivantes¹⁰ :

- mettre en œuvre l'accord de gouvernement et les suggestions des États généraux des familles¹¹ ; le premier prévoit que « lorsqu'un mariage échoue malgré tous les efforts consentis, il faut pouvoir limiter autant que faire se peut les effets de cette expérience traumatisante; pour cette raison, la possibilité d'un divorce sans faute sera introduite dans les différentes formes de divorce existantes »;
- « prendre la mesure de l'évolution sociale », spécialement de l'augmentation du nombre de divorces, qui indiquerait que « le mariage n'est plus considéré comme une institution rigide et indissoluble, mais comme un pacte *sui generis* renouvelé au jour le jour »¹² ;
- consacrer le droit de divorcer, que l'on ne trouve cependant pas explicitement énoncé dans le nouveau texte de loi; il est exact que dans l'état actuel du droit interne ou du droit international, il n'y a pas de « droit au divorce »; la Convention européenne des droits de l'homme impose, selon la Cour de Strasbourg, l'existence d'une pro-

cédure judiciaire de dispense du devoir de cohabitation¹³ mais pas la reconnaissance d'un tel droit au divorce¹⁴ ;

- faire en sorte que la faute ne doit plus être centrale dans le divorce; limiter autant que faire se peut le débat sur les responsabilités dans la rupture et les effets néfastes de la procédure sur les relations entre parties;
- instaurer en conséquence « une seule cause de divorce : la désunion irrémédiable »¹⁵ et remplacer le divorce pour cause déterminée et le divorce « pour cause » de séparation de plus de deux ans¹⁶ par le divorce pour désunion irrémédiable, tout en maintenant finalement, après le passage du projet en Commission de la justice de la Chambre, le divorce par consentement mutuel, qui demeure un divorce sans cause¹⁷ ;
- en même temps, ne pas totalement exclure le débat sur la faute, « pour que soit conservée au sein du débat judiciaire une place pour l'expression de la souffrance de la victime »¹⁸; dès lors, « proposer une solution de compromis entre les différentes opinions relatives à la place de la faute dans la procédure »¹⁹ ;
- conserver pour l'essentiel, en les rapprochant, les figures existantes du divorce contentieux et du divorce amiable;
- unifier les différentes procédures afin de permettre des passerelles entre elles;

⁹ La question importante du droit transitoire (art. 42 de la loi nouvelle) ne sera pas abordée parce qu'elle nécessite à elle seule des développements qui ne trouvent pas leur place dans le cadre réflexif de la présente communication.

¹⁰ Voy. Projet, pp. 6-13 et Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille', pp. 9-13.

¹¹ En réalité, les États généraux des familles préconisaient l'instauration d'un divorce pour désunion irrémédiable, mais pas l'abandon du divorce pour faute.

¹² Selon le représentant de la ministre (Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille', p. 10), s'il y avait moins d'un divorce pour 10.000 habitants au 19^e siècle, il y en avait un pour 2.000 habitants en 1960, deux pour 1.000 en 1990 et la barre des 3 pour 1.000 a été dépassée en 2003. Il y a eu 43.326 mariages en 2004 et 31.418 divorces. Pour compléter les données, on peut noter qu'en 2005, il y a eu en Belgique 43.182 mariages et 30.844 divorces. Voy. les chiffres de l'Institut national des statistiques, <http://www.statbel.fgov.be>, à la rubrique « Mariages et divorces »; également *Info Flash*, n° 40, 12 juin 2003 (actualisé les 11 et 30 septembre 2003); également J. FIERENS, « La forteresse assiégée. Réflexions sur les statistiques du divorce », *Div. Act.*, 2005/4, pp. 60-64. Il serait par ailleurs « emblématique », selon le représentant de la ministre, que l'article 231 du Code civil, qui prévoit que le divorce peut être prononcé pour cause d'excès, sévices et injures graves, « n'a(it) pas été changé d'une virgule depuis 1804 » (Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille', p. 10).

¹³ AIREY C. IRLANDE, 9 octobre 1979.

¹⁴ JOHNSTON C. IRLANDE, 18 décembre 1986.

¹⁵ Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille', p. 10.

¹⁶ On utilise les guillemets parce que c'est à tort que l'article 232 du Code civil parle de divorce « pour cause » de séparation de fait, celle-ci étant plutôt une conséquence de la volonté de mettre fin au mariage que la raison du divorce. Il vaut mieux dire « divorce après séparation de fait de plus de deux ans ».

¹⁷ À première vue, selon l'article 233 du Code civil, le divorce par consentement mutuel n'est pas un divorce sans cause, puisque « Le consentement mutuel et persévérant des époux (...) prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille' à eux, une cause péremptoire de divorce ». C'est toutefois évidemment de manière inexacte que la loi tient le consentement pour une « preuve » de la vie commune insupportable. Dieu merci, tous les divorces par consentement mutuel ne sont pas la preuve que la vie des conjoints constituait un enfer.

¹⁸ Projet, p. 8.

¹⁹ Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille', p. 11.

- réduire le rôle du juge dans le « prononcé »²⁰ du divorce;
- ne pas bouleverser les différentes compétences en la matière.

C. Les grands axes de la réforme

6. – Les grands axes de la réforme, sont, *en ce qui concerne le divorce pour cause de désunion irrémédiable* :

- établir la désunion par la simple constatation judiciaire de l'écoulement de certains délais, variables selon que la demande est formée par un seul époux ou par les deux, et selon que la séparation de fait existe déjà ou pas : si la demande est conjointe, six mois de séparation de fait ou deux comparutions dont la seconde a lieu à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai de six mois de séparation, ou trois mois après la première; si la demande émane d'une seule partie, une année de séparation de fait ou deux comparutions dont la seconde a lieu à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai d'un an de séparation, ou un an après la première;
- supprimer, en principe, la notion de faute dans le cadre de la prononciation du divorce;
- conserver « par souci d'équité²¹ » la notion de faute pour ce qui concerne les conséquences du divorce, en particulier dans le débat relatif à la pension après divorce : celle-ci sera en principe due, sauf si le débiteur prouve que le créancier a commis une faute grave;
- limiter dans la durée le service de la pension, en fonction de la durée du mariage.

7. – Les grands axes de la réforme visaient initialement, *en ce qui concerne le divorce par consentement mutuel*, dans le but de favoriser les accords, à ne plus obliger les parties à régler toutes les conséquences de leur séparation²² (ce

²⁰ Les travaux parlementaires évoquent d'habitude le « prononcé », auquel on préférera, par respect de la langue française, la « prononciation » du divorce.

²¹ Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille', p. 12. ↪

²² Le représentant de la ministre a fait observer (Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille', p. 11) que dans l'état actuel de la loi, déjà, de nombreux contentieux font l'objet d'accords partiels et de décisions de justice qui ne concernent qu'un aspect des relations entre époux. Ainsi, l'article 1258 actuel du Code judiciaire prévoit que le tribunal peut entériner un accord partiel quant aux mesures provisoires et renvoyer la cause au juge des référés pour les points sur lesquels subsiste un désaccord. Même en matière patrimoniale, lorsque les époux sont divorcés, il leur est loisible

que certains parlementaires ont appelé le « divorce par consentement mutuel atténué ») ; le gouvernement, suivi en cela par les chambres, a renoncé toutefois à faire disparaître la procédure actuelle. Les conditions d'âge et de durée du mariage disparaissent néanmoins, et la transition entre la procédure par consentement mutuel et le divorce pour désunion irrémédiable, en cas de renonciation à la première, est aménagée. La seconde comparution peut être supprimée si une séparation de six mois existe lors de l'introduction de la demande.

8. – Les grands axes sont, *en ce qui concerne la procédure* :

- autoriser l'introduction de l'action en divorce par requête, sauf lorsque le demandeur entend prouver la désunion irrémédiable par toutes voies de droit, auquel cas le recours à la citation par exploit d'huissier de justice restera nécessaire;
- autoriser le passage d'une démarche contentieuse à une démarche amiable et réciproquement; ainsi, si elles ont négocié un accord, mais que dans le courant de la procédure, une des parties change d'avis, le « segment litigieux » pourra faire l'objet d'une décision judiciaire; cette possibilité demeurera en partie, même si la procédure de divorce par consentement mutuel est maintenue suite aux amendements du gouvernement; en effet, les époux pourront demander le divorce conjointement et faire trancher les mesures provisoires en référé, puis poursuivre une procédure éventuellement contentieuse de liquidation-partage;
- obliger le juge à donner aux parties toute information utile relative à la médiation; l'autoriser à surseoir à statuer au maximum pendant un mois, afin de permettre aux parties d'entamer le processus;
- originellement, supprimer le droit d'appel contre un jugement prononçant le divorce; cette innovation n'a finalement pas été adoptée;
- raccourcir le délai de pourvoi en cassation.

D. Le résumé du nouveau droit du divorce

1. Les types de divorce

9. – Le nouvel article 229 du Code civil porte :

de transiger sur le montant de la pension alimentaire après divorce ou encore de transiger partiellement sur les questions relatives à la liquidation et au partage.

Art. 229.- § 1^{er}. Le divorce est prononcé lorsque le juge constate la désunion irrémédiable entre les époux. La désunion est irrémédiable lorsqu'elle rend raisonnablement impossible la poursuite de la vie commune et la reprise de celle-ci entre eux. La preuve de la désunion irrémédiable peut être rapportée par toutes voies de droit.

§ 2. La désunion irrémédiable est établie lorsque la demande est formée conjointement par les deux époux après plus de six mois de séparation de fait ou qu'elle est répétée à deux reprises conformément à l'article 1255, § 1^{er}, du Code judiciaire.

§ 3. Elle est également établie lorsque la demande est formée par un seul époux après plus d'un an de séparation de fait ou qu'elle est répétée à deux reprises conformément à l'article 1255, § 2, du Code judiciaire.

Le nouvel article 1255 du Code judiciaire se lit comme suit :

§ 1^{er}. Si le divorce est sollicité conjointement sur la base de l'article 229, § 2, du Code civil, la requête est signée par chacun des époux, ou par au moins un avocat ou un notaire.

S'il est établi que les parties sont séparées de fait depuis plus de six mois, le juge prononce le divorce.

Si les parties ne sont pas séparées de fait depuis plus de six mois, le juge fixe une nouvelle audience. Celle-ci a lieu à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai de six mois, ou trois mois après la première comparution des parties. Lors de cette audience, si les parties confirment leur volonté, le juge prononce le divorce.

Lorsqu'il prononce le divorce, le juge homologue le cas échéant les accords intervenus entre parties.

§ 2. Si le divorce est demandé par l'un des époux en application de l'article 229, § 3, du Code civil, le juge prononce le divorce s'il constate que les parties sont séparées de fait depuis plus d'un an.

Si les parties ne sont pas séparées de fait depuis plus d'un an, le juge fixe une nouvelle audience. Celle-ci a lieu à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai d'un an, ou un an après la première audience. Lors de cette audience, si l'une des parties le requiert, le juge prononce le divorce.

§ 3. Si le divorce est demandé par l'un des époux et qu'en cours de procédure, l'autre marque son accord quant à la demande, le divorce est prononcé moyennant le respect des délais visés au § 2.

§ 4. La séparation de fait des époux peut être établie par toutes voies de droit, l'aveu et le serment exceptés, et notamment par la production de certificats de domicile démontrant des inscriptions à des adresses différentes.

§ 5. Si le divorce est demandé par l'une des parties, en application de l'article 229, § 1^{er}, du Code civil, et que le caractère irrémédiable de la désunion est établi, le juge peut prononcer le divorce sans délai.

§ 6. Sauf circonstances exceptionnelles, la comparution personnelle des parties est requise en cas de demande conjointe fondée sur l'article 229, § 2, du Code Civil et la comparution personnelle de la partie demanderesse dans les autres cas.

En toute hypothèse, l'audience a lieu en chambre du conseil.

Sans préjudice de l'article 1734, le juge tente de concilier les parties. Il leur donne toutes informations utiles sur la procédure et en particulier sur l'intérêt de recourir à la médiation telle que prévue à la septième partie du présent Code. Il peut ordonner la surséance à la procédure afin de permettre aux parties de recueillir toutes informations utiles à cet égard. La durée de la surséance ne peut être supérieure à un mois.

§ 7. Si l'un des époux est dans un état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mental, il est représenté en tant que défendeur par son tuteur, son administrateur provisoire, ou, à défaut, par un administrateur *ad hoc* désigné préalablement par le président du tribunal à la requête de la partie demanderesse.

10. — Puisqu'il a été décidé par ailleurs, finalement, de conserver une procédure distincte de divorce par consentement mutuel, l'article 275 du Code civil est modifié comme suit²³ :

Art. 275.- Les époux pourront également divorcer par consentement mutuel, aux conditions fixées à la section 2, du chapitre XI de la quatrième partie du Code judiciaire.

11. — En d'autres mots, la seule cause de divorce devient la désunion irrémédiable. Celle-ci a reçu une définition suite à un amendement déposé en Commission de la justice de la Chambre, qui semble particulièrement opportune pour que le justiciable sache ce qu'il doit prouver dans l'hypothèse de l'application du paragraphe 1^{er} de l'article 229 du Code civil. La désunion est irrémédiable lorsqu'elle rend raisonnablement impossible la poursuite de la vie commune et la reprise de celle-ci entre eux²⁴. Les actuels articles 1284 à 1286 sont abrogés, qui prévoient que l'action en divorce est éteinte par la réconciliation des époux, comme si une telle hypothèse était devenue choquante²⁵. Si la demande de divorce est basée sur l'article 229,

23 Amendement n° 91, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2341/008, 17 octobre 2006.

24 Amendement n° 121 de Mme Sabien LAHAYE-BATTHEU et consorts tendant à expliquer le concept de désunion irrémédiable (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2341/012, 30 novembre 2006), et Rapport de la Commission de la justice de la Chambre, p. 75.

25 Article 31, 1^{er}, de la loi nouvelle.

§ 1^{er}, nouveau du Code civil, elle aurait cependant pour effet d'établir que la désunion n'est pas irrémédiable.

12. – Au divorce pour cause s'ajouterait le divorce par consentement mutuel. Le divorce fondé sur l'adultère, sur les excès, sévices ou injures graves et le divorce après séparation de fait de plus de deux ans disparaissent.

2. La preuve de la désunion irrémédiable

13. – La désunion irrémédiable pourra désormais être établie judiciairement de deux façons :

- A. *soit* par toutes voies de droit;
- B. *soit* par l'écoulement d'un délai :
 - 1. lorsque la demande est formée conjointement *par les deux époux* :
 - a. *si* les époux sont séparés depuis six mois,
 - b. *ou si* la demande est répétée une deuxième fois devant le tribunal à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai de six mois de séparation,
 - c. *ou si* la demande est répétée une deuxième fois devant le tribunal lors d'une seconde audience fixée trois mois après la première comparution des parties;
 - 2. lorsque la demande est formée *par un seul époux* :
 - a. *si* les époux sont séparés depuis un an,
 - b. *ou si* l'une des parties requiert le divorce lors d'une seconde audience fixée à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai d'un an de séparation,
 - c. *ou si* l'une des parties requiert le divorce lors d'une seconde audience fixée un an après la première comparution des parties.

