

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le divorce pour cause de désunion irrémédiable

Fierens, Jacques

*Published in:*  
Répertoire notarial, intercalaire,

*Publication date:*  
2008

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Fierens, J 2008, Le divorce pour cause de désunion irrémédiable: le nouveau droit du divorce (loi du 27 avril 2007). dans *Répertoire notarial, intercalaire*,. Larcier , Bruxelles, pp. 13-29.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE I  
LE DIVORCE POUR CAUSE  
DE DÉSUNION IRRÉMÉDIABLE

par  
Jacques FIERENS

SECTION I  
L'apparente «cause» unique de divorce

2. — Le nouvel article 229 du Code civil.

L'article 229 nouveau du Code civil instaure le divorce pour désunion irrémédiable. Cette désunion n'est une «cause» que dans la mesure où une situation de fait détermine une nouvelle situation juridique, en l'absence éventuelle de tout lien causal. La formule «divorce pour cause de désunion irrémédiable» est tautologique, elle revient à dire que la cause de la désunion est la désunion, puisque «divorce» signifie «désunion» (1). Celle-ci constitue davantage l'aboutissement d'un processus et la constatation d'un état, qu'un fait antérieur figurant le premier terme d'une causalité logique, comme c'était le cas de l'adultère, des excès, sévices ou injures graves sous l'empire des anciens articles 229 et 231 du Code civil (2). De la même manière, l'ancien article 232 du Code civil parlait-il du divorce «pour cause» de séparation de fait de plus de deux ans, alors même qu'il était évident que la séparation n'était pas la cause du divorce, et qu'il aurait été plus pertinent d'écrire «après» séparation de fait.

3. — La désunion irrémédiable.

L'expression «divorce pour cause de désunion irrémédiable» est au demeurant absente du Code civil et se retrouve exclusivement à l'article 1254, § 1<sup>er</sup>, nouveau, du Code judiciaire, selon ce qui pourrait être considéré comme une erreur de plume. L'article 229, § 1<sup>er</sup>, nouveau du Code civil énonce simplement que «le divorce est prononcé lorsque le juge constate la désunion irrémédiable entre les époux». L'article 628, 1<sup>er</sup>, nouveau, du Code judiciaire évoque de manière plus ambiguë le «divorce pour désunion irrémédiable». La section première du chapitre XI de la quatrième partie du Livre IV du Code judiciaire est dorénavant intitulée «Du divorce pour désunion irrémédiable».

(1) Étymologiquement, *divortium* vient de *dis-vertre*, «se tourner dans des directions différentes».

(2) La cause ne peut s'entendre ici qu'au sens logique et est alors ce qui rend intelligible un devenir, en l'occurrence le passage de l'état juridique de conjoints à celui de divorcés. Si l'on se réfère à la plus célèbre théorie de la causalité, dite des «quatre causes», d'inspiration aristotélicienne, force est de constater que la désunion irrémédiable ne dit pas de quoi provient le divorce (cause matérielle), ni quel est le modèle que le divorce imite (cause formelle), ni quel est le principe ou le mouvement qui lui a donné naissance (cause efficiente) puisqu'ils ne sont pas exprimés, ni le but poursuivi (cause finale) puisque l'état de désunion est supposé antérieur et non postérieur au divorce.

4. — L'indétermination des causes de divorce.

Le divorce pour cause déterminée et le divorce après séparation de fait de plus de deux ans n'existent plus. L'article 229 est remplacé par de nouvelles dispositions, tandis que les articles 231 et 232 du Code civil sont abrogés (L. 27 avril 2007, art. 4).

Le projet de loi prévoyait initialement la suppression du divorce par consentement mutuel en tant que procédure distincte, mais il a finalement été maintenu suite aux discussions intervenues en Commission de la justice de la Chambre. De manière inexplicable toutefois, l'article 233 du Code civil a été abrogé, tandis que les articles pertinents du Code judiciaire sont maintenus en vigueur (art. 4) (1). L'article 233 du Code civil énonçait que le consentement mutuel et persévérant des époux prouvera (...) «qu'il existe (...) une cause péremptoire de divorce», cette cause demeurant cependant inexprimée.

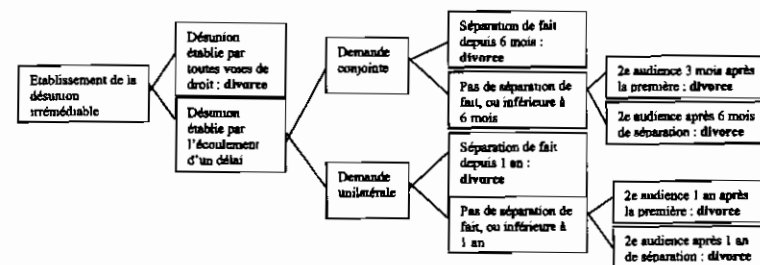
Il n'y a donc plus de causes de divorce en droit belge. A tout le moins, la cause unique de divorce est-elle devenue totalement indéterminée.