14. – Le délai initialement prévu en B, 2, c, c'est-à-dire en cas de demande unilatérale sans invocation d'une séparation, était fixé à six mois. Cette disposition a été amendée en Commission de la justice du Sénat, sur la base notamment de recommandations formulées au niveau européen²⁶.

²⁶ Amendement n° 64 de M. MAHOUX et consorts (*Doc. parl.*, S., sess. 2006-2007, n° 3-2068/2 et Rapport de la Commission de la justice du Sénat, p. 83 et 94).

15. – En ce qui concerne la situation visée sous la lettre A du paragraphe 13 ci-dessus, c'est-à-dire le divorce qui impliquerait la preuve directe de la désunion irrémédiable, le nouveau texte renvoie au régime général de la preuve prévu par le Code civil ou le Code judiciaire.

¹⁶ – Le nouvel article 1255, § 4 du Code judiciaire exclut l'aveu et le serment pour ce qui concerne la preuve de la séparation, mais ils ne semblent nullement exclus pour d'autres faits²⁷. On pourrait dès lors imaginer qu'un époux établit la désunion irrémédiable par l'aveu crédible de son propre manquement aux devoirs du mariage. Selon la ministre de la Justice, dans l'hypothèse où une partie invoque par exemple son propre adultère, « si le conjoint reconnaît l'adultère invoqué par la partie demanderesse, le juge prendra cet aveu en compte. Par contre, si la partie demanderesse invoque son propre adultère dans sa demande en divorce et que le conjoint ne le reconnaît pas, le juge écartera cet aveu qu'il estimera collusoire »²⁸. Voilà qui est gaillardement préjuger de ce que décideront les tribunaux... La collusion implique la fraude²⁹, qui ne se vérifie pas nécessairement lorsqu'une partie invoque sa propre faute.

17. – Le représentant de la ministre a pour sa part déclaré en sous-commission de la Chambre que la constatation de la désunion « peut résulter – quoique rarement – de l'intime conviction du juge »³⁰. Cette interprétation ne paraît pas compatible avec le nouveau texte, l'intime conviction du tribunal n'étant pas un mode de preuve civil³¹. Elle fait partie des systèmes de preuve libre comme celui du droit pénal et non des systèmes de preuve légale comme celui qui régit notre droit civil.

3. Le divorce sur demande conjointe et le divorce par consentement mutuel

18. – Le 17 octobre 2006, date de dépôt de l'amendement n° 91, le gouvernement a proposé de maintenir la procédure de divorce par consentement

²⁷ Selon l'article 229, § 4, en projet, la séparation de fait des époux peut être établie par toutes voies de droit, l'aveu et le serment exceptés, « (et) notamment » par la production de certificats de domicile démontrant des inscriptions à des adresses différentes. Le « et » est inutile et inélégant.

²⁸ Rapport de la Commission de la justice du Sénat, p.57.

²⁹ Voy. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 7^{éd.}, 1987, v° *collusion*.

³⁰ Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille', p. 49 et p. 57.

³¹ Voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 38-40.

mutuel³². Ce revirement serait justifié par le succès actuel de cette procédure, souligné maintes fois en sous-commission « Droit de la famille » de la Chambre. Certains parlementaires estimaient en outre qu'inciter les époux à la négociation pour arriver à un accord complet, comme le veut le système actuel à travers les conventions préalables, est un bien puisqu'il exige la négociation. L'objection aurait pu être que l'accord global n'est justement plus nécessaire, puisque des voies de divorce beaucoup plus rapides sont désormais ouvertes aux conjoints d'accord de rompre leur union sans en exprimer les causes, mais en litige sur les modalités ou les conséquences. Il leur suffira d'introduire leur demande sur la base du nouvel article 229, § 2 du Code civil et de saisir le juge des référés. Les époux pourront donc être tentés d'abandonner les négociations relatives à un divorce par consentement mutuel à la moindre difficulté.

19. – Les mauvaises langues prétendent que le maintien du divorce par consentement mutuel « classique » est surtout une victoire du « lobby notarial », mais il y va sûrement de médisance gratuite. Ce qui est plus probable, par contre, est que la cohérence de la réforme devienne introuvable.

20. – Selon l'article 34 du projet initial, le divorce sollicité conjointement se serait accompagné éventuellement, mais plus nécessairement, de conventions préalables. Selon l'amendement du gouvernement n° 105, l'article 1288 du Code judiciaire demeure tel qu'aujourd'hui, ce qui signifie que des conventions préalables complètes restent nécessaires dans le cadre de la procédure par consentement mutuel « classique ».

21. – La mise en œuvre de la procédure prévue en B, 1, du paragraphe 13 ci-dessus, qui implique une demande conjointe des époux, constitue une deuxième sorte de divorce par consentement mutuel. Rien cependant ne semble empêcher que sur demande conjointe, les époux établissent par toutes voies de droit (hypothèse A) que leur désunion est irrémédiable, ce qui constituerait alors une troisième sorte de divorce par consentement mutuel.

22. – Parmi les nouveautés introduites dans la procédure du divorce par consentement mutuel actuelle, on peut noter qu'en cas d'abandon de la procédure, selon l'amendement n° 109 déposé à la Chambre par le gouvernement, qui insère un article 1294bis dans le Code judiciaire, si l'une des parties ne comparait pas lors de l'audience prévue à l'article 1294 (seconde compa-

32 *Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2341/008, 17 octobre 2006.*

ration) ou fait savoir en cours de procédure qu'elle ne souhaite pas poursuivre celle-ci, la partie la plus diligente pourra solliciter l'application du nouvel article 1255 (c'est-à-dire demander le divorce pour cause de désunion irrémédiable). Dans ce cas, le délai d'un an³³ pour la fixation de l'audience prévue à l'article 1255, § 2, alinéa 2 (deuxième comparution dans le cadre de la demande unilatérale en divorce pour désunion irrémédiable lorsque les parties ne sont pas séparées depuis plus d'un an), prendra cours à la date de la comparution visée à l'article 1289 (première comparution en divorce par consentement mutuel selon la procédure actuelle). Bref, un époux ou les deux pourront passer de la procédure classique à une procédure nouvelle, la première comparution du divorce par consentement mutuel étant le point de départ des délais fixés en matière de divorce pour cause de désunion irrémédiable.

23. – Suite à l'amendement n° 104 déposé à la Chambre par le gouvernement³⁴, le législateur a prévu l'abrogation de l'alinéa 4 de l'article 1287 du Code judiciaire, qui porte que les conventions sont sans effet si la procédure est abandonnée. Dans un tel cas, selon l'article 1294bis nouveau du Code judiciaire, les conventions prévues à l'article 1287 du Code judiciaire lient les parties à titre provisoire³⁵, jusqu'à ce qu'il soit fait application des articles 1257 ou 1280 (homologation d'accords ou mesures provisoires décidées en référé). Le législateur a manifestement voulu viser les conventions prévues aux articles 1287 et 1288 du Code judiciaire, ce qui promet sans doute une loi « réparatrice ». Si les conventions ne revêtent pas la forme d'un titre exécutoire, à la demande de la partie la plus diligente, la cause sera fixée à l'audience des référés. Si l'une des parties en faisait la demande, le président prononcera une ordonnance « provisoire » conforme aux conventions³⁶. On

33 Le projet amendé par le Sénat (*Doc. parl., S., sess. 2006-2007, n° 2341/022, p. 17, art. 36*) parle encore, à la suite d'une inadvertance, du délai de six mois, initialement prévu par l'article 1255, § 2, alinéa 2 en projet, du Code judiciaire. La Commission de la justice de la Chambre a *in fine* corrigé la disposition au nom d'une correction technique.

34 *Ibidem.*

35 L'amendement n° 109 disait « à titre provisionnel », mais le mot a été changé en Commission de la justice de la Chambre au nom d'une correction technique (Rapport de la Commission de la justice de la Chambre, p. 61).

36 La portée du mot « provisoire » qualifiant la décision à intervenir n'est pas claire. Toutes les ordonnances rendues sur la base de l'article 1280 du Code judiciaire sont provisoires au sens où elles peuvent être modifiées ou rapportées en cas de circonstances nouvelles, mais ne le sont pas au sens où elles ne sont pas prises dans l'attente d'une décision sur le fond. C'est pourtant ce deuxième sens qui semble devoir s'imposer ici.

peut supposer que le président demeurera juge de l'opportunité de cette décision en ce qui concerne les enfants mineurs des parties, car, dans le cas contraire, le contrôle du parquet et celui que le tribunal lui-même exercera dans la procédure classique de divorce par consentement mutuel pourraient être contournés. Ces aménagements sont justifiés par le souci de ne plus contraindre les parties à reprendre la procédure *ab initio* lorsque le divorce par consentement mutuel est abandonné.

24. – En outre, aux termes de l'article 1291*bis* nouveau du Code judiciaire, si les époux établissent qu'ils sont séparés de fait depuis plus de six mois au moment de l'introduction de la demande, ils sont dispensés de la seconde comparution prévue à l'article 1294. Trois mois de « gagnés » ...

25. – Les conditions d'âge (avoir 20 ans au moment du dépôt de la requête) et de durée du mariage (deux ans) du divorce par consentement mutuel actuel, qui étaient prévues par les articles 275 et 276 du Code civil, sont supprimées. C'est, ici, un choix du gouvernement et du législateur, qui entendent permettre un divorce amiable dès le jour du mariage, à n'importe quel âge, un conjoint fût-il exceptionnellement mineur émancipé³⁷. Les amendements déposés en Commission de la justice du Sénat, tendant à maintenir une condition de durée d'un an de mariage, ont été rejetés³⁸. Il est permis de se demander dans quelle mesure les nouvelles conditions du divorce par consentement mutuel ne pourraient incidemment encourager les mariages blancs.

26. – À propos de la situation prévue en B, 1, b, du paragraphe n° 13 ci-dessus, le Conseil d'État³⁹ et divers intervenants se sont posé la question de savoir pourquoi, lorsque les deux époux demandent le divorce et qu'il y a séparation de fait, c'est-à-dire un élément objectif montrant que le couple traverse des difficultés, une période d'épreuve de six mois, vérifiée le cas échéant lors d'une seconde comparution, est exigée alors que, lorsque cet élément objectif fait défaut, la période d'épreuve est seulement de trois mois. En d'autres termes, il ne serait pas cohérent, en cas de demande conjointe,

³⁷ Pour rappel, l'article 145 du Code civil autorise l'hypothèse du mariage des mineurs sans même prendre en considération les éventuels mariages de mineurs conclus à l'étranger, et l'article 476, alinéa 1^{er}, du Code civil prévoit que le mineur est émancipé de plein droit par le mariage.

³⁸ Amendement n° 20 déposé par Mme NYSSENS et amendement n° 14 de M. HUGO VANDENBERGHE et consorts, (Doc. parl., 5^e sess. 2006-2007, n° 3-2068/2) et Rapport de la Commission de la justice du Sénat, pp. 64 et 93.

³⁹ Projet, Avis du Conseil d'État, p. 56.

d'attendre une séparation de fait de six mois pour démarrer la procédure. Rien ne justifiait donc, aux yeux du Conseil d'État, de maintenir ce délai. Il pourrait cependant permettre aux époux d'accélérer la procédure, puisque tel est le but suprême, si le délai de six mois de séparation est atteint avant la fin du troisième mois qui suit l'introduction de la demande. En effet, dans ce cas, la seconde audience prévue peut avoir lieu anticipativement. Si le délai de six mois de séparation est atteint plus de trois mois après l'audience d'introduction, rien ne sert par contre de l'invoquer, du point de vue de la rapidité de la procédure.

4. La question de la nature du comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune

27. – Dans le projet initial, un paragraphe 4 complétait l'article 229 du Code civil proposé, ainsi libellé : « § 4. [La désunion irrémédiable] est encore présumée lorsque l'un des époux prouve que l'autre a adopté un comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune »⁴⁰. Cette hypothèse a été jugée trop proche de l'évocation de la faute. Suite à un amendement déposé le 17 octobre 2006 par le gouvernement lui-même qui soutenait que les objectifs de la réforme, dont l'équilibre entre les partisans d'une suppression totale de la notion de faute et ceux qui souhaitent son maintien, peuvent être atteints à travers le paragraphe 1^{er}, le paragraphe 4 a disparu⁴¹. Sa mise en œuvre aurait toutefois impliqué, toujours selon le projet initial, la preuve d'un comportement qui n'aurait pas nécessairement constitué une faute. Aucun exemple n'avait été donné, ce qui mobilisait particulièrement l'imagination. Quel aurait été un *comportement* (donc un acte volontaire, pas une incompatibilité d'humeur) qui n'aurait pas constitué une violation des devoirs du mariage ni aucune faute, mais qui aurait rendu la poursuite de celui-ci impossible ? Il finit par être nécessaire de rappeler que les devoirs de cohabitation, de fidélité, d'assistance, de secours et de contribution aux charges demeurent parmi d'autres des effets du mariage, et que la réforme n'entend pas les supprimer, même si leur violation n'est plus sanctionnée comme telle, même indirectement, à travers le divorce. Surtout, l'article 229, § 4, proposé, du Code civil indiquait que malgré les intentions annoncées et ce qui devrait

⁴⁰ Projet, p. 65. Il était inutile de passer, comme le faisait le texte initial, par l'instauration d'une présomption. La loi en serait venue à dire que la preuve d'un comportement entraînant l'impossibilité de prolonger la vie commune est une présomption de désunion irrémédiable, ce qui apparaît pour le moins tautologique.

⁴¹ Amendement n° 90, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2341/008, 17 octobre 2006.

faire le cœur de la réforme, la faute demeure éventuellement présente dans la dissolution du mariage, même si le mot n'est pas utilisé.

28. — Le projet accentuait considérablement le pouvoir d'appréciation du juge, puisque le comportement visé au § 4 n'était nullement précisé. Jusqu'à présent, le comportement fautif était déterminé par les articles 229 et 231 anciens du Code civil, qui distinguaient d'ailleurs, selon la jurisprudence, la cause présumée offensante (l'adultère⁴²) et les causes dont la gravité doit être démontrée par le demandeur (les excès, les sévices et les injures)⁴³.

29. — Plusieurs parlementaires ont estimé que le maintien de cette cause de divorce, fût-elle déguisée en présomption de désunion irrémédiable, n'est plus nécessaire. Il est exact que le paragraphe 1^{er} du nouvel article 229, encore qu'il puisse concerner une situation non fautive et cette fois une simple incompatibilité d'humeur, puisqu'il ne vise pas un « comportement », permet aussi à un époux de fonder plus indirectement encore sa demande en divorce sur la faute de son conjoint. Cachez donc cette faute que je ne saurais voir, mais le résultat est surtout formel, puisqu'elle aura sa place dans le débat, tout en disant de moins en moins son nom. Les époux qui souhaitent régler des comptes de manière contentieuse en auront toujours la possibilité et ne s'en priveront sans doute pas. Le pouvoir d'appréciation du juge sera en tout cas considérablement accru et le risque de jurisprudence hétérogène élevé.