5. — La définition de la désunion irrémédiable.

La désunion irrémédiable est celle qui rend raisonnablement impossible la poursuite de la vie commune et la reprise de celle-ci entre les époux (voy. C. civ., art. 229, § 1<sup>er</sup>, nouv.) (2). L'exigence du caractère raisonnable de l'impossibilité de poursuivre la vie commune renvoie à première vue à l'appréciation du juge. Toutefois, cette appréciation n'interviendra que lorsque la preuve de la désunion est rapportée par toutes voies de droit (*infra*, n<sup>os</sup> 7 et s.). Lorsque la demande en divorce se fonde sur l'écoulement de délais de séparation ou de procédures (*infra*, n<sup>os</sup> 14 et s.), le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation pour qualifier la désunion.

6. — La preuve de la désunion irrémédiable.

La désunion irrémédiable pourra être établie judiciairement soit par toutes voies de droit, soit par l'écoulement d'un délai (C. civ., art. 229 et C. jud., art. 1255). Les options ouvertes aux conjoints peuvent être schématisées ainsi :



(1) Un membre de la Commission de la justice de la Chambre avait relevé que le maintien du divorce par consentement mutuel en tant que procédure distincte impliquait le maintien de l'art. 233 du C. civ. Le ministre de la Justice a précisé que cette question était réglée par l'amendement n<sup>o</sup> 91 (art. 4 du projet de loi) tel que sous-amendé par l'amendement n<sup>o</sup> 110, et que «l'article 275 proposé du Code civil, tel qu'il est proposé, suffit». L'art. 275 du C. civ. a cependant lui-même été abrogé et non modifié. Voy. Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M<sup>me</sup> Valérie DEOM et M. Servais VERHEERSTRATEN, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2005-2006, n<sup>o</sup> 2341/018, pp. 20 et 30.

(2) Cette définition a été introduite suite à un amendement déposé en Commission de la justice de la Chambre. Voy. *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2007, n<sup>o</sup> 2341/012, 30 nov. 2006, et Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M<sup>me</sup> Valérie DEOM et M. Servais VERHEERSTRATEN, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2006, n<sup>o</sup> 2341/018, 9 févr. 2007, p. 75.

§1. — *La désunion irrémédiable établie par toutes voies de droit*  
(C. civ., art. 229, §1<sup>er</sup>, nouv.)

7. — *La preuve par toutes voies de droit.*

Une partie peut établir en principe tout fait de nature à prouver que la désunion rend raisonnablement impossible la poursuite de la vie commune et la reprise de celle-ci. Selon l'article 1255, §5, nouveau, du Code judiciaire, si le divorce est demandé par l'une des parties, en application de l'article 229, §1<sup>er</sup>, du Code civil, et que le caractère irrémédiable de la désunion est établi, le juge «peut» prononcer le divorce sans délai. On ne s'explique pas l'utilisation du mot «peut». Le tribunal prononce nécessairement le divorce si la désunion irrémédiable est établie.

L'expression «par toutes voies de droit» de l'article 229, §1<sup>er</sup>, nouveau du Code civil renvoie au système de preuve de ce code et du Code judiciaire. Si le représentant de la ministre a déclaré en sous-commission «Droit de la famille» de la Chambre que la constatation de la désunion «peut» résulter — quoique rarement — de l'intime conviction du juge<sup>(1)</sup>, cette interprétation est incompatible avec le texte. L'intime conviction du tribunal n'est pas un mode de preuve civil<sup>(2)</sup>.

8. — *L'admission de l'aveu et du serment.*

L'aveu et le serment ne sont pas exclus, l'article 1255, §4, du Code judiciaire ne les interdisant que pour ce qui concerne la preuve de la séparation de fait. Si le second sera sans doute rarissime, comme généralement dans les procédures civiles actuelles, l'admission de l'aveu laisse perplexes, puisqu'il suffirait, pour que le divorce soit prononcé, qu'une partie affirme que la désunion irrémédiable existe, sans qu'apparaissent des éléments de nature à rendre cet aveu suspect.

9. — *La place de la faute*

Un époux pourrait invoquer un manquement aux obligations du mariage dans le chef de l'autre, c'est-à-dire la faute civile que la réforme a prétendu écarter des débats. Il convient cependant d'établir que ce manquement a effectivement provoqué la désunion irrémédiable. Le tribunal, à cet égard, s'inspirera sans doute de la jurisprudence établie antérieurement en matière d'adultère, d'exces, sévices et injures graves<sup>(3)</sup>.

10. — *L'adultère.*

La preuve de l'adultère, spécialement, demeure possible selon la procédure prévue à l'article 1016bis du Code judiciaire, dont certains regrettent qu'elle n'ait pas été abrogée dans le cadre de

(1) Rapport fait au nom de la sous-commission «Droit de la famille» par M<sup>me</sup> Valérie DROM et M. Servais VERHEKSTRAÏEN, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2008, n° 2341/007, 18 juillet 2006, pp. 49 et 57. Voy. aussi, mais à tort «L'idée centrale de la réforme est que le divorce doit être prononcé lorsque le juge est convaincu qu'il y a bien désunion irrémédiable». «Ce texte consacre la possibilité pour le juge de prononcer immédiatement le divorce, même s'il n'y a pas de séparation de fait, s'il acquiesce la conviction que le caractère irrémédiable de la désunion est établi» (D. PIRE, «La réforme du divorce. Aspects de droit judiciaire», in *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Y.-H. LÉLIEU et D. PIRE (dir.), Bruxelles, Larcier, 2007, n° 31 et 38, souligné par nous). La conviction du juge ne peut se substituer à la preuve.

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

(3) Les travaux préparatoires l'indiquent implicitement. Dans le projet initial en effet, un §4 complétait l'art. 229 du C. civ. 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». Le Gouvernement a lui-même déposé un amendement visant la suppression de cette disposition. La justification en était que «le §1<sup>er</sup> [...] permettra au juge de prononcer le divorce immédiatement, notamment en considération du comportement d'un des conjoints, sans attendre l'écoulement des délais prévus au §2 et 3». Voy. l'amendement n° 90, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2007, n° 2341/008, 17 oct. 2006.

la volonté déclarée du législateur de limiter les effets néfastes de la procédure sur les relations entre parties<sup>(1)</sup>. L'adultère peut cependant ne pas établir l'existence d'une désunion irrémédiable. La discussion sur son éventuel caractère offensant et grave est en tant que telle devenue sans pertinence pour l'application de l'article 229, §1<sup>er</sup>, du Code civil. Seule sa conséquence sur la désunion irrémédiable du couple doit être prouvée. La présomption jurisprudentielle de caractère offensant qui s'attachait à la violation du devoir de fidélité<sup>(2)</sup> devrait disparaître, pour la simple raison qu'elle n'a plus de raison d'être, l'offense étant conceptuellement distincte des conséquences de la violation du devoir de fidélité sur l'avenir du couple<sup>(3)</sup>.

11. — *L'aveu par un époux de ses propres manquements.*

Rien n'empêche qu'un époux établisse la désunion irrémédiable par l'aveu crédible de ses propres manquements 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»<sup>(4)</sup>. C'est oublier que la collusion implique la fraude<sup>(5)</sup>. Il ne revient ni au Gouvernement, ni au législateur lui-même de constater d'avance et en général son existence dans l'hypothèse où un conjoint invoque sa propre faute sans qu'elle soit «reconnue» par l'autre partie. La règle contenue dans l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* n'est pas un principe général de droit, contrairement à ce qu'a laissé entendre la ministre de la Justice<sup>(6)</sup>.

12. — *La faute grave.*

Si un manquement au devoir du mariage d'une des parties fonde le constat de la désunion irrémédiable, la décision prononçant le divorce n'impliquera pas que la faute grave visée à l'article 301, §2, alinéa 2, nouveau, du Code civil est établie (*infra*, n° 60), alors même qu'elle établira que ce manquement a nécessairement rendu impossible la poursuite de la vie commune. Le juge du fond du divorce ne se prononce pas sur la gravité du manquement, mais uniquement sur ses conséquences. Il va de soi cependant qu'un lien logique existera souvent entre les deux et qu'une influence médiante de la décision au fond sur le refus éventuel d'une pension alimentaire dans le chef de l'époux fautif peut être attendue.

(1) Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2008, n° 2341/001, 15 mars 2006, p. 6. On rappellera que la Cour de cassation a estimé que ni les art. 1016bis du C. jud., art. 1316 du C. civ., art. 8, al. 1, de la Conv. de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et art. 15 de la Const., ni les principes généraux du droit n'empêchent qu'un procès-verbal de constat d'adultère soit utilisé comme moyen de preuve dans le cadre d'une procédure en divorce pour injures graves (Cass., 19 oct. 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 936; *Larcier Cass.*, 1995, p. 226, n° 1184, somm.; *R.W.*, 1995-1996, p. 1038; Cass., 19 janv. 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 111).

(2) Cass., 4 sept. 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 23.

(3) Il n'en va pas de même pour la présomption de gravité, qui constitue clairement un enjeu pour l'application de l'art. 301, §2, al. 2, nouv., du C. civ. (*infra*, n° 60). Au cours des travaux préparatoires, la ministre de la Justice a toutefois déclaré que l'adultère constituera «une faute comme les autres», ne bénéficiant plus d'une présomption de gravité (Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2008, n° 2341/001, 15 mars 2006, p. 17).

(4) Rapport fait au nom de la Commission de la justice du Sénat par M<sup>me</sup> ZRIEEN, *Doc. parl.*, Sénat, n° 3-2068/4, p. 57.

(5) Voy. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 8<sup>e</sup> éd., 2000, v° Collusion.