30. — Autre surprise : le paragraphe 4 de l'article 229 en projet, mais qui a été abandonné, visait un comportement *de l'autre*. Tel n'est pas le cas du § 1^{er}. Comme on l'a déjà relevé à propos de la preuve de la désunion, on ne voit pas, dès lors, ce qui s'opposerait à ce qu'un époux invoque sa propre faute, ou en tout cas son propre comportement, pour obtenir le divorce, même contre la volonté de son conjoint, d'autant que le nouveau texte admet l'aveu ou le serment comme mode de preuve de la désunion irrémédiable. La règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* n'est pas un principe général de droit, contrairement à ce que laisse entendre la ministre de la Justice⁴⁴. Ainsi,

⁴² Il est certain cependant que si la présomption de gravité et d'outrage s'attache encore en principe à l'adultère, la jurisprudence se fait de plus en plus souple en cas de contestation de ce caractère outrageant. Voy. C. HIERNAX, « Le divorce et la séparation de corps », in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence (1999-2004)*, Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 56, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 110-113.

⁴³ Voy. Y-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 437.

⁴⁴ Rapport de la Commission de la justice du sénat, p. 56.

pour l'application de l'article 232, alinéa 1^{er}, du Code civil, rien n'empêchait jusqu'à présent un conjoint demandeur d'« avouer » une séparation, même si celle-ci constituait dans son chef un manquement au devoir de cohabitation⁴⁵.

31. — Un époux pourra sans doute aussi, invoquer, en vertu du nouveau texte, l'état mental de l'autre à travers le paragraphe 1^{er} du nouvel article 229, voire le sien, dès lors qu'on ne tomberait pas dans l'hypothèse d'un état de démence ou d'état grave de déséquilibre mental, auquel cas l'article 1255, § 7, nouveau, du Code judiciaire s'appliquerait. Une partie pourrait tenter de convaincre le juge de ce que son état dépressif ou agressif face à l'autre rend la désunion irrémédiable.

5. La question des effets des délais de séparation ou de répétition de la demande en divorce

32. — L'accent de la réforme porte sur les conséquences que la loi et les tribunaux tireront de la durée de séparation des époux ou de la répétition de la demande en divorce après une période variable selon qu'elle est conjointe ou unilatérale. Les situations visées sous B, 1, et sous B, 2, du paragraphe 13 ci-dessus, soit la mise en œuvre des paragraphes 2 et 3 de l'article 229 nouveau du Code civil, devraient fonder en pratique la majorité des procédures à venir. Jusqu'à ce que le projet ait été examiné par la Commission de la justice du Sénat, les délais de séparation ou de répétition de la demande étaient désignés par le texte comme des *présomptions* de désunion irrémédiable. La question se posait dès lors de savoir si ces présomptions auraient été réfragables. Une partie aurait-elle pu, en d'autres mots, soutenir en défense que l'écoulement des délais ne correspond pas, *in casu*, à une telle désunion ? La difficulté était accentuée par le fait que le texte néerlandais de l'article 229, §§ 2 et 3 proposés disait « Het vermoeden van de duurzame ontwrichting bestaat wanneer... » ; « Het bestaan van de duurzame ontwrichting wordt ook vermoed wanneer... »

33. — À ce sujet, la réponse du représentant de la ministre en sous-commission « Droit de la famille » de la Chambre était doublement ambiguë. Répondant à la question de savoir plus précisément si la présomption aujourd'hui supprimée du § 4 initial de l'article 229 — celle qui visait des indices sérieux que l'autre a adopté un comportement rendant impossible la

⁴⁵ Voy. l'article 1270bis actuel du Code judiciaire.

poursuite de la vie commune – aurait été réfragable, il avait répondu que « le juge ne doit pas prononcer le divorce lorsqu'il considère que le comportement de l'autre époux ne rend pas impossible la poursuite de la vie commune. Le divorce doit par contre être prononcé lorsque les délais prescrits sont révolus. »⁴⁶. La première partie de la réponse ne correspondait pas à la question, puisqu'elle ne concernait pas les présomptions liées à la durée mais l'absence éventuelle de preuve que le comportement entraîne l'impossibilité de prolonger la vie commune, ce qui fait qu'alors aucune présomption n'aurait existé. La seconde partie ne disait pas si les « présomptions » attachées à l'écoulement des délais se seraient appliquées *iuris tantum* ou *iuris et de iure*.

34. – Il semblait toutefois que celles-ci, dans leur ensemble, étaient considérées comme irréfragables, puisque selon l'article 1255, § 1^{er}, nouveau, du Code judiciaire, « s'il est établi que les parties sont séparées depuis plus de six mois, le juge *prononce* le divorce. Si les parties ne sont pas séparées depuis plus de six mois, le juge fixe une nouvelle audience. (...) Lors de cette audience, si les parties confirment leur volonté, le juge *prononce* le divorce. ». Le paragraphe 2 de l'article 1255 contient des formules analogues pour ce qui concerne les autres délais. D'un autre côté, en principe, si la loi ne précise pas qu'elle est absolue, une présomption doit être considérée comme relative, et il est de règle que le serment et l'aveu peuvent renverser une preuve même irréfragable si elle n'est pas fondée sur des considérations d'ordre public⁴⁷. C'est ce qu'a dû concéder la ministre en Commission de la justice du Sénat, du moins dans un premier temps. Selon elle, les présomptions étaient réfragables⁴⁸. Malgré l'écoulement des délais, une partie aurait donc pu contester l'existence d'une désunion irrémédiable. Mais la ministre se reprend aussitôt, non sans contradiction : « Elle souhaite apporter une précision à ce qu'elle a dit à propos du caractère réfragable des présomptions. Elle propose d'illustrer la portée de l'article par les exemples suivants : dans une situation où les conjoints sont séparés et où ils habitent à des adresses différentes, avec un accord sur la garde des enfants, l'habitation familiale, etc., une telle séparation de fait débouche automatiquement sur un divorce. Par contre, il peut y avoir une séparation de fait pour raison professionnelle, une telle séparation n'équivaut pas à une séparation de fait permettant d'établir une désunion irrémédiable des conjoints. »⁴⁹

46 Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille', p. 62.

47 N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, op. cit., n° 198-200.

48 Rapport de la Commission de la justice du Sénat, p. 61.

49 *Ibidem*, p. 62.

35. – Une relative clarification a été apportée par l'introduction de l'amendement n° 65 déposé par Messieurs Mahoux et Semnara en Commission de la justice du Sénat⁵⁰, faisant suite à la suggestion de la ministre de rédiger finalement le texte comme suit : « La désunion irrémédiable est *établie* lorsque la demande est formée... Elle est également *établie*... ». Les délais visés au nouvel article 229 du Code civil ne sont donc plus des présomptions. Ils « établissent » *iuris et de iure* la désunion irrémédiable. Mais alors qu'en sera-t-il des effets d'une séparation provoquée par exemple par des raisons professionnelles ou l'emprisonnement d'un conjoint ? Les hésitations de la ministre tendraient à indiquer que l'intention de se désunir doit avoir existé dans le chef d'un des deux époux au moins tout au long du délai de séparation requis, comme actuellement pour l'application de l'article 232 du Code civil.

6. Le passage d'une procédure à l'autre

36. – Il serait possible, en cours de procédure, de passer d'une base légale à l'autre. Si la procédure est introduite par un époux, mais que quelque temps après, le défendeur admet que la désunion est irrémédiable et demande lui-même le divorce, les délais s'en trouveront ainsi raccourcis. Un époux qui a introduit sa demande sur la base des délais de séparation ou de procédure pourra choisir de prouver la désunion irrémédiable par toutes voies de droit ou l'inverse. Rien ne semble s'y opposer, puisque le nouvel article 1254, § 5, du Code judiciaire prévoit que « jusqu'à la clôture des débats, les parties ou l'une d'elles pourraient étendre ou modifier la cause ou l'objet de la demande, introduire des demandes reconventionnelles ou ampliatives, et ce, par conclusions contradictoirement prises ou par conclusions communiquées à l'autre conjoint par exploit d'huissier ou par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception »⁵¹. La question du passage d'une procédure de divorce par consentement mutuel « ancienne mode » à l'application des nouvelles dispositions a déjà été mentionnée⁵².

50 *Doc. parl., S., sess. 2006-2007*, n° 3-2068/2 et Rapport de la Commission de la justice du Sénat, p. 64 et 92.

51 Projet, article 17 dans lequel le paragraphe pertinent était le § 4 de l'article 1255 en projet du Code judiciaire. La rédaction est particulièrement peu élégante par l'introduction malencontreuse des mots « et ce ».

52 *Supra*, n° 22 et 23.

37. – De manière générale, le nouveau texte a voulu « clarifier » le système prévu par l'actuel article 1268 du Code judiciaire, abrogé par la loi nouvelle, dans le sens d'une très grande souplesse⁵³.

7. Le divorce mettant en cause un malade mental

38. – L'hypothèse du divorce mettant en cause un malade mental, visée par l'article 232, alinéa 2, actuel, du Code civil, était prise en compte par l'article 1255, § 6, du Code judiciaire, tel que proposé dans le projet originaire. Celui-ci prévoyait la représentation du malade, mais n'indiquait pas que le représentant ne pouvait pas agir comme demandeur, ce qui était contraire à la solution actuelle et posait la question de la stricte personnalité de l'action en divorce⁵⁴. Au surplus, le projet renvoyait encore maladroitement à l'intervention éventuelle de « l'administrateur provisoire général ou spécial », instituée par la loi du 18 juin 1850 sur le régime des aliénés, abrogée depuis 1991. À nouveau, le Sénat a introduit à juste titre un amendement, devenu le paragraphe 7 du nouvel article 1255 du Code judiciaire⁵⁵, ainsi libellé : « Si l'un des époux est dans un état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mental, il est représenté en tant que défendeur par son tuteur, son administrateur provisoire, ou, à défaut, par un administrateur *ad hoc* désigné préalablement par le président du tribunal à la requête de la partie demanderesse. » La solution prévue par l'actuel article 232, alinéa 2, du Code civil est ainsi maintenue. Le représentant légal ne pourra pas agir en demande.

E. Les effets du divorce

1. Le sort des avantages matrimoniaux

39. – L'actuel article 299 du Code civil prévoit que « pour quelque cause que le divorce ait lieu, hors le cas du consentement mutuel, l'époux contre lequel le divorce aura été admis, perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage

contracté ». Il sera désormais remplacé par la disposition suivante : « Sauf convention contraire, les époux perdent tous les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage. ». La « convention contraire » pourra être conclue soit dans l'acte constitutif des avantages, soit pendant la procédure de divorce, ou encore dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial.

40. – Si la faute disparaît en principe, il est logique que la perte des avantages matrimoniaux ne frappe plus le conjoint fautif, devenu en théorie introuvable; Lapalisse n'aurait pas dit mieux. Toutefois, puisqu' l'issue du divorce on se retrouve théoriquement en présence de deux innocents, il eut été plus cohérent d'inverser la logique en prévoyant le maintien des avantages contractuels sauf convention contraire. Les amendements déposés en ce sens ont néanmoins été rejetés en Commission de la justice du Sénat⁵⁶.

41. – L'actuel article 300 du Code civil est abrogé. Il est ainsi libellé : « L'époux qui aura obtenu le divorce, conservera les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu. ». Cette abrogation est le corollaire de l'abrogation précédente.

2. La pension après divorce

a. Le principe et les critères

42. – L'actuel article 301 du Code civil, relatif à la pension après divorce, est remplacé par la nouvelle disposition suivante, considérablement remaniée en Commission de la justice de la Chambre⁵⁷ :

Art. 301.- § 1er. Sans préjudice de l'article 1257 du Code judiciaire, les époux peuvent convenir à tout moment de la pension alimentaire éventuelle, du montant de celle-ci et des modalités selon lesquelles le montant convenu pourra être revu.

§ 2. À défaut de la convention visée au § 1er, le tribunal peut, dans le jugement prononçant le divorce ou lors d'une décision ultérieure, accorder,

⁵³ Projet, p. 25.

⁵⁴ « § 6. Si l'un des époux est dans un état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mental, il est représenté par son tuteur, son administrateur provisoire général ou spécial, ou, à défaut, par un administrateur *ad hoc* désigné préalablement par le président du tribunal à la requête de la partie demanderesse. »

⁵⁵ Amendement n° 33 de Mme NYSSENS (Doc. parl., S., sess. 2006-2007, n° 3-2068/2 et Rapport de la Commission de la justice du Sénat, p. 82 et 94).

⁵⁶ Amendements n° 23 déposé par Mme NYSSENS et 50 déposé par M. Hugo VANDENBERGHE, Doc. parl., S., sess. 2006-2007, n° 3-2068/2 et Rapport de la Commission de la justice du Sénat, p. 66 et 93.

⁵⁷ Le texte tient compte des amendements n° 92 et 93 du gouvernement proposés en sous-Commission « Droit de la famille » de la Chambre (Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2341/008), adoptés en Commission, et des amendements n° 145, 128, 122, 124, 141, 123 et 155, adoptés dans cet ordre par la Commission de la justice de la Chambre (Rapport de la Commission de la justice de la Chambre, pp. 33 et ss. et 77-78). Le texte n'a pas été amendé par le Sénat.

à la demande de l'époux dans le besoin, une pension alimentaire à charge de l'autre époux.

Le tribunal peut refuser de faire droit à la demande de pension si le défendeur prouve que le demandeur a commis une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune.

En aucun cas, la pension alimentaire n'est accordée au conjoint reconnu coupable d'un fait visé aux articles 375, 398 à 400, 402, 403 ou 405 du Code pénal, commis contre la personne du défendeur, ou d'une tentative de commettre un fait visé aux articles 375, 393, 394 ou 397 du même Code contre cette même personne.

Par dérogation à l'article 4 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, le juge peut, en attendant que la décision sur l'action publique soit coulée en force de chose jugée, allouer au demandeur une pension provisionnelle, en tenant compte de toutes les circonstances de la cause. Il peut subordonner l'octroi de cette pension provisionnelle à la constitution d'une garantie qu'il détermine et dont il fixe les modalités.

§ 3. Le tribunal fixe le montant de la pension alimentaire qui doit couvrir au moins l'état de besoin du bénéficiaire.

Il tient compte des revenus et possibilités des conjoints et de la dégradation significative de la situation économique du bénéficiaire. Pour apprécier cette dégradation, le juge se fonde notamment sur la durée du mariage, l'âge des parties, leur comportement durant le mariage quant à l'organisation de leurs besoins, la charge des enfants pendant la vie commune ou après celle-ci. Le juge peut décider le cas échéant que la pension sera dégressive et déterminer dans quelle mesure elle le sera.

La pension alimentaire ne peut excéder le tiers des revenus du conjoint débiteur.

§ 4. La durée de la pension ne peut être supérieure à celle du mariage.

En cas de circonstances exceptionnelles, si le bénéficiaire démontre qu'à l'expiration du délai visé à l'alinéa 1er, il reste, pour des raisons indépendantes de sa volonté, dans un état de besoin, le tribunal peut prolonger le délai. Dans ce cas, le montant de la pension correspond au montant nécessaire pour couvrir l'état de besoin du bénéficiaire.

§ 5. Si le défendeur prouve que l'état de besoin du demandeur résulte d'une décision prise unilatéralement par celui-ci, et sans que les besoins de la famille aient justifié ce choix, il peut être dispensé de payer la pension ou n'être tenu que de payer une pension réduite.

§ 6. Le tribunal qui accorde la pension constate que celle-ci est adaptée de plein droit aux fluctuations de l'indice des prix à la consommation.