(6) Rapport fait au nom de la Commission de la justice du Sénat par M<sup>me</sup> ZRIEEN, *Doc. parl.*, Sénat, n° 3-2068/4, p. 58. Pour l'application de l'art. 232 anc. du C. civ., rien n'empêchait un conjoint d'«revouer» une séparation, même si celle-ci constituait dans son chef un manquement au devoir de cohabitation inscrit à l'art. 213 du C. civ. Voy. l'art. 1270bis anc. du C. judic.

### 13. — Les faits exclusifs de tout manquement.

Un époux pourra-t-il invoquer, en vertu du texte nouveau, des faits rendant la désunion irrémédiable, qui ne constituent aucun manquement ni dans son chef, ni dans celui de l'autre, par exemple un état gravement dépressif ou agressif face à l'autre? On n'aperçoit pas ce qui l'en empêcherait.

§ 2. — *La désunion irrémédiable établie par l'écoulement d'un délai*  
(C. civ., art. 229, § 2 et 3, nouv.)

### 14. — Un délai de séparation ou un délai de procédure.

Les délais dont l'écoulement établit la désunion irrémédiable, visés aux §§ 2 et 3 de l'article 229 nouveau du Code civil, sont soit des délais de séparation de fait des époux, soit des délais de procédure s'ouvrant à l'audience d'introduction de l'action au fond. Ces délais varient selon que le divorce est demandé par les deux époux ou par un seul.

Pour constater l'existence du délai de séparation éventuelle, le juge se place au jour de l'audience d'introduction. On aurait pu concevoir qu'il prenne en considération le jour d'introduction de la demande, c'est-à-dire le jour de la mise au rôle de la cause si la demande est introduite par requête ou le jour de la signification si la demande est introduite par citation (*infra*, n° 35 et s.) (1). Cette interprétation semble peu compatible avec la formulation des §§ 1 et 2 de l'article 1255 nouveau du Code judiciaire, de même qu'avec le système de renvoi à une éventuelle seconde audience.

A. La demande est formée conjointement  
(C. civ., art. 229, § 2, nouv.)

### 15. — La séparation de fait de six mois.

Quand la demande en divorce est formée conjointement, la désunion irrémédiable est établie si les époux sont séparés de fait depuis six mois ou si la demande est répétée une deuxième fois (2) devant le tribunal à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai de six mois de séparation.

### 16. — La preuve de la séparation.

Si la demande conjointe est fondée sur la séparation, en application de l'article 1255, § 4, nouveau, du Code judiciaire, celle-ci peut être établie par toutes voies de droit, l'aveu et le serment exceptés. La loi précise que cette preuve peut être rapportée notamment par la production de certificats de domicile démontrant des inscriptions à des adresses différentes. Ce procédé était habituel pour l'application de l'article 232 ancien du Code civil. Les changements administratifs d'inscription domiciliaire dès les premiers jours de la séparation s'avèrent donc efficaces. Les certificats de domiciliation ne constituent toutefois que des présomptions et une partie pourrait établir qu'ils ne correspondent pas à une séparation effective, tout comme elle pourra prouver que

(1) Voy. notamment Cass., 20 déc. 1991; Cass., 4 mars 1994; Cass., 9 déc. 1996. « Il est aujourd'hui bien établi que lorsque, en matière civile, la cause a été introduite par citation, le juge est saisi de la cause à partir de la signification de la citation pour autant qu'elle ait été inscrite au rôle général antérieurement à l'audience indiquée dans la citation » (G. de LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2003, n° 29).

(2) L'art. 229, § 2, nouv. du C. civ. porte que 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'art. 1255, § 1<sup>er</sup>, du C. jud. Il faut évidemment lire « répétée ».

même si les inscriptions administratives indiquent la même adresse, les conjoints étaient en réalité séparés.

### 17. — La prononciation du divorce sans pouvoir d'appréciation.

S'il est établi que les parties sont séparées de fait depuis plus de six mois, le juge prononce le divorce (C. jud., art. 1255, § 1<sup>er</sup>, al. 2, nouv.). Le tribunal ne dispose pas de pouvoir d'appréciation quant au caractère irrémédiable de la désunion. En effet, jusqu'à ce que le projet ait été examiné par la Commission de la justice du Sénat, les délais de séparation visés aux articles 229 nouveau du Code civil et 1255 nouveau du Code judiciaire 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 (1). Selon le texte finalement adopté de l'article 229 du Code civil, l'écoulement des délais « établit » la désunion irrémédiable. Le libellé de l'article 1255 du Code judiciaire va dans le même sens.

### 18. — L'intention de se désunir.

Il faut cependant supposer que l'intention de se désunir doit avoir existé dans le chef d'un des époux au moins, tout au long du délai de séparation requis, comme antérieurement pour l'application de l'article 232 ancien du Code civil. Une séparation provoquée uniquement par des circonstances particulières comme un éloignement dû à des raisons professionnelles, à une hospitalisation ou à un emprisonnement ne saurait, en elle-même, établir la désunion (2). Elle ne constitue pas, dans de tels cas, la séparation visée à l'article 229 du Code civil ou 1255 du Code judiciaire, ce qui est une question différente de l'appréciation de son caractère irrémédiable.

### 19. — La séparation de moins de six mois ou l'absence de séparation.

Si la séparation existe mais qu'elle n'a pas atteint une durée de six mois lors de l'audience d'introduction, ou que sa preuve n'est pas rapportée, 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. Dans la deuxième hypothèse, le divorce peut intervenir sans que les époux aient jamais été séparés.

Du point de vue de la rapidité de la procédure, la fixation de la seconde audience à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai de six mois de séparation n'est opportune que si ce moment est atteint moins de trois mois après l'audience d'introduction (3). Dans le cas contraire, la procédure sera écourtée si la cause est remise trois mois après l'audience d'introduction. Le texte permet apparemment au juge de choisir, mais l'esprit de la loi lui impose d'opter pour la solution qui mène le plus rapidement au divorce. Les parties solliciteront la date de remise qui leur paraîtra la plus avantageuse.

(1) *Doc. parl., Sénat, sess. 2006-2007, n° 3-2068/2 et Rapport fait au nom de la Commission de la justice du Sénat par M<sup>me</sup> ZRIHEN, Doc. parl., Sénat, n° 3-2068/4, pp. 84 et 92.*

(2) *Voy. Rapport fait au nom de la Commission de la justice du Sénat par M<sup>me</sup> ZRIHEN, Doc. parl., Sénat, n° 3-2068/4, p. 61.* C'est à tort que le ministre de la Justice discutait ce point sous l'angle du caractère réfragable de la séparation considérée alors comme présomption de désunion irrémédiable. Il ne s'agissait pas de la nature de la présomption, mais de la nature de la séparation.

(3) Le Conseil d'État et divers intervenants, lors des travaux préparatoires, se sont posés 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 (*voy. Projet de loi réformant le divorce, Doc. parl., Chambre, sess. ord. 2006-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, Avis du Conseil d'État, p. 56*).

Lors de cette seconde audience, si les parties confirment leur volonté, le juge prononce le divorce.

#### 20. — L'homologation des éventuels accords.

Aux termes de l'article 1255, § 1<sup>er</sup>, alinéa 4, nouveau du Code judiciaire, lorsqu'il prononce le divorce, le juge homologue le cas échéant les accords intervenus entre parties. Si les accords concernent l'ensemble des conséquences personnelles et patrimoniales du divorce, ainsi que les accords relatifs aux enfants mineurs, tels que mentionnés aux articles 1287 et 1288 du Code judiciaire (1), il s'agit à l'évidence d'une seconde sorte de procédure de divorce par consentement mutuel.

Toutefois, la loi nouvelle ne prévoit pas que le juge puisse proposer aux parties de modifier les dispositions des conventions relatives à leurs enfants mineurs si elles lui paraissent contraires aux intérêts de ces derniers, de les faire supprimer ou modifier, ou encore de refuser d'homologuer ces accords, comme le lui permettent, dans la procédure «classique» de divorce par consentement mutuel, les articles 1290, dernier alinéa, 1293, alinéas 2 et 5, et 1298 du Code judiciaire. Les contrôles relatifs à l'intérêt des enfants mineurs semblent donc absents, sauf à considérer que le juge puiserait ce pouvoir de contrôle, fondé sur le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, dans l'article 6 du Code civil. Nous opinons en ce sens.

#### 21. — Les accords partiels.

Les accords homologués peuvent n'être que partiels. Dans ce cas, on se trouve pratiquement en présence d'une procédure de divorce par consentement mutuel dans laquelle les points litigieux seront soumis aux tribunaux selon les règles de compétence attachées à leur nature. Ce type de divorce s'apparente cette fois au divorce sur demande acceptée, tel que le connaît le droit français (2) : le divorce fait l'objet d'un consentement mutuel, sa cause n'est pas exprimée, mais les contestations nées de ses conséquences peuvent être soumises aux juges compétents.

B. La demande est formée par un seul époux  
(C. civ., art. 229, §3, nouv.)

#### 22. — La séparation de fait d'un an ou la répétition de la demande.

Quand la demande en divorce est formée par un seul époux, la désunion irrémédiable est établie si les époux sont séparés de fait depuis un an ou si la demande est répétée une deuxième fois (3) devant le tribunal à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai d'un an de séparation ou un an après la première audience. Dans la deuxième hypothèse, le divorce peut intervenir sans que les époux aient jamais été séparés.

#### 23. — Les modes de preuves.

Dans le cas d'une action fondée sur la séparation, les règles de preuve de celle-ci sont les mêmes qu'en cas de demande conjointe (*supra*, n° 16).

(1) Sur la force exécutoire des accords ainsi homologués, voy. *Rép. nat.*, «Divorce et séparation de corps par consentement mutuel» (P. MORCAU), t. I, I VI, intercalaire, éd. janv. 1998, n° 30. Sur ce que le jugement d'homologation pourrait être assorti d'une astreinte, voy. P. MORCAU, *L'homologation judiciaire des conventions — Essai d'une théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 367, n° 140; voy. aussi l'art. 367ter, §2, C. civ.