Le montant de base de la pension correspond à l'indice des prix à la consommation du mois au cours duquel le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce est coulé en force de chose jugée, à moins que le tribunal n'en

décide autrement. Tous les douze mois, le montant de la pension est adapté en fonction de la hausse ou de la baisse de l'indice des prix à la consommation du mois correspondant.

Ces modifications sont appliquées à la pension dès l'échéance qui suit la publication au Moniteur belge de l'indice nouveau à prendre en considération.

Le tribunal peut, dans certains cas, appliquer un autre système d'adaptation de la pension au coût de la vie.

§ 7. Même en cas de divorce par consentement mutuel, et sauf dans ce cas si les parties ont convenu expressément le contraire, le tribunal peut augmenter, réduire ou supprimer la pension dans le jugement prononçant le divorce ou par une décision ultérieure si par suite de circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties, son montant n'est plus adapté.

De même, si à la suite de la dissolution du mariage, la liquidation-partage du patrimoine commun ou de l'indivision ayant existé entre les époux entraîne une modification de leur situation financière qui justifie une adaptation de la pension alimentaire ayant fait l'objet d'un jugement ou d'une convention intervenus avant l'établissement de comptes de la liquidation, le tribunal peut adapter la pension, sauf en cas de divorce par consentement mutuel.

§ 8. La pension peut à tout moment être remplacée, de l'accord des parties, par un capital homologué par le tribunal. À la demande du débiteur de la pension, le tribunal peut également accorder à tout moment la capitalisation.

§ 9. Les époux ne peuvent pas renoncer aux droits à la pension alimentaire avant la dissolution du mariage.

Ils peuvent néanmoins transiger, en cours de procédure, sur le montant de cette pension, aux conditions fixées par l'article 1257 du Code judiciaire.

§ 10. La pension n'est plus due au décès du débiteur, mais le bénéficiaire peut demander des aliments à charge de la succession aux conditions prévues à l'article 205bis, §§ 2, 3, 4 et 5.

La pension prend, en route hypothèse, définitivement fin en cas de remariage du bénéficiaire de la pension ou au moment où ce dernier fait une déclaration de cohabitation légale, sauf convention contraire des parties.

Le juge peut mettre fin à la pension lorsque le bénéficiaire vit maritalement avec une autre personne.

§ 11. Le tribunal peut décider qu'en cas de défaut d'exécution par le débiteur de son obligation de paiement, le bénéficiaire de la pension sera autorisé à percevoir les revenus de celui-ci ou ceux des biens qu'il administre en vertu de leur régime matrimonial, ainsi que toutes autres sommes qui lui sont dues par des tiers.

Cette décision est opposable à tout tiers débiteur, actuel ou futur, sur la notification qui leur en est faite par le greffier à la requête du demandeur.

§ 12. Le tribunal qui statue en matière de pension alimentaire peut ordonner d'office l'exécution provisoire de la décision.

43. — Le paragraphe 1^{er} consacre la possibilité, pour les époux, de convenir à tout moment de la pension après divorce, explicitement qualifiée à présent d'« alimentaire ». On sait que l'actuel article 301 du Code civil évite ce qualificatif et que la pension est également indemnitaire, même si l'article 307 actuel jette le trouble (ou révèle une maladresse des précédents législateurs) en parlant de pension « alimentaire » tout en renvoyant à celle de l'article 301. L'enjeu n'est pas purement théorique, puisqu'il concerne la manière dont le montant de la pension doit être calculé et certains aspects de son régime. La qualification d'« alimentaire » tend notamment à faire diminuer le montant de la pension, puisqu'elle la rapproche de la stricte couverture du besoin au sens du droit commun des obligations alimentaires. Il est clair cependant, qu'au vu de la nouvelle philosophie légale, qui refuse d'envisager explicitement la faute comme cause du divorce, la perspective indemnitaire n'a plus de sens. Si un manquement est établi dans le cadre de la discussion sur la pension après divorce, il ne fondera pas l'obtention de celle-ci par la victime, mais exclura la pension dans le chef de son auteur⁵⁸. Il est donc cohérent de contester tout caractère indemnitaire.

44. — L'accord des époux « peut » concerner le montant de la pension. Était-il vraiment nécessaire de le préciser ? ... Il peut aussi — mais il ne doit pas, contrairement à ce qui est prévu par l'article 1288, 4^o, du Code judiciaire en cas de divorce par consentement mutuel — prévoir les modalités selon lesquelles le montant convenu pourra être revu. S'il ne le fait pas, la pension en devient-elle immuable ? Le paragraphe 7 de l'article 301 nouveau interdit cette solution.

45. — À défaut d'accord, le principe est que chaque époux a droit à une pension après divorce. Le critère d'octroi devient effectivement celui du besoin, comme indiqué au nouvel article 301, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil. La référence se brouille dès le § 3, qui précise que le montant de la pension alimentaire doit couvrir *au moins* l'état de besoin du bénéficiaire, puis la dégradation significative de la situation économique de celui-ci. Pour apprécier cette dégradation, le juge se fonde notamment sur la durée du

58 *infra*, n^{os} 48 et ss.

mariage, l'âge des parties, leur comportement durant le mariage quant à l'organisation de leurs besoins, la charge des enfants pendant la vie commune ou après celle-ci. Le projet initial visait en plus le train de vie qui était celui des parties pendant la vie commune, mais cette mention proche de celle de l'actuel article 301, § 1^{er}, du Code civil, a disparu. Le projet se référerait aussi à la durée de la vie commune, et non à celle du mariage, ce qui peut évidemment être très différent. Le critère du « comportement des parties durant le mariage quant à l'organisation de leurs besoins » est présenté comme une nouveauté importante de la réforme. La pension devrait être d'autant plus importante que les parties ont posé, ensemble et durant la vie commune, des choix qui ont hypothéqué la carrière du créancier. En revanche, la pension pourrait être moindre ou la demande rejetée, s'il est établi qu'elle émane d'une personne qui a cessé toute activité professionnelle par pure convenance personnelle, sauf à prouver que le défendeur était partisan d'un tel choix⁵⁹.

46. — Au total, le résultat de la combinaison de ces critères est loin d'être précis, au moment même où la tendance jurisprudentielle et doctrinale est à l'objectivation du calcul jusque dans des formules mathématiques. Ainsi, une personne qui voit sa situation économique se dégrader de manière significative peut ne pas être dans le besoin, au vu justement de son train de vie antérieur. Le Conseil d'État avait dès lors suggéré de clarifier la notion de besoin. La ministre s'y est constamment refusée, mais elle a défini l'état de besoin comme « une dépendance financière d'une des parties envers l'autre. Dans ce cadre, un des critères qui peut être pris en compte est le niveau de vie des parties durant la vie commune. »⁶⁰ Elle estime que « l'amendement n^o 128, en spécifiant que la pension doit au minimum couvrir l'état de besoin, permet de libérer la discussion devant le juge, qui fixera en équité le montant de la pension alimentaire compte tenu de l'ensemble des éléments de la vie commune, tel que par exemple la contribution à l'enrichissement. Si l'état de besoin constitue un montant-plancher, il faut bien se rendre compte qu'il n'est pas possible de reprendre dans une disposition légale l'ensemble des éléments que le juge est susceptible de prendre en compte. »⁶¹ Au total, les critères de fixation de la pension après divorce sont pour le moins confus. Non seulement les débats judiciaires seront « libérés », mais ils promettent de belles empoignades contraires à l'esprit de la réforme, en attendant que la jurisprudence ait trouvé les repères univoques que le législateur ne lui donne

59 Art. 301, § 5, en projet; Projet, p. 18.

60 Rapport de la Commission de la justice de la Chambre, p. 34.

61 *Ibidem*, p. 36.

pas. La référence à l'équité est le signe de l'imprévision du législateur, comme on le sait depuis Aristote⁶², et il est troublant qu'incapable de préciser la règle, il se résigne à s'y référer lui-même...

47. — La pension alimentaire ne pourrait excéder le tiers des revenus du conjoint débiteur. Cette limite est présente dans l'actuel article 301, § 4, du Code civil. En vertu de l'article 307*bis* du même code, la pension accordée en vertu des articles 306, 307 et 307*bis*, celle qui suit le divorce après séparation de fait de plus de deux ans, peut théoriquement à ce jour, quant à elle, excéder un tiers des revenus du débiteur. On sait toutefois que la Cour d'arbitrage a considéré que l'article 307*bis* du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution⁶³. Cette discrimination est évidemment levée par l'économie même du projet.

b. L'exception : la faute grave

48. — C'est à l'issue d'un débat spécifique que le tribunal *pourrait* en principe refuser de faire droit à la demande de pension si le défendeur prouve que le demandeur a commis *une faute* qui doit être grave et avoir rendu impossible la poursuite de la vie commune. Cette faute ne serait donc pas de même nature que le « comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune » qui avait été visé à l'article 229, § 4 du Code civil, puis abandonné par la ministre.

49. — Selon le gouvernement, la faute « la plus légère » ne peut être retenue comme en droit commun de la responsabilité civile. La jurisprudence serait amenée à s'inspirer du catalogue des « excès, sévices et injures graves » de l'ancien article 231 du Code civil. Faites sortir la faute par la porte, voilà qu'elle s'empresse de rentrer par la fenêtre.

50. — L'adultère restera une cause d'exclusion de la pension, mais constituera « une faute comme les autres », ne bénéficiant plus d'une présomption de

gravité⁶⁴. Il est vrai que nous n'avons que trop longtemps vécu ce temps où l'adultère est en principe une faute plus grave que la violence entre conjoints, notamment. La condition subjective d'offense dans le chef du conjoint non fautif n'est cependant plus mentionnée. On suppose que la condition d'imputabilité n'est pas remise en question. La procédure de constat prévue à l'article 1016*bis* du Code judiciaire, dont on peut se demander malgré la jurisprudence de la Cour de cassation⁶⁵ si elle est conforme à la dignité humaine et au respect de la vie privée, n'a pas été visée par la réforme⁶⁶. Le constat restera possible, et sans doute utile dans le cadre d'un débat sur la pension après divorce. Le moindre des paradoxes n'est donc pas que suite à la mise en vigueur d'une loi destinée à humaniser le divorce et à réduire les tensions entre parties, il demeurera opportun de faire pratiquer un constat, le cas échéant, en vue d'exclure anticipativement le paiement d'une pension après divorce.

51. — Une exception au caractère facultatif de la sanction du comportement fautif (« Le tribunal *peut* refuser... ») a été insérée par l'amendement n° 92 du gouvernement, dont le texte a été revu ensuite. En effet, en cas de violences conjugales physiques, la pension ne peut être accordée en aucun cas à l'auteur des faits. L'amendement a été justifié par le plan d'action national contre la violence à l'égard des femmes, adopté pour la période de 2001 à 2003, et par le plan d'action national contre la violence dans le couple du 7 mai 2004, pour la période 2004-2007. Il s'inspirait de l'article 1447 du Code civil, tel que modifié par la loi du 28 janvier 2003 visant à l'attribution du logement familial au conjoint ou au cohabitant légal victime d'actes de violence physique de son partenaire⁶⁷. En attendant une éventuelle décision pénale coulée en force de chose jugée, la pension après divorce pourra être accordée à titre provisionnel. Il s'agira d'éviter cette fois qu'il soit recouru, dans le chef du débiteur potentiel, à des arguments dilatoires. Si la procédure pénale prend un certain temps, le débiteur accusant le créancier de violences conjugales pourrait en effet s'exonérer de tout paiement pendant longtemps. Le juge pourra dès lors statuer à titre provisionnel en tenant compte de toutes les circonstances de la cause. Il prendra en considération le sérieux de la plainte

62 « Ce qui fait la difficulté, c'est que l'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif de la justice légale. L'équitable est le correctif de la justice légale, parce que la loi étant toujours générale, elle prend en compte les cas les plus fréquents. Or, il en existe dans lesquels elle ne peut s'appliquer avec rectitude. L'équité revient alors à se faire l'interprète du législateur et de ce qu'il aurait décidé s'il avait connu le cas d'espèce. » (ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, 1137b, 10, tr. fr. J. Tricot, Paris, Vrin, 1979, p. 267.)

63 C.A., 3 mai 2000, n° 48/2000.

64 Projet, p. 17.

65 Cass., 19 octobre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 936; Cass., 19 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 111.

66 Un amendement relatif à la suppression du constat a été déposé en Commission de la justice du Sénat par M. WILLEMS et Mme HERMANS, puis retiré. *Voy. Doc. parl., S.*, sess. 2006-2007, n° 3-2068/2 et Rapport de la Commission de la justice du Sénat, pp. 88 et 95.

67 *Doc. parl., Ch. repr.*, sess. ord. 2006-2007, n° 2341/008, 17 octobre 2006, p. 3.

de la victime, le caractère éventuellement dilatoire de la procédure pénale, ses chances de succès, l'urgence que revêt la demande pour le créancier démuné, etc., comme un juge qui ordonne l'exécution provisoire de sa décision. Et si l'époux supposé violent est finalement condamné mais qu'il bénéficiait d'une pension provisionnelle ? Il faut supposer qu'il sera amené à la rembourser. Le tribunal peut d'ailleurs subordonner l'octroi de cette pension provisionnelle à la constitution d'une « garantie » qu'il détermine et dont il fixe les modalités. La nature de cette garantie n'est pas précisée. S'il s'agit de la consignation d'une somme, on peut se demander comment en pratique le créancier provisionnel pourra la constituer, dans la mesure où par hypothèse, la pension est destinée à assurer ses besoins.

c. La limitation dans le temps

52. — La durée de la pension après divorce, visée à l'article 301, § 4, est alignée sur celle du mariage, qui constituera un maximum. Cette solution, dont on n'aperçoit pas immédiatement le fondement rationnel, est présentée comme un compromis entre la position de ceux qui entendent maintenir une référence à la faute et ceux qui veulent totalement la supprimer⁶⁸. Il s'agit aussi de « tendre quelque peu contraignante »⁶⁹ (*sic*; une norme est contraignante ou ne l'est pas...) l'idée que la pension doit être modalisée en fonction de l'âge des parties et de la durée du mariage. Le système établit un « corollaire logique » avec le principe selon lequel le demandeur ne doit plus prouver de faute dans le chef de l'autre pour avoir droit à la pension. La logique du législateur devrait faire l'objet d'un exposé plus explicite. Si les critères de détermination du montant de la pension étaient clarifiés, il ne serait plus nécessaire d'introduire celui du nombre d'années de mariage, qui donne au système une rigidité de principe en contradiction avec la volonté de souplesse.

53. — La preuve que la ministre n'est pas sûre de la pertinence de cette référence mathématique est que selon le projet initial, le juge aurait pu tenir compte des années de vie commune qui ont précédé le mariage, étant donné le nombre croissant de couples qui vivent en concubinage avant de se marier. Inversement, le tribunal aurait pu diminuer ce délai en tenant compte de la durée de la procédure en divorce, plus précisément de la période pendant laquelle une rente alimentaire a été servie par le débiteur en vertu des obligations du mariage. Dans le projet initial, le texte était complété ainsi : « Tou-

⁶⁸ Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille', p. 76.

⁶⁹ Projet, p. 18.

tefois, le juge peut, le cas échéant : 1° augmenter cette durée compte tenu de la vie commune avant le mariage; 2° diminuer cette durée compte tenu des procédures antérieures au divorce et ayant donné lieu à l'attribution à l'un des conjoints d'une rente alimentaire en vertu des articles 213, 221 ou 223 du présent Code ou de l'article 1280 du Code judiciaire. » La ministre de la Justice avait confirmé que la durée maximale de la pension alimentaire doit être déterminée d'après la durée de la vie commune et non la durée du mariage⁷⁰. La différence est importante. On peut songer au cas de personnes qui cohabitent ensemble depuis 20 ans et qui décident de se marier. Si elles divorcent un an plus tard, la durée maximale de la pension alimentaire est non pas d'un an, mais de 21 ans.

54. — L'objectif déclaré était d'éviter que la durée d'une procédure ne porte préjudice au débiteur ou que l'une des parties ne la précipite, au mépris par exemple d'une tentative de médiation, afin d'écourter préventivement la durée de paiement de la pension. On pourrait ajouter qu'une telle manœuvre mépriserait aussi une éventuelle mise en œuvre de l'article 223 du Code civil, qui, en principe, a été introduit dans notre législation pour permettre à des époux hésitants de se donner du temps, mais qui a été remarquablement absent des discussions préparatoires de la nouvelle loi. La solution retenue, qui finalement ne prend en compte que la durée du mariage, aura pour conséquence que ce double objectif ne pourra être atteint. Le conjoint potentiellement débiteur de la pension aura avantage à précipiter le divorce, et donc à faire admettre que toute tension dans le couple constitue une désunion irrémédiable, pour limiter anticipativement la période de paiement d'une éventuelle pension après divorce.

55. — Quand commence à courir le délai maximum au cours duquel la pension doit être payée ? Au moment où la décision autorisant le divorce est passée en force de chose jugée, c'est-à-dire le jour où le mariage prend fin, ou le jour où la pension est fixée soit amiablement, soit par décision de justice ? Le libellé de l'article 301, § 4, alinéa 1^{er}, nouveau, du Code civil, qui évoque « la durée de la pension », fait pencher pour la seconde solution.

56. — Selon l'alinéa 2 du § 4 de l'article 301 nouveau, en cas de circonstances exceptionnelles, si le bénéficiaire démontre qu'à l'expiration du délai visé à l'alinéa 1^{er}, il reste, pour des raisons indépendantes de sa volonté, dans un état de besoin, le tribunal peut prolonger le délai. « Dans ce cas, ajoute le texte,

⁷⁰ Rapport de la Commission de la Justice de la Chambre, p. 37.

le montant de la pension correspond au montant nécessaire pour couvrir l'état de besoin du bénéficiaire ». Il a été jugé préférable de prévoir dans un premier temps que la durée de la pension alimentaire ne peut excéder la durée du mariage, quitte à la prolonger tout de même dans un second temps. En distinguant ces deux phases, le législateur espère créer une plus grande sécurité juridique, tout en limitant les éventuels conflits en la matière, étant donné que les parties ne pourront pas tout de suite commencer à discuter d'un éventuel prolongement de la durée de la pension au-delà de la durée du mariage⁷¹. A quoi sert cependant la dernière phrase visant l'état de besoin du bénéficiaire ? La notion serait-elle différente en cas de prolongation de la pension ? Si tel n'est pas le cas, cette finale est superflue et ne fait qu'obscurcir encore les critères.

d. La modification de la pension après divorce

57. – Le paragraphe 7 de l'article 301 nouveau du Code civil maintient le pouvoir du tribunal de modifier la pension en cas de changement de circonstances. Il est précisé que celles-ci doivent non seulement, comme aujourd'hui, être indépendantes de la volonté des parties, mais qu'elles doivent également être nouvelles, terme emprunté vraisemblablement à l'article 1288, 4^o, alinéa 2, actuel, du Code judiciaire. C'est une discussion ancienne. Des circonstances actuelles sont, en un sens, toujours nouvelles. Ne s'agirait-il pas plutôt de circonstances imprévisibles ? Certains passages de l'exposé des motifs semblent l'indiquer⁷². La réforme n'est pas claire sur ce point. La formulation est en tout cas malencontreuse et moins précise que celle de l'actuel article 301, § 3, du Code civil. C'est par contre à juste titre qu'a été voté un amendement devenu le nouvel article 301, § 10, alinéa 2 pour qu'il soit mis automatiquement fin à la pension alimentaire en cas de remariage ou de cohabitation légale du créancier et que le juge puisse y mettre fin dans le cas d'une cohabitation de fait⁷³. On en arrivait en effet à se demander, jusqu'à présent, si en cas de remariage du créancier, la pension devait être supprimée, cette cir-

71 Rapport de la Commission de la justice de la Chambre, p. 40.

72 « Il s'agit de remédier à une autre conséquence de la jurisprudence quant à la notion d'élément nouveau. Les rentes alimentaires peuvent être revues en cas de changement de circonstances, mais à condition qu'un élément nouveau surgisse. Tel n'est pas le cas lorsque cet élément était prévisible, même dans une certaine mesure. » (Projet, p. 21).

73 Amendement n° 123 de Mme Marie-Christine MARGHEM et consorts, *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2006-2007, n° 51 2341/012 et Rapport de la Commission de la justice de la Chambre, pp. 41-42 et 78.

constance n'étant ni indépendante de la volonté des parties, ou du moins de l'une d'entre elles, ni imprévisible dans bien des cas...

58. – Aux termes de l'article 301, § 10, alinéa 2, nouveau, du Code civil, la pension prend, en toute hypothèse, définitivement fin en cas de remariage du bénéficiaire ou au moment où ce dernier fait une déclaration de cohabitation légale, sauf convention contraire des parties. En ce qui concerne l'incidence de la décision du créancier de la pension de vivre maritalement avec une autre personne, situation qui n'est malheureusement pas définie⁷⁴, le juge conserve un pouvoir d'appréciation. Il peut mettre fin à la pension, mais ne doit pas. Les problèmes de preuve feront songer aux débats qui existent déjà actuellement dans bien des cas.

59. – Le pouvoir du juge de modifier la pension après divorce existerait même en cas de conventions préalables signées en application de l'article 1288 du Code judiciaire. La jurisprudence actuelle, comme on le sait, exclut la théorie de l'imprévision, ce qui signifie que la pension entre époux, contractuellement établie, ne peut être revue que dans les conditions prévues par la convention elle-même. Cette règle ne reçoit exception que pour ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale et les parts contributives prévues en faveur des enfants. Les époux seraient à présent autorisés à convenir d'une pension « immuable », mais à la condition que soit prévue explicitement l'exclusion de la révision. Les dispositions transitoires ne disent rien à propos de l'entrée en vigueur du paragraphe 7 de l'article 301 nouveau du Code civil. Il semble donc que toutes les pensions après divorce, convenues dans le cadre des conventions préalables à un divorce par consentement mutuel, deviennent révisables si les parties n'ont pas convenu explicitement du contraire à une époque où cette précision était inutile !

60. – Le paragraphe 7, alinéa 2, de l'article 301 nouveau prévoit que le tribunal pourra également adapter la pension après divorce si, suite à la liquidation-partage du patrimoine commun ou indivis ayant existé entre les époux, une modification de leur situation financière justifie son adaptation. Cette possibilité n'existera pas, cette fois, lorsque les parties ont conclu des

74 Les controverses sur ce que sont la vie maritale ou la cohabitation sont fréquentes en matière de sécurité sociale, spécialement pour ce qui concerne l'indemnisation du chômage ou le calcul du montant du revenu d'intégration. La tendance dominante de la jurisprudence est de prendre en considération les incidences économiques de la relation, plutôt que d'analyser les aspects intimes de celle-ci ou les sentiments des partenaires.

conventions préalables au divorce par consentement mutuel, ce qui est logique puisque qu'elles seraient alors rendues en pratique inopposables.

e. Les autres traits de la pension après divorce

61. – Selon l'article 301, § 3, alinéa 2 *in fine*, nouveau, du Code civil, le juge pourra décider le cas échéant que la pension sera dégressive et déterminer dans quelle mesure elle le sera.

62. – Le paragraphe 6 nouveau, comme aujourd'hui l'article 301, § 2, du Code civil, prévoit l'indexation de plein droit de la pension.

63. – Les paragraphes 8 à 11 de l'article 301 nouveau du Code civil maintiennent d'autres règles existantes : la possibilité de voir remplacer la pension après divorce par un capital ou de demander la capitalisation, la possibilité pour le créancier, au décès du débiteur, de demander des aliments à charge de la succession, la possibilité pour le tribunal d'autoriser le créancier d'aliments à recourir à la délégation de sommes. Dans un souci de simplification, cette dernière sera toutefois notifiée par le greffe, comme dans le cas des articles 221, alinéa 2, ou 203^{ter} du Code civil, et ne nécessitera plus de signification par exploit d'huissier. Il est vrai que rien ne justifie sous cet angle le régime particulier de l'article 301^{bis} actuel du Code civil ni d'ailleurs celui de l'article 1280, alinéa 5, du Code judiciaire auquel il renvoie.

64. – Les époux ne pourront renoncer aux droits à la pension après divorce avant la dissolution du mariage, sauf transaction en cours de procédure aux conditions fixées par l'article 1257 nouveau du Code judiciaire, c'est-à-dire sous condition d'homologation à titre provisionnel par le tribunal, avec possibilité de confirmation de l'accord après un délai de trois mois suivant cette homologation et sous condition suspensive de la prononciation du divorce⁷⁵.

65. – Le paragraphe 12 de l'article 301 nouveau comporte une autre innovation. Le tribunal pourra ordonner *d'office* l'exécution provisoire, alors que jusqu'à présent, même en matière alimentaire, il n'en a le pouvoir que si la loi le lui confère.

F. La séparation de corps

66. – L'article 311^{bis} nouveau du Code civil devient : « Les articles 229, 275⁷⁶, 299 et 302 sont applicables à la séparation de corps. » Celle-ci subsiste donc. Les conditions en sont les mêmes que pour le divorce et la notion de faute sera supprimée ou maintenue dans la même mesure. La ministre n'a pas aperçu, cette fois, l'intérêt d'abroger cette institution désuète et rarement demandée en justice (c'est le moins que l'on puisse dire)⁷⁷. Son maintien est cependant révélateur du peu de cohérence de la réforme. Si le mariage n'est plus qu'un engagement temporaire, et si le divorce doit refléter cette conception, on voit mal quelle place la séparation de corps fondée sur la désunion irrémédiable pourrait garder.

67. – Le devoir de secours subsiste après la séparation de corps. Le nouveau texte ne modifie pas ce principe. Le Conseil d'État avait fait observer qu'il faudrait que ce devoir soit supprimé lorsque son bénéficiaire a commis une faute grave, comme le fait pour le divorce le nouvel article 301, § 2, alinéa 3. Aux yeux du gouvernement, cette précision n'est pas nécessaire puisqu'en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation, lorsque les époux sont séparés de fait, celui qui demande une pension alimentaire fondée sur le devoir de secours est tenu de prouver que la séparation de fait et son éventuelle persistance sont imputables à l'autre. Il est exact que contrairement à la pension après divorce, la pension octroyée après séparation de corps demeure un effet du mariage, régi par les règles qui le concernent, et que la précision suggérée par le Conseil d'État était sans pertinence.

68. – La procédure de conversion de la séparation de corps en divorce n'est plus nécessaire. Un couple séparé de corps sera nécessairement séparé depuis plus de six mois ou depuis plus d'un an, si l'on prend la durée de la procédure de séparation de corps en compte. Les délais qui permettront de divorcer tout de suite seront dès lors écoulés⁷⁸.

⁷⁵ Amendement n° 141 de Mme MAERGHEM et consorts, *Doc. parl., Ch., sess. 2006-2007*, n° 2341/016, pp. 3-4 et Rapport de la Commission de la justice de la Chambre, pp. 36-37 et 78.

⁷⁶ Le renvoi à l'article 275 du Code civil a été ajouté par l'amendement n° 94 du gouvernement, puisque le divorce par consentement mutuel serait finalement maintenu. *Voy. Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2006-2007*, n° 2341/008, 17 octobre 2006, p. 4.

⁷⁷ *Projet*, p. 22.

⁷⁸ *Rapport de la Commission de la justice de la Chambre*, p. 50.

G. La procédure

69. – La nouvelle procédure est déterminée par diverses modifications du Code judiciaire. Celles-ci nous retiendront surtout dans la mesure où elles entretiennent des rapports avec la question de la faute ou de l'absence de faute.

1. L'introduction de l'action

70. – L'article 1254 du Code judiciaire permettra l'introduction de la procédure par requête. Cependant, le projet prévoyait que si la demande est fondée sur l'article 229, § 4, du Code civil, tel que prévu originellement, c'est-à-dire si le demandeur invoque un comportement de l'autre rendant impossible la poursuite de la vie commune, la citation par exploit d'huissier reste logiquement exigée, comme mode de convocation plus sûr. Or, l'article 229, § 4, en projet, a disparu suite aux amendements déposés par le gouvernement. Nous avons vu toutefois que le comportement rendant la vie commune impossible pourrait être visé à travers l'article 229, § 1^{er}. C'est donc de manière cohérente que le gouvernement a proposé que la citation soit exigée lorsque cette dernière disposition est invoquée⁷⁹.

71. – Selon le nouvel article 1254, § 1^{er}, alinéa 3, du Code judiciaire, l'acte introductif d'instance contient, le cas échéant, une description détaillée des faits ainsi que, dans la mesure du possible, toutes les demandes relatives aux effets du divorce, sans préjudice d'une demande ampliative en cours de procédure. Ces faits pourraient évidemment en réalité viser la faute d'un conjoint.

72. – Selon le nouvel article 1255 du Code judiciaire, tel qu'adapté par les amendements n^{os} 98, 99 et 100 du gouvernement⁸⁰, si le divorce est sollicité conjointement sur la base de l'article 229, § 2, nouveau du Code civil, la requête est signée par chacun des époux ou par au moins un avocat ou un notaire.

2. Les mesures provisoires

73. – L'acte introductif d'instance peut contenir les demandes éventuelles relatives aux mesures provisoires concernant la personne, les aliments et les

⁷⁹ Amendement n^o 97, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n^o 2341/008, 17 octobre 2006.

⁸⁰ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n^o 2341/008, 17 octobre 2006, p. 6.

biens tant des parties que des enfants mineurs non mariés ni émancipés communs aux époux, des enfants adoptés par eux ainsi que des enfants de l'un d'eux adoptés par l'autre. Si le demandeur souhaite que ces demandes soient immédiatement introduites en référé, la demande est introduite par exploit d'huissier de justice contenant citation à comparaître devant le président siégeant en référé, ainsi qu'il est dit à l'article 1280 du Code judiciaire, et devant le tribunal. Le représentant de la ministre a précisé en Commission de la justice de la Chambre que l'article 1254, § 1^{er}, alinéa 4, nouveau, doit être lu en combinaison avec l'article 1256 nouveau du Code judiciaire, qui permet à tout moment l'homologation des accords relatifs à la personne, aux aliments et aux biens des époux ou de leurs enfants. Conformément à cette disposition, et comme c'est le cas à l'heure actuelle, les parties peuvent demander des mesures provisoires au juge du fond, qui peut entériner leur accord. Ce n'est qu'à défaut d'accord ou en cas d'accord partiel, que la cause est renvoyée, à la demande d'une des parties, à la première audience utile des référés. Par contre, si une partie veut que des mesures en référé soit prises immédiatement, la demande doit être introduite par citation car la requête n'est notifiée qu'après plusieurs jours à son destinataire, alors que le délai de comparution au référé est de deux jours⁸¹. Ces procédures reproduisent celles qui existent actuellement en cas de divorce introduit sur la base des articles 229, 231 ou 232 du Code civil. Le système de la « double détente » et éventuellement de la « double date » sera donc maintenu.