(2) Art. 233 et 234 du C. civ. français.

(3) Et non «répétée à deux reprises» comme le dit le §3 de l'art. 229 du C. civ. — voy. *supra*, la note sous le n° 15.

#### 24. — L'absence de pouvoir d'appréciation.

S'il est établi que les parties sont séparées de fait depuis plus d'un an, le juge prononce le divorce (C. jud., art. 1255, §2, al. 1<sup>er</sup>, nouv.), sans pouvoir d'appréciation. L'écoulement du délai établit la désunion irrémédiable. Comme déjà indiqué à propos de la demande conjointe, il faut supposer que l'intention de se désunir doit avoir existé dans le chef d'un des deux époux au moins (*supra*, n° 18).

#### 25. — La séparation de moins d'un an et la fixation d'une seconde audience.

Si la séparation existe mais qu'elle n'a pas atteint une durée d'un an lors de l'audience d'introduction, le juge peut fixer la seconde audience à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai d'un an. Si aucune séparation prouvée n'est intervenue, la cause est refixée un an après la première audience. A nouveau, le juge est, selon nous, tenu de choisir la date de remise de la cause la plus favorable à l'accélération de la procédure (*supra*, n° 19). L'incohérence relative aux délais de remise de la cause, signalée à propos du §2 de l'article 229 du Code civil, ne se retrouve pas ici (*supra*, n° 19 et la note).

Lors de cette seconde audience, si l'une des parties le requiert, le juge prononce le divorce. Cette requête peut alors être formulée soit par le demandeur, soit par le défendeur.

### SECTION II

#### La modification éventuelle du fondement de la demande et les demandes subsidiaires

#### 26. — Les règles de procédure du nouvel article 1254, §5, du Code judiciaire.

Aux termes de l'article 1254, §5, nouveau, du Code judiciaire, jusqu'à la clôture des débats, les parties ou l'une d'elles peuvent étendre ou modifier la cause ou l'objet de la demande, introduire des demandes reconventionnelles ou ampliatives, 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. En cas de demande conjointe, si l'un des époux se ravise, l'autre pourra fonder sa demande sur le §1<sup>er</sup> ou sur le §3 de l'article 229 du Code civil. Un époux qui a introduit sa demande sur la base des délais de séparation ou de procédure pourra ainsi choisir de prouver la désunion irrémédiable par toutes voies de droit, ou l'inverse.

#### 27. — Les demandes subsidiaires.

On n'aperçoit pas ce qui empêcherait par ailleurs la formulation de demandes subsidiaires (1).

#### 28. — Le passage de la demande unilatérale à la demande conjointe.

En application de l'article 1255, §3, nouveau, du Code judiciaire, 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, c'est-à-dire ceux qui sont prévus en cas de demande conjointe.

#### 29. — Le passage au divorce par consentement mutuel.

La question du passage d'une procédure de divorce par consentement mutuel à l'application des nouvelles dispositions est examinée sous le n° 83 (*infra*).

(1) Voy. D. PIRE, «La réforme du divorce. Aspects de droit judiciaire», in *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Y.-H. LEBEU et D. PIRE (dir.), Bruxelles, Larcier, 2007, n° 28.

## SECTION III

## L'incidence de la réconciliation

## 30. — La suppression de la réconciliation comme cause d'extinction de l'action.

Les articles 1284 à 1286 du Code judiciaire sont abrogés, qui prévoyaient que l'action en divorce était éteinte par la réconciliation des époux (L. 27 avril 2007 réformant le divorce, art. 31, 1<sup>o</sup>).

## 31. — L'incidence de la réconciliation sur le caractère de la désunion.

Si la demande de divorce est basée sur l'article 229, §1<sup>er</sup>, nouveau, du Code civil, la réconciliation aura cependant pour effet d'établir que la désunion n'est pas irrémédiable.

## 32. — L'incidence de la réconciliation sur le délai utile de séparation.

Si la réconciliation intervient avant que s'achèvent les périodes de séparation utiles, telles que prévues aux §§2 et 3 de l'article 229 du Code civil, celles-ci n'établiront pas la désunion irrémédiable. On pourrait toutefois imaginer qu'une des parties prouve une réconciliation effective intervenue après l'expiration de ces délais de séparation, mais avant l'audience d'introduction relative à une demande de divorce unilatérale de l'autre. A lire l'article 229, §§2 ou 3, du Code civil, le divorce intervient «après plus de» six mois ou un an de séparation de fait. A lire l'article 1255, §§1<sup>er</sup> ou 2, du Code judiciaire, le juge prononce le divorce s'il est établi que les parties sont séparées de fait «depuis» plus de six mois ou un an. Les locutions du Code judiciaire, davantage que celles du Code civil, évoquent la persistance de la séparation. Si donc la réconciliation a mis fin à la séparation au moment de l'audience d'introduction, il nous semble que l'exception de réconciliation doit être accueillie. L'action ne sera pas éteinte comme sous l'empire de l'ancienne loi, mais la cause devra être remise à une audience ultérieure.