3. Les comparutions, la preuve et le jugement

74. – Tenant compte des amendements n^{os} 98, 99 et 100, l'article 1255 nouveau du Code judiciaire, déjà évoqué, est le pendant procédural de l'article 229 nouveau du Code civil⁸².

75. – Dans l'ordre des hypothèses de celui-ci, on pourrait donc lire ainsi le nouvel article 1255 du Code judiciaire : selon le § 5 de cette dernière disposition, si le divorce est demandé par l'une des parties, en application de l'article 229, § 1^{er}, du Code civil, et que la preuve du caractère irrémédiable de la désunion est établie, le juge prononce le divorce sans délai. Le texte dit que le juge « peut » dans ce cas, prononcer le divorce, tandis que l'article 229, § 1^{er}, nouveau du Code civil dit que le divorce « est prononcé ». L'intention

⁸¹ Rapport de la Commission de la justice de la Chambre, pp. 52-53.

⁸² *Voy. supra*, n^o 9.

du législateur n'est donc pas de conférer un pouvoir d'appréciation au tribunal, une fois rapportée la preuve de la désunion irrémédiable, sous réserve de ce qui a été dit de l'intention de se séparer dans le chef d'au moins une des parties.

76. – Selon le § 1^{er} de l'article 1255 nouveau du Code judiciaire, renvoyant implicitement au § 2 de l'article 229 nouveau du Code civil, en cas de demande conjointe, s'il est établi que les parties sont séparées depuis plus de six mois, le juge prononce immédiatement le divorce. Si les parties ne sont pas séparées depuis plus de six mois, le juge fixe une nouvelle audience immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai de six mois, ou trois mois après la première comparution des parties. Le juge homologue, le cas échéant, les accords intervenus entre parties.

77. – Selon le § 2 de l'article 1255, renvoyant implicitement au § 3 de l'article 229 nouveau du Code civil, si le divorce n'est demandé que par un des époux sur la base des présomptions attachées aux délais, le juge prononce le divorce s'il constate que les parties sont séparées depuis plus d'un an. Si les parties ne sont pas séparées depuis plus d'un an, le juge fixe une nouvelle audience à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai d'un an, ou un an après la première audience. Lors de cette audience, si l'une des parties le requiert (éventuellement donc le défendeur), le juge prononce le divorce. Selon l'article 1255, § 3, nouveau, du Code judiciaire, si le défendeur marque son accord sur la demande qu'il n'a pas introduite, le divorce est prononcé moyennant le respect des délais visés en cas de demande conjointe. C'est à la suite d'une erreur manifeste que le projet, amendé par le Sénat, vise dans ce cas les délais « visés au § 2 », selon la numérotation initiale des paragraphes. Il s'agit des délais visés au paragraphe 1^{er}. L'amendement n° 100 a en effet voulu permettre la réduction des délais pendant la procédure⁸³. Voilà une autre erreur technique laissant prévoir une loi « réparatrice ».

78. – Selon l'article 1255, § 4, nouveau, du Code judiciaire, déjà mentionné, la séparation de fait des époux pourra être établie par toutes voies de droit, mais l'aveu et le serment sont exclus (pour rappel, ils ne le sont pas pour l'application de l'article 229, § 1^{er}, nouveau, du Code civil). La preuve privilégiée demeurerait la comparaison des certificats de domicile démontrant des inscriptions à des adresses différentes. Les changements administratifs d'inscrip-

83 Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2341/008, 17 octobre 2006, p. 7.

tion domiciliaire dès les premiers jours de la séparation s'avèreront donc efficaces.

79. – Aux termes de l'article 1255, § 6, nouveau, du Code judiciaire, sauf circonstances exceptionnelles, la comparution personnelle des parties est requise en cas de demande conjointe fondée sur l'article 229, § 2, du Code Civil et la comparution personnelle de la partie demanderesse dans les autres cas. En toute hypothèse, l'audience a lieu en chambre du conseil.

4. La tentative de conciliation et l'éventuelle médiation

80. – Sans préjudice de l'article 1734 du Code judiciaire, qui prévoit la possibilité pour le juge d'ordonner une médiation à la demande ou avec l'accord des parties, le juge tentera de les concilier. Il leur donnera toutes informations utiles sur la procédure et en particulier sur l'intérêt de recourir à la médiation prévue à la septième partie du Code judiciaire. Il pourra ordonner la surséance de la procédure afin de permettre aux parties de recueillir toutes informations utiles à cet égard. La durée de la surséance ne pourra toutefois être supérieure à un mois.

81. – On ne peut qu'encourager ce genre d'insistances. La médiation, avec la conciliation et les incitants aux accords constituent sans doute la vraie « humanisation » de la procédure en divorce. En même temps, le législateur prend à l'occasion conscience que le divorce pourrait quand même quelquefois être un peu trop rapide... Un mois de surséance éventuelle est cependant une période très courte pour mettre en place un processus de médiation.

5. La suppression de la suppression de l'appel

82. – Selon le projet initial, l'article 1271 du Code judiciaire aurait été rétabli dans la rédaction suivante :

« Art. 1271.- Les décisions prononçant le divorce ne sont pas susceptibles d'appel. »

83. – Cette dérogation au droit commun se serait expliquée par le « droit de divorcer » et le souci d'établir une certaine automaticité dans le prononcé du divorce⁸⁴. Si le tribunal statue sur le divorce et, de connexité, sur les

84 Projet, p. 31.

conséquences de celui-ci (singulièrement sur la pension après divorce), l'appel n'aurait été impossible que contre la prononciation du divorce.

84. – Le Conseil d'État a critiqué ces dispositions, même s'il a cru par ailleurs, à tort, que la décision octroyant une pension après divorce ne serait pas appellable si elle était rendue en même temps que celle qui prononce le divorce⁸⁵ : « L'époux défendeur semble discriminé dès lors qu'il ne peut interjeter appel si le divorce est prononcé, alors que son conjoint peut interjeter appel si le divorce n'est pas prononcé. Cette discrimination joue également par rapport aux autres défendeurs dans les procès civils puisque, sous réserve d'un examen plus complet que ne permet pas le délai imparti au Conseil d'État, il n'existe pas de cas où le défendeur perdant son procès ne peut interjeter appel alors que le demandeur le peut. »⁸⁶

85. – Le contenu de la réforme, selon l'exposé des motifs, aurait rendu peu probable que les demandes en divorce fassent l'objet de véritables contestations, puisque le divorce sera prononcé sur le simple constat de l'écoulement du temps ou du respect de la procédure par le système des doubles comparutions éventuelles. La prononciation du divorce deviendra, en principe, sans incidence quant aux effets de celui-ci. L'appel n'aurait donc plus eu d'intérêt si le tribunal prononce le divorce. Il aurait pu être utilisé de manière dilatoire.

86. – Certes, comme le disait le Professeur Fettweiss, le double degré de juridiction n'est pas une vache sacrée. La ministre de la Justice sous-estimait cependant le fait que spécialement dans le cas de demandes unilatérales basées sur l'article 229, § 1^{er}, nouveau, du Code civil, certains époux pourront ne pas avoir envie de divorcer et juger que les faits censés démontrer la désunion irrémédiable, par hypothèse retenus et appréciés par le tribunal, devront être soumis à une juridiction supérieure. L'extension de la notion de désunion irrémédiable fait place à un pouvoir d'appréciation du juge bien plus important encore que dans le régime actuel de la faute dans le divorce. Dans des matières aussi proches des sentiments, des émotions et des passions, qui, eux, ne peuvent être abrogés et ne disparaissent pas toujours en six mois ou en un an, une partie pourrait très mal accepter certaines décisions de justice... et en avoir le droit. En outre, malgré la fausse simplicité des nouveaux textes, certains divorces pourraient poser des questions de droit complexes, par exemple en droit international privé, et nécessiter la possibilité d'un réexamen

85 Projet, Avis du Conseil d'État, p. 54.

86 *Ibidem*.

en appel. L'époux défendeur pourrait aussi espérer une réconciliation ou soutenir qu'elle existe, et ainsi justifier son recours⁸⁷.

87. – Certains parlementaires, en sous-Commission « Droit de la famille » de la Chambre, ont aussi estimé que le projet était trop radical sur ce point et ont rappelé que l'article 1072*bis* du Code judiciaire permet au juge d'appel d'infliger d'office une amende en cas d'appel téméraire ou vexatoire⁸⁸. Finalement, suite à moult critiques de tous bords, la suppression de l'appel n'a pas été votée en Commission de la justice de la Chambre⁸⁹.

6. Le délai de pourvoi en cassation

88. – Selon l'article 1274 nouveau du Code judiciaire, « le délai pour se pourvoir en cassation contre une décision prononçant le divorce est d'un mois. Ce délai et le pourvoi sont suspensifs. ».

89. – Le caractère suspensif du pourvoi est maintenu en raison de la nécessaire permanence de l'état des personnes⁹⁰. Le délai de cassation de droit commun, on le sait, est en principe de trois mois. La justification de cette réduction est la même que pour la suppression de l'appel initialement envisagée et vise à décourager les recours dilatoires⁹¹. Toutefois, une réduction n'est justement pas une suppression et la loi risque cette fois de manquer sa cible, puisqu'il est concevable de se décider rapidement à introduire un recours dilatoire... En cas de pourvoi, qui prendra sans doute plusieurs années, en est-on vraiment à deux mois près et à la nécessité d'introduire des règles de procédure exceptionnelles ?

87 Voy. *supra*, n° 11. Les actuels articles 1284 à 1286 qui prévoient que l'action en divorce est éteinte par la réconciliation des époux sont abrogés, mais la réconciliation devrait avoir pour effet que la désunion n'est pas irrémédiable au sens de l'article 229, § 1^{er}, nouveau du Code civil.

88 Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille', p. 93.

89 Amendement n° 142 de Mme Marie-Christine MARGHEM, Doc. parl., Ch., sess. 2006-2007, n° 2341/016 et Rapport de la Commission de la justice de la Chambre, pp. 62 et 82.

90 Projet, p. 32.

91 Projet, p. 13.

7. La question des dépens

90. — En ce qui concerne les dépens, l'article 1258 nouveau du Code judiciaire, tel que présenté par l'amendement n° 102 du gouvernement⁹², porte que :

« Sauf convention contraire, les dépens sont partagés entre les parties lorsque le divorce est prononcé sur la base de l'article 229, §§ 1^{er} et 2, du Code civil. Toutefois, lorsque le divorce est prononcé sur la base de l'article 229, § 1^{er}, le juge peut en décider autrement, compte tenu de toutes les circonstances de la cause.

Ils sont mis à charge de la partie demanderesse lorsque le divorce est prononcé sur la base de l'article 229, § 3, du Code civil. »

91. — Dans la logique du législateur, en l'absence théorique de faute, aucune des parties ne « succombe » au sens de l'article 1017 du Code judiciaire, et il convenait en effet d'édicter des dispositions spécifiques à la matière.

92. — Selon le projet initial, dans l'hypothèse où le divorce aurait été prononcé sur la base de l'article 229, § 4, proposé (mais abandonné) du Code civil, les dépens auraient été mis à charge de la partie ayant adopté un comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune. C'est assez dire, à nouveau, qu'il se serait agi en principe de faute, même si le juge aurait pu ordonner le partage des dépens, compte tenu de toutes les circonstances de la cause. Mais puisque la faute se cache à présent sous le § 1^{er} de l'article 229, nouveau du Code civil, la solution a dû être adaptée. Par ailleurs, « il est logique », précisait le représentant de la ministre, « que la partie qui sollicite le divorce sans cause, parfois contre l'avis de son conjoint, supporte les dépens »⁹³. Parce qu'il faut bien une présomption de faute ?

⁹² Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2341/008, 17 octobre 2006, p. 7.

⁹³ Projet, p. 30.

Chapitre 2

Petite méditation sur la place de la faute dans les mouvements longs de notre droit, ou pourquoi 2007 ressemble étonnamment à 1792

93. — La problématique du divorce sans faute n'est nullement nouvelle et ce serait une illusion de croire qu'elle s'attache à une « évolution des mœurs » propre à notre continent et à notre époque.

94. — Elle est indissociable de la conception du mariage portée par la culture dominante d'une époque et d'une région du monde.

95. — Elle est liée par ailleurs à la place de la répudiation, au sens de dissolution du lien conjugal par volonté unilatérale. Le paradoxe est que si celle-ci nous révolte *a priori* et si le droit belge s'en méfie, comme l'indique notamment l'article 57 du Code de droit international privé⁹⁴, on peut se demander si la loi nouvelle n'a pas pour principal effet de l'instituer. Il est vrai que ce qui est dénoncé avec le plus de virulence dans la répudiation est que, historiquement, elle a été dans la plupart des civilisations le monopole du mari. Aujourd'hui, la loi institue la répudiation théoriquement égalitaire.

⁹⁴ « Art. 57.- § 1^{er}. Un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ne peut être reconnu en Belgique.

§ 2. Toutefois, un tel acte peut être reconnu en Belgique après vérification des conditions cumulatives suivantes :

1° l'acte a été homologué par une juridiction de l'État où il a été établi;

2° lors de l'homologation, aucun époux n'avait la nationalité d'un État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage;

3° lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage;

4° la femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage;

5° aucun motif de refus visé à l'article 25 ne s'oppose à la reconnaissance. »

96. — La question de la faute dans le droit du divorce remonte aux racines mêmes de nos systèmes juridiques, dits occidentaux. La première de celles-ci, trop souvent oubliée ou négligée, est la racine hébraïque. Le droit émergent à partir du XIII^e siècle avant J.-C. dans quelques tribus sémites, d'abord nomades puis sédentaires, donnera la Torah juive et influencera plus tard l'Occident pendant quinze siècles environ — c'est une période très considérable —, à travers le régime de chrétienté, non sans subir les influences déterminantes de la philosophie grecque et des institutions romaines. Le droit mosaïque admettait le divorce-répudiation selon une règle qui remonte sans doute au deuxième millénaire avant notre ère⁹⁵, mais déjà dans le triple souci d'officialiser la procédure, de protéger la femme contre des décisions prises hâtivement par le mari et de permettre aux épouses répudiées de se remarier facilement⁹⁶. La pratique de la répudiation posera cependant toujours question⁹⁷.

97. — Du côté de l'autre racine profonde de notre droit, qui puise sa vision du monde et ses techniques en Grèce et à Rome, Platon avait une fois de plus déjà posé les questions en jeu aujourd'hui, lorsqu'à propos précisément des conflits entre époux, il aperçoit parfaitement les difficultés sociales que posent les divorces contentieux. Il propose la médiation de dix hommes et de dix femmes chargés d'intervenir entre le mari et la femme qui « ont tous les deux un fâcheux caractère. ». « Les arbitres sont-ils à même de réconcilier les époux ? Leur arbitrage devra avoir force de loi. »⁹⁸.