## SECTION IV

Le divorce pour désunion irrémédiable  
mettant en cause un malade mental

## 33. — La représentation du malade mental.

En application de l'article 1255, §7, nouveau du Code judiciaire (1), 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'ancien article 232, alinéa 2, du Code civil est ainsi maintenue.

## 34. — L'interdiction d'agir en qualité de demandeur.

Le représentant légal ne pourra agir en demande, pas plus que sous l'empire de la loi ancienne, l'action en divorce étant traditionnellement considérée comme exclusive de toute représentation. Il peut en résulter des iniquités au préjudice du malade mental, notamment parce qu'il pourrait souhaiter ou avoir intérêt à prouver par toutes voies de droit l'existence d'une désunion irrémé-

(1) Le projet initial aurait permis au malade mental d'agir en demande. Voy. l'amendement adopté en Commission de la justice du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2006-2007, n° 3-2068/2 et le Rapport fait au nom de la Commission de la justice du Sénat par M<sup>me</sup> ZRIJEN, *Doc. parl.*, Sénat, n° 3-2068/4, pp. 82 et 94.

diable, par exemple en raison des conséquences possibles de cette preuve sur le régime de la pension après divorce (*supra*, n° 12).

## SECTION V

## La procédure

## §1. — L'introduction de l'action au fond

## 35. — L'introduction de l'action par requête ou par citation.

L'article 1254 nouveau du Code judiciaire permet en principe l'introduction de la procédure par requête. Le but recherché est la simplification de la procédure (1).

Toutefois, si la demande est fondée sur l'article 229, §1<sup>er</sup>, du Code civil, c'est-à-dire sur la prétention du demandeur de rapporter par toutes voies de droit que la désunion est irrémédiable, l'introduction de l'action par voie de citation est exigée. L'explication en est que le projet initial prévoyait que le divorce aurait pu être demandé lorsque «le demandeur considère que l'autre a adopté un comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune» (2). Dans ce cas, selon l'auteur du projet, un mode de convocation plus sûr que la requête s'imposait. L'éventuel divorce pour cause de comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune a été abandonnée, mais l'exigence procédurale a été transférée à l'hypothèse dans laquelle le demandeur entend prouver la désunion irrémédiable par toutes voies de droit, implicitement parce qu'elle peut consister à prouver la faute (3).

## 36. — L'impossibilité de citer à comparaître en cas de demande conjointe.

Comme l'observe J.-P. MASSON, si l'action est intentée par les deux époux, une citation ne se conçoit pas, faute d'adversaire contre qui la diriger. Le recours à une requête conjointe s'impose dans ce cas (4).

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 (C. jud., art. 1255, §1, al. 1, nouv.) (5).

## 37. — La comparution volontaire.

Rien n'empêche que les parties comparaissent volontairement devant le juge du fond ou devant le juge des référés.

(1) Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, p. 23.

(2) *Ibidem*, art. 229, al. 4 en projet et *supra*, note sous le n° 9.

(3) Voy. l'amendement n° 97 du Gouvernement, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2006, n° 2341/008, pp. 5-6, justifié comme suit : «Dans le §1<sup>er</sup> [de l'article 229 du Code civil, le juge] doit apprécier immédiatement si la désunion est irrémédiable, en posant, le cas échéant un jugement de valeur. Certes, celui-ci n'aura pas d'autre conséquence qu'une accélération de la procédure, mais il est préférable que le défendeur soit présent, ou qu'à tout le moins, qu'il ait été convoqué par citation».

(4) J.-P. MASSON, «La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce», *J.T.*, 2007, p. 540.

(5) Le même auteur souligne que le texte semble exiger que les deux époux signent en personne ou qu'ils soient tous deux représentés. Si toutefois l'acte est signé par un des époux et par un avocat ou un notaire, on n'aperçoit pas la difficulté qui en résulterait, puisque la signature d'un seul avocat ou d'un seul notaire suffit (*ibidem*). Le législateur a sans doute songé à l'hypothèse où l'avocat ou le notaire représente les deux parties.

### 38. — Le contenu de l'acte introductif d'instance.

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.

### 39. — Les pièces jointes à l'acte introductif.

Selon l'article 1254 nouveau du Code judiciaire, la partie demanderesse joint à l'acte introductif d'instance, pour chacun des époux et pour les éventuels enfants mineurs non mariés ni émanipés communs aux époux, pour les enfants adoptés par eux ou pour les enfants de l'un d'eux adoptés par l'autre (C. jud., art. 1254, §1, al. 5, nouv.):

- 1° une preuve de l'identité, de la nationalité et de l'inscription au registre de la population, au registre des étrangers ou au registre d'attente;
- 2° les actes de naissance des enfants susmentionnés;
- 3° une copie certifiée conforme du dernier acte de mariage et du dernier contrat de mariage;
- 4° la preuve de la résidence actuelle ou, le cas échéant, une preuve de la résidence habituelle en Belgique depuis plus de trois mois, si celle-ci diffère de la résidence mentionnée au registre national (1).