98. — Le droit romain ancien n'avait d'abord accepté le divorce que pour causes graves, l'action étant réservée aux hommes. Très rapidement cependant,

95 « Lorsqu'un homme prend une femme et l'épouse, puis, trouvant en elle quelque chose qui lui fait honte, cesse de la regarder avec faveur, rédige pour elle un acte de répudiation et le lui remet en la renvoyant de chez lui, lorsque la femme est donc sortie de chez lui, s'en est allée, puis est devenue la femme d'un autre, si l'autre homme cesse de l'aimer, rédige pour elle un acte de répudiation et le lui remet en la renvoyant de chez lui, ou bien si l'autre homme qui l'avait prise pour femme meurt, alors son premier mari, qui l'avait renvoyée, ne pourra pas la reprendre pour en faire sa femme, après qu'elle aura été rendue impure. » (Dt 24, 1 – traduction œcuménique de la Bible, comme les citations bibliques qui suivent).

96 Voy. D. BREWER, « Deuteronomy 24 : 1-4 and the origin of the Jewish divorce certificate », *Journal of Jewish studies*, vol. 49, 1998, pp. 230-243, n° 2.

97 Malachie l'exprimera, sans doute au début du V^e siècle : « Que personne ne soit traître envers la femme de sa jeunesse. En effet, répudier par haine, dit le Seigneur, le Dieu d'Israël, c'est charger son vêtement de violence, dit le Seigneur, le Tout-puissant. » (M 2, 16).

98 PLATON, *Les Lois*, VI, 929e-930a, tr. fr. L. ROBIN, Bibliothèque de La Pléiade, Paris, Gallimard, 1950, p. 1071. Voy. aussi *ibidem*, 627e et s., où le meilleur juge est celui qui réconcilie.

les femmes obtinrent le même droit. Le mariage n'était pas une institution sacrée et à la fin de l'Empire, le divorce est à peine formel. La concurrence conceptuelle du mariage-institution et du mariage-contrat remonte au moins à cette époque, et déjà le caractère conventionnel de l'union conjugale l'emporte nettement dans les mentalités.

99. — La pratique du mariage chrétien est bien plus récente que le christianisme, bien que le principe de l'indissolubilité ait été formulé dès l'époque patristique. Pendant plus d'un millénaire après que l'ancien empire romain ait été christianisé⁹⁹, les couples n'ont pas éprouvé la nécessité de faire consacrer leur union par un prêtre et il n'allait nullement de soi, sociologiquement parlant, que la sexualité et la procréation devaient se vivre à travers une union monogame et durable. Pendant le Moyen Âge, le mariage a constitué une institution éphémère, qui se faisait et se défaisait au gré des alliances. La noblesse a largement eu recours à la répudiation. À partir de la fin du XI^e siècle, l'Église a progressivement réussi à imposer sa conception du mariage. Ce n'est toutefois qu'à partir du XIII^e siècle que l'interprétation catholique des Évangiles fera de celui-ci un préalable nécessaire à l'union de l'homme et de la femme. Sa désignation comme sacrement que les époux se confèrent l'un à l'autre prétendra consacrer un lien indissoluble, bien que dans une célèbre incise, l'évangéliste Matthieu ait admis une exception en cas d'« union illégale », cause dont le sens reste toujours discuté¹⁰⁰.

100. — C'est le Concile de Trente, en 1563, qui choisira d'oublier que le deuxième évangéliste ne voyait pas les choses exactement comme les autres Synoptiques. À cette époque, l'affrontement avec les protestants battait d'ailleurs son plein, et il n'est pas étonnant que ces derniers n'aient pas adopté la même interprétation, en acceptant le principe du divorce en cas d'abandon ou en cas d'adultère, notamment, que la tradition orthodoxe admettra également.

101. — Le christianisme, encore aujourd'hui, n'a pas à renier une de ses spécificités : l'insistance sur la vocation de durée, voire d'éternité, que porte l'amour des conjoints. Son tort a sans doute été d'abord de « juridiciser » cette

99 On lie habituellement ce moment à la conversion de Constantin en 312 (cet événement est-il l'aboutissement ou le point de départ de la christianisation de l'empire ?).

100 « Et moi je vous dis : Quiconque répudie sa femme – sauf en cas d'union illégale – la pousse à l'adultère ; et si quelqu'un épouse une répudiée, il est adultère » (Mt 5, 32 ; voy. aussi 19, 9). De très longues controverses entourent encore le sens qu'il faudrait donner à l'exception matthéenne, qui pourrait viser soit l'impudicité, soit l'adultère, soit l'union illégale au sens incestueux de Lv 18.

espérance à travers le large mouvement qui, tout au long du Moyen Âge, a tenté de légaliser les Évangiles et, surtout, de refuser de reconnaître, dans sa doctrine ou dans le droit canonique, les échecs éventuels de l'amour conjugal.

102. – Dans l'ancien droit de nos régions, le *divortium quoad torum et mensam*, que le néerlandais traduira plus justement que le français en parlant jusqu'à ce jour de *scheiding van tafel en bed*, constituait non pas un divorce, mais une séparation de corps au sens actuel. La théorie des nullités de mariage était largement appliquée. Tout système juridique qui ignore le divorce admet en effet plus facilement les nullités, comme le montre encore aujourd'hui l'application du droit canonique; inversement, un droit ouvert au divorce n'admet les nullités que de manière restrictive, comme l'indique depuis 1804 notre droit civil.

103. – Le nouveau texte de loi comporte surtout des ressemblances étonnantes, du point de vue des fondements idéologiques, de la procédure, des délais et des effets, avec la loi française du 20 septembre 1792, qui supprime la séparation de corps et admet le divorce par consentement mutuel et la répudiation unilatérale du fait d'incompatibilité d'humeur. Partant du constat que le mariage est un simple contrat civil, cette législation fut tenue pour une conséquence nécessaire et urgente de la nouvelle conception révolutionnaire. La loi de 1792 résultait en grande partie, sans conteste, de l'influence de plusieurs intellectuels de l'époque qui a précédé la Révolution : Montesquieu, Diderot, Rousseau, Voltaire. Depuis la naissance du droit moderne, l'idéologie du contrat est en effet triomphante. Toute relation sociale, y compris celles qui sont fondatrices des sociétés humaines, des États ou des familles, suppose des individus autonomes, un contrat social originaire, seule figure juridique compatible avec l'individualisme exacerbé, et une multitude de contrats subséquents supposés rendre compte de n'importe quelle relation sociale, dont celle qui s'exprime à travers le mariage¹⁰¹. Il suffit de se placer dans un autre contexte culturel, par exemple en Afrique sub-saharienne ou en terre d'Islam, pour percevoir à quel point l'individualisme et le contractualisme ne vont pas de soi. Le législateur a d'ailleurs tendance à méconnaître l'importance du brassage culturel en Belgique et ses conséquences, et continue à légiférer en fonction des représentations d'une population aisée d'origine belge.

¹⁰¹ On se permet, pour plus de détails, de renvoyer à J. FIERENS, « La figure contractuelle dans la formation du lien matrimonial, le divorce et l'établissement de la filiation », in *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 281-300.

104. – Le préambule de la loi de 1792 énonce que « l'Assemblée nationale, considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte; considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas attendu, pour jouir des avantages de la disposition constitutionnelle, suivant laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil, que la loi eût réglé le mode et les effets du divorce, décrète qu'il y a urgence »¹⁰². Le Conseil d'État a aussi été saisi en urgence du projet de réforme, et toute la procédure législative menée tambour battant jusqu'au soir du 12 avril 2007...

105. – Le nombre de divorces envisagé se mêle déjà, à l'époque, à la discussion. Dès l'an VII, un mariage sur trois est dissous en application de cette loi, ce qui correspond justement aux chiffres d'aujourd'hui.

106. – Selon les articles I, 2 à 3¹⁰³, le divorce avait lieu par le consentement mutuel des époux, mais l'un des époux pouvait faire prononcer le divorce sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère. Chacun des époux pouvait également faire prononcer le divorce sur des motifs déterminés¹⁰⁴.

107. – Pour ce qui concerne la procédure par consentement mutuel (articles II, 4 et suivants), les époux se présentaient devant une assemblée des plus proches parents ou d'amis – c'est la médiation ou la tentative de conciliation de l'époque – et ils y exposaient qu'ils demandaient le divorce. Les parents ou amis assemblés leur faisaient les observations et représentations qu'ils jugeaient convenables. Un mois au moins, et six mois au plus, après cette comparution, les époux pouvaient se présenter devant l'officier public chargé de recevoir les actes de mariage, dans la municipalité où le mari avait son domicile, et, sur leur demande, cet officier était tenu de prononcer leur

¹⁰² Voy. Pasin., 1792, pp. 436 et s.; X., *Journal officiel de la Convention Nationale - La Convention Nationale (1792-1793), Procès-verbaux officiels des séances depuis le 21 septembre 1792, Constitution de la grande assemblée révolutionnaire, jusqu'au 21 janvier 1793, exécution du roi Louis XVI, seule édition authentique et inaltérée contenant les portraits des principaux conventionnels et des autres personnages connus de cette sublime époque*, Paris, Librairie B. Simon & Cie, sans date, pp. 92-95.

¹⁰³ La numérotation des articles recommence à 1 au début de chaque chapitre.

¹⁰⁴ « 1° Sur la démence, la folie ou la fureur de l'un des époux; 2° sur la condamnation de l'un d'eux à des peines afflictives ou infamantes; 3° sur les crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre; 4° sur le dérèglement de mœurs notoire; 5° sur l'abandon de la femme par le mari, ou du mari par la femme pendant deux ans au moins; 6° sur l'absence de l'un d'eux, sans nouvelles, au moins pendant cinq ans; 7° sur l'émigration, dans les cas prévus par les lois, notamment par le décret du 8 avril 1792. »

divorce, « sans entrer en connaissance de cause ». Total des délais entre la demande et le divorce : minimum un mois, maximum six mois. Le divorce était administratif, ce que certains préconisent aujourd'hui¹⁰⁵.

108. — Dans le cas où le divorce était demandé par l'un des époux contre l'autre, pour cause d'incompatibilité d'humeur ou de caractère, sans autre indication de motifs, il convoquait une première assemblée de parents ou d'amis. Invitation était faite à l'époux défendeur de comparaître à l'assemblée et d'y faire trouver de sa part également trois, au moins, de ses parents ou amis. L'époux demandeur en divorce était tenu de se présenter en personne à l'assemblée; il entendait, ainsi que l'époux défendeur s'il comparait, les représentations des parents ou amis, à l'effet de les concilier; si la conciliation n'avait pas lieu, l'assemblée se prorogeait à deux mois. À l'expiration des deux mois, en cas d'échec d'une nouvelle tentative de conciliation, l'assemblée se prorogeait à trois mois. Si à la troisième séance de l'assemblée, les époux ne pouvaient être conciliés et que le demandeur persistait définitivement dans sa demande, acte en était dressé. Huitaine au moins, six mois au plus après la date du dernier acte de non-conciliation, l'époux « provoquant » pouvait se présenter, pour faire prononcer le divorce, devant l'officier public chargé de recevoir les actes de mariage dans la municipalité où le mari avait son domicile. Total des délais entre la demande et le divorce : minimum cinq mois et demi, maximum onze mois.

109. — En ce qui concerne le divorce fondé sur des motifs déterminés¹⁰⁶, le demandeur était tenu de se pourvoir devant les arbitres de famille et si, d'après la vérification des faits, les arbitres jugeaient la demande fondée, ils renvoyaient le demandeur en divorce devant l'officier du domicile du mari pour faire prononcer le divorce. Aucun délai minimum n'était prévu.

110. — Pour ce qui concernait les effets du divorce entre époux (articles III, 6 et suivants), les avantages matrimoniaux étaient, dans tous les cas de divorce, éteints et sans effets¹⁰⁷. Il en était de même des dons ou avantages, pour cause de mariage, que les époux avaient pu se faire réciproquement ou l'un à l'autre,

105 Voyez l'opinion des Professeurs GULDIX et LELEU, ce dernier citant le Professeur RENCHON, Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille', pp. 132 et 141.

106 Des règles particulières existaient pour le cas de divorce pour absence de cinq ans sans nouvelles (voy. art. II, 17).

107 Étaient visés « les droits emportant gain de survie, tels que douaire, augment de dot ou agencement, droit de viduité, droit de part dans les biens meubles ou immeubles du prédécédé ».

ou qui avaient pu être faits à l'un d'eux par les père, mère ou autres parents de l'autre.

111. — Dans le cas de divorce « pour l'un des motifs déterminés », celui qui avait obtenu le divorce était indemnisé de la perte des effets du mariage dissous et de ses gains de survie, dons et avantages par une pension viagère sur les biens de l'autre époux, laquelle était réglée par les arbitres de famille et courrait du jour de la prononciation du divorce (c'était la pension indemnitaire). Il était également alloué par des arbitres de famille, dans tous les cas de divorce, une pension alimentaire à l'époux divorcé qui se trouvait dans le besoin, autant néanmoins que les biens de l'autre époux pouvaient la supporter, déduction faite de ses propres besoins.

112. — La suite est bien connue. Les rédacteurs du Code civil ont choisi de restreindre la possibilité de divorcer par consentement mutuel, à travers notamment les difficultés et la longueur de la procédure, pour des raisons de stabilité sociale et patrimoniale. Le divorce pour causes déterminées, c'est-à-dire pour adultère — avec éventuellement l'exigence d'entretien de la concubine sous le toit conjugal en ce qui concerne le mari¹⁰⁸ —, excès, sévices et injures graves, fut admis au titre d'un compromis entre les traditions précédentes. L'argument n'est donc pas neuf non plus.

113. — La loi du 28 octobre 1974, qui a institué à travers l'article 232 du Code civil le divorce « pour cause » de séparation de fait de plus de dix ans, ramenés ultérieurement à cinq ans, puis à deux ans, a constitué une étape marquante dans la recherche d'un divorce sur demande unilatérale mais sans faute. Le cas de figure qui se rapproche jusqu'à ce jour le plus du divorce sans faute, hormis bien sûr le consentement mutuel, est celui qui entraîne l'application de l'alinéa 2 de l'article 232 du Code civil, c'est-à-dire le divorce fondé sur la séparation de fait consécutive à la maladie mentale d'un des époux. Dans cette hypothèse, le demandeur n'est pas présumé en faute pour ce qui concerne la pension après divorce et le sort des avantages matrimoniaux¹⁰⁹. Chacun des époux conserve le bénéfice des institutions contractuelles faites à son profit par son conjoint. Le tribunal peut accorder à l'un des époux à charge de l'autre une pension alimentaire, selon son appréciation. Ce régime particulièrement favorable aux deux conjoints peut cependant

108 Cette condition disparaîtra par l'action jurisprudentielle d'abord, par la loi du 28 octobre 1974 ensuite.

109 Art. 307 et 307bis du Code civil.

s'avérer inéquitable dans la mesure où l'époux demandeur conservera éventuellement certains avantages du mariage, même s'il a commis des manquements graves, sans que l'époux malade mental puisse introduire de demande reconventionnelle en divorce pour faute, compte tenu des pouvoirs très limités de son représentant.

Réflexions finales

114. – Il est difficile d'échapper au sentiment que la réforme du divorce, qui revient bien plus qu'il n'apparaît sur des questions très anciennes, a été menée de manière peu systématique et peu cohérente, jusqu'à donner l'impression, spécialement en ce qui concerne les amendements déposés par le gouvernement, qu'elle a été largement improvisée. Comme le reflète l'avis quasi unanime des personnes auditionnées à divers titres par la sous-commission « Droit de la famille » de la Chambre¹¹⁰, le projet a manqué de vue d'ensemble du travail à réaliser. Non seulement le droit contribue, qu'il le veuille ou non, à l'élaboration du sens général que recherchent une société et ceux qui la composent, mais n'importe quelle réforme du divorce ne peut que s'articuler à une réflexion sur la place et la signification actuelles du mariage civil.

115. – Certes, une réforme en profondeur est toujours, dans un pays démocratique, le résultat de compromis. Certes encore, de multiples opinions ont été échangées au sujet de la manière dont il conviendrait aujourd'hui de divorcer selon le droit belge. Mais la réflexion sur le sens du mariage, qui la précède nécessairement, n'a pas été menée. Une seule phrase est censée

¹¹⁰ Ont été entendus et ont donné un avis écrit : Mesdames et Messieurs Alain-Charles VAN GYSEL, professeur à l'U.L.B., Erna GULDIX, professeur à la V.U.B., Yves-Henri LELEU, professeur à l'U.Lg., Jean-Louis RENCHON, professeur à l'U.C.L., Patrick SENAËVE, professeur à la K.U.L., Gerd VERSCHIEDEN, professeur à l'U.Gent, Alfons HEYVAERT, professeur émérite à l'U.A., Françoise BASTIN, avocate, représentante de l'Ordre des barreaux francophone et germanophone, Patrick HORSTRÖSSLER, représentant de l'Orde van Vlaamse Balies, René STULENS, secrétaire de « Belangenverdediging van Gescheiden Mannen en hun Minderjarige Kinderen » (B.G.M.K.), Thierry RICHELMANN, de « CAPs Enfance », Ghislain DUCHÂTEAU, de « Gescheiden Ouders Dienstbeteen door Informatie » et Jan Piet H. DE MAN, pédopsychologue et psychologue de la famille, médiateur, Donatienne JANS, avocat et médiateur familial, Jehanne SOSSON, professeur à l'U.C.L. et avocat, François HÉRINCX, notaire, président de la commission notariale du droit de la famille, Frank BUYSSENS, notaire associé, Annemie DRIESKENS, représentante du Gezinsbond, Philippe ANDRIANNE, secrétaire général de la Ligue des familles, Cécile HAYEZ, juge au tribunal de première instance de Bruxelles, Jean-Marie QUAIRIAT, représentant de l'Union professionnelle de la magistrature, Christian PANIER, président du tribunal de première instance de Namur, Evelyne LAHAYE, représentante de l'Association syndicale des magistrats, Frederik EVERS, juge de paix, président de « Magistratuur en Maatschappij », Ankie VANDEKERCKHOVE, commissaire flamande aux droits de l'enfant, Serge LÉONARD, représentant de la délégation générale de la Communauté française aux droits de l'enfant, Mia RENDERS, médiateur familial, « Centrum Algemeen Welzijnswerk Artevelde contrapunt », Lieve VAN DEN KERCHOVE, responsable de l'espace de rencontre « Half-Rond Deelwerking Centrum Algemeen Welzijnswerk Visserij Gent ».

éclairer le débat, dont l'indigence analytique laisse perplexe et qui frise à tel point le lieu commun qu'elle ne dit plus rien : « Le mariage n'est plus considéré comme une institution rigide et indissoluble, mais comme un pacte *sui generis* renouvelé au jour le jour. »¹¹¹. La finale ne peut même pas être exacte, ni socialement ni juridiquement : les gens se marient à l'évidence, aujourd'hui, en étant porteurs de projets qui dépassent le lendemain. Si le mariage ne s'inscrivait plus en principe dans la durée, il conviendrait d'en supprimer les effets, dont l'obligation de fidélité, quel que soit le sens donné à celle-ci, qui devrait aussi faire l'objet d'une réflexion.

116. — Cette inscription dans la durée est une autre dimension que l'indissolubilité. Elle signifie que l'accueil d'une norme qui autorise un divorce et surtout une répudiation en quelques semaines, ne correspond même pas à l'état des mœurs, évangile prétendu des dernières réformes du droit de la famille. Il ne suffit évidemment pas, pour un législateur, de prendre en compte la réalité de l'augmentation constante des divorces pour décider qu'il est urgent de les faciliter. Les faits et le droit s'influencent dans une causalité circulaire et pas à sens unique. Lorsqu'il s'est agi par exemple d'instaurer le principe de l'autorité parentale conjointe ou de l'hébergement égalitaire, le but du législateur était d'ailleurs que le droit change les faits.

117. — Il est clair cependant que devant la multiplicité des perceptions et des opinions, la tâche n'a pas été facile. À lire les discussions, tout comme l'avis des « experts », qui ne se sont cantonnés que fort rarement dans des considérations techniques, on constate que s'expriment surtout des opinions personnelles de types philosophique, social ou psychologique, qui ne sont ni clarifiées ni débattues en tant que telles et qui se contredisent maintes fois.

118. — La discussion sur la signification du mariage ne peut, dans une démocratie dont le droit est depuis longtemps soustrait au religieux, être que politique. On peut toutefois espérer que le législateur aura la sagesse, en matière de droit de la famille, de ne pas considérer que la bonne solution est nécessairement celle que promeut la majorité en place actuellement au sein des instances gouvernementales et législatives, qui n'accorde d'ailleurs que rarement la liberté de vote à ses représentants, même dans des matières particulièrement sensibles sur le plan éthique. La réforme du divorce aurait dû appeler une réflexion sur le long terme, qui aurait pu dépasser de loin les clivages habituels entre les différents partis. Elle n'a pas eu lieu dans le contexte

¹¹¹ Projet, Exposé des motifs, p. 6.

du nouveau texte de loi ici examiné, ni lors de l'adoption de la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, quand le ministre de la Justice de l'époque s'était contenté, cette fois, d'affirmer sommairement que « aujourd'hui, le mariage sert essentiellement à extérioriser et à affirmer la relation intime de deux personnes et perd son caractère procréatif »¹¹². La différence d'approche entre deux ministres de la Justice de la même coalition politique, à trois ans d'intervalle, est significative. Dans un cas, la loi est justifiée par le souci de pouvoir exprimer socialement un engagement dans la durée, dans le second par le fait que le mariage n'est plus un engagement dans la durée. La réflexion de fond n'a pas eu lieu non plus avant la promulgation de loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, qui indique à tout le moins que l'analyse du ministre qui avait promu le mariage homosexuel était elle aussi sommaire, puisque la revendication de « procréation » des couples concernés a été clairement mise en exergue. Or, toutes ces lois ont profondément modifié, jusque dans ses fondements et en peu de temps, le droit de la famille et, partant, des points de repères culturels et sociaux particulièrement importants pour les enfants comme pour les adultes.

119. — Il aurait fallu discuter préalablement de la nécessité même d'une réforme en profondeur du divorce¹¹³ et d'une éventuelle uniformisation à l'échelle européenne¹¹⁴, puis de la signification sociale et juridique que le législateur entend encore donner au mariage, avant d'aborder les questions propres à sa dissolution et aux modalités de celle-ci. Cet approfondissement s'imposait d'autant plus que lorsque la population est interrogée sur les principales valeurs auxquelles elle reste attachée, les valeurs « familiales » sont constamment citées¹¹⁵.

¹¹² Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille' fait au nom de la Commission de la justice par Mmes GRAUWELS et LALIEUX, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2165/002.

¹¹³ Certains experts pensent qu'elle n'est nullement nécessaire. Voy. l'opinion du Professeur SENAËVE, Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille', p. 184.

¹¹⁴ Le Professeur VERSCHOLDEN a rappelé l'existence de principes de droit européen de la famille concernant le divorce et les pensions alimentaires entre époux divorcés. Voy. Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille', p. 190; ces règles sont accessibles en français à l'adresse <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/Reports/Principles - French.pdf>.

¹¹⁵ Voy. entre autres FONDATION ROI BAUDOIN, *Belge toujours. Fidélité, stabilité, tolérance. Les valeurs des Belges en l'an 2000*, Bruxelles, 2000.

120. — La notion de faute, pour sa part, qu'on le veuille ou non, appartient aux fondements essentiels de notre droit en général et du droit des contrats en particulier. On peut discuter la question de savoir à quel point elle découle d'une tradition souvent grossièrement qualifiée de « judéo-chrétienne », même si le projet de loi commenté revient sans doute plus qu'il ne l'imagine à la compréhension originaire que cette tradition a donnée de la faute, davantage rupture de relation que manquement à un engagement juridique. Il n'en reste pas moins que les discussions actuelles démontrent qu'il est en réalité impossible de s'en affranchir totalement. En fait, la manière dont beaucoup de crises relationnelles sont vécues au sein des couples, à tort ou à raison, ne permet pas de faire comme si la faute n'existait jamais ou comme s'il était pernicieux d'en discuter. Lorsque la conciliation ou la médiation ne sont pas possibles ou pas voulues, les tribunaux constituent par ailleurs, en principe, le moins mauvais endroit pour en débattre et en tirer les conséquences, dont l'éventuelle sanction. Les procédures sont aussi destinées à traduire en lutte de paroles réglementées la violence dont toute relation est porteuse, surtout quand elle est ou a été amoureuse. Ainsi, tous les praticiens savent que les couples non mariés trouvent des lieux pour leurs disputes, lorsqu'ils le veulent, par exemple devant le tribunal de la jeunesse à l'occasion des débats relatifs aux enfants. Les couples mariés divorcés sans allusion à la faute peuvent finalement se déchirer pendant des années à l'occasion de la liquidation du régime matrimonial. Si la possibilité d'un débat judiciaire sur les responsabilités disparaît, il est à craindre que la confrontation ait lieu ailleurs, de manière moins pacifique et moins réglée, peut-être au préjudice des parties ou des enfants, peut-être dans la violence. Albert Camus, on s'en souvient, disait que mal nommer les choses ajoute au malheur du monde. Le justiciable a-t-il avantage à ce que l'on considère la faute comme un gros mot en droit du divorce, si c'est bien de cela qu'il s'agit, objectivement et subjectivement ? On ne résout pas un problème en le niant. Tant mieux si des divorces sont possibles à l'amiable, sans discussion sur les responsabilités de chacun dans l'échec du projet de vie, tant mieux si de nouvelles procédures épargnent des souffrances inutiles, mais l'occultation pure et simple de certaines réalités humaines n'aboutira pas nécessairement à ce résultat.

121. — En droit, si le mariage demeure un contrat — et que pourrait-il être d'autre dans l'idéologie juridique actuelle ¹¹⁶ ? —, et s'il faut accorder qu'un

¹¹⁶ Encore que certaine parlementaire estime que « l'assimilation du mariage à un contrat assorti de droits et de devoirs dont le non-respect doit être sanctionné est totalement dépassée. Le mariage ne peut pas être comparé à un contrat. Le mariage concerne des personnes qui vivent ensemble

contrat à durée indéterminée doit pouvoir être résilié unilatéralement par une partie dès lors qu'un préavis raisonnable est donné, on aperçoit mal pourquoi le mariage serait le seul à évacuer un mécanisme aussi fondamental que l'éventuelle résolution fautive.

122. — De plus, la réforme confond manifestement humanisation de la procédure, rapidité de la procédure et suppression de la référence à la faute. C'est une erreur d'entretenir la confusion entre les débats, comme le fait la nouvelle loi. De nouvelles contradictions en remplacent d'autres. Ainsi, l'humanisation consiste à présent à pouvoir introduire une procédure de divorce, amiable ou non, le lendemain de son mariage, mais le constat d'adultère agressif, héritier de pratiques du 19^e siècle, reste possible et opportuniste.

123. — Qu'elle le veuille ou non, la loi promeut toujours un modèle social qui modifiera les comportements, quand bien même la réforme prétend se justifier d'abord par l'influence inverse. On est tenté de penser que sans y avoir vraiment réfléchi, le législateur considère aujourd'hui que le maintien d'un mariage ne dépend plus que des sentiments, et que si ceux-ci se modifient, le divorce s'impose comme une urgence. Les sentiments supposés, toutefois, ressemblent exclusivement à des amours adolescentes, conditionnées par ce que Louis Roussel appelle l'enchantement amoureux, qui effectivement disparaît tôt ou tard, parfois en six mois ou en un an ¹¹⁷. La réforme du divorce, elle aussi adolescente, est bien de son temps en ce qu'elle refuse tout vieillissement. Elle est incapable d'apercevoir que les rides de l'amour le transforment lentement, le rendent parfois plus beau et que des milliers de couples en font l'expérience, toutes opinions éthiques ou religieuses confondues. Le législateur n'aime plus la durée, ni celle des mariages, ni celle des procédures, ni celle des lois, ni celle que nécessite la réforme des lois. L'échec de l'amour conjugal doit certes être envisagé et le divorce organisé. La photo de mariage numérique a toutefois définitivement remplacé l'argentique, qui appelait révélateur et fixateur. Un clic sur l'appareil permet de la détruire aussitôt qu'elle a été prise, dès lors que l'ensemble ou un seul détail ne correspond pas aux attentes. Il est si facile de prendre une autre photo, et ainsi de

au quotidien et sont unies par des liens émotionnels. Il est impossible pour un tiers de savoir dans quelle mesure les droits et devoirs du mariage sont respectés. Le mariage est un phénomène complexe qui ne peut pas être réduit à une pensée stérile sur les droits et devoirs. » (Rapport de la sous-Commission 'Droit de la famille', p. 68). Voilà qui renvoie fort lestement la figure juridique du contrat, le droit tout entier et surtout les juristes au vestiaire, mais n'indique pas alors en quoi le législateur lui-même demeurerait concerné.

¹¹⁷ Voy. L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, Paris, éd. Odile Jacob, 1989.

suite. À la loterie du mariage, il est devenu inconcevable d'attendre le tirage. Que les époux grattent immédiatement pour savoir s'ils ont gagné ou perdu. La logique de ce genre de formule impose évidemment qu'il y ait un maximum de billets perdants.

124. — En amour comme dans la vie économique et professionnelle, le destinataire de la norme doit être mobile et s'adapter sans cesse. Voilà peut-être pourquoi 2007 ressemble tant à 1792, époque de l'émergence en droit d'un pur libéralisme, souvent peu clairvoyant, touchant aux confins de l'individualisme et du règne absolu du contrat. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen s'était révélée incapable de concevoir que le mariage et la filiation sont plus que la juxtaposition d'individus, ne faisant aucune allusion aux relations familiales.

125. — On finira par comprendre pourquoi Lucky Luke ne s'est jamais marié. Il n'aurait pas pu divorcer plus vite que son ombre, malgré les efforts du gouvernement et du législateur. Tant pis pour lui, puisqu'à présent le divorce est devenu une véritable lune de miel.