### 40. — Les dispenses de production de pièces.

Les intéressés sont toutefois dispensés de fournir les diverses preuves d'identité, de nationalité et d'inscription aux registres de la population ou des étrangers, pour autant qu'ils soient inscrits, à la date de l'acte introductif d'instance, au registre national des personnes physiques. Les données figurant dans ce registre font foi jusqu'à preuve du contraire. Le greffier du tribunal contrôle dans ce cas les données d'identité au moyen du registre national et verse un extrait de celui-ci au dossier.

Le ou les demandeurs sont également dispensés de fournir :

- 1° les actes de naissance mentionnés, pour autant que les enfants concernés soient nés en Belgique;
- 2° l'acte de mariage, si le mariage a été contracté en Belgique.

Dans les deux cas, le greffe du tribunal demande lui-même une copie de l'acte au depositaire du registre. Il en va de même lorsque l'acte a été transcrit en Belgique et que le greffe connaît le lieu de sa transcription (C. jud., art. 1254, §2, nouv.).

Les dispenses de fourniture de pièces ne s'appliquent pas aux personnes inscrites au registre d'attente (C. jud., art. 1254, §3, nouv.).

### 41. — Absence de sanction du défaut de jonction des pièces.

Sous l'empire de l'ancienne loi, il suffisait que les pièces nécessaires soient produites à l'audience d'introduction. Aucune sanction formelle ne s'attache cependant à présent au défaut de jonction des documents requis à l'acte introductif d'instance. Si les mentions sont incomplètes, ou si le greffe n'a pas pu recueillir en temps utile certaines informations pour l'audience d'introduction, le juge invite la partie la plus diligente à communiquer les informations requises ou à compléter le dossier de la procédure. Chaque partie peut aussi prendre elle-même l'initiative de

(1) Comme il a été relevé à juste titre, l'exigence de preuve de la résidence en Belgique est dépourvue de sens (voy. D. PIRE, «La réforme du divorce. Aspects de droit judiciaire», in *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Y.-H. LEBLO et D. PIRE (dir.), Bruxelles, Larcier, 2007, n° 21).

constituer le dossier (C. jud., art. 1254, §4, nouv.). On peut supposer qu'il en va de même pour la production des pièces qui auraient dû accompagner l'acte introductif.

### §2. — La tentative de conciliation et l'éventuelle médiation

#### 42. — La tenue de l'audience en chambre du conseil.

L'audience relative au fond du divorce a lieu dorénavant en chambre du conseil. La raison avancée en est la facilitation du rapprochement des parties (1), quoiqu'on puisse se poser des questions sur l'évidence du lien particulier entre les deux. Il faut plutôt considérer que le caractère éminemment privé de la demande et des débats impose la discrétion (2).

#### 43. — La comparution personnelle des parties ou du demandeur.

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 (C. jud., art. 1255, §6, nouv.). Selon D. PIRE, la comparution personnelle n'est requise que pour l'audience d'introduction (3). La loi ne prévoit aucune sanction en cas de non-comparution des parties. L'article 1263 du Code judiciaire, qui permet au tribunal de déclarer déchu de son action l'époux demandeur en divorce qui ne comparaît pas alors que le juge aura ordonné la comparution personnelle des parties, ne semble pas pouvoir être appliqué par analogie, en raison de son caractère de sanction (4).

#### 44. — La médiation.

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 concilier celles-ci. 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, ce qui peut paraître un délai fort bref si la médiation doit effectivement se mettre en place. Le souci de la médiation le dispute ici à la volonté de rapidité du divorce, au bénéfice de la seconde (voy. C. jud., art. 1755, §7).

### §3. — L'appel

#### 45. — Le maintien du droit d'appel.

Selon le projet initial, les décisions prononçant le divorce n'auraient pas été susceptibles d'appel, au nom du «droit de divorcer» — qui en réalité n'est pas consacré en tant que tel — et du souci d'établir une certaine automaticité dans la prononciation du divorce (5). Certains parlementaires, en sous-commission «Droit de la famille» de la Chambre, ont estimé que le projet était trop radical sur ce point et ont rappelé que l'article 1072bis du Code judiciaire permet au

(1) D. PIRE, «La réforme du divorce. Aspects de droit judiciaire», *op. cit.*, n° 44.

(2) Une telle réforme serait la bienvenue en ce qui concerne les débats relatifs aux mesures provisoires.

(3) Voy. D. PIRE, «La réforme du divorce. Aspects de droit judiciaire», *op. cit.*, n° 43.

(4) J.-P. MASSON, «La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce», *J.T.*, 2007, p. 540.

(5) Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, p. 31.

juge d'appel d'infliger d'office une amende en cas d'appel téméraire ou vexatoire (1). Finalement, la suppression de l'appel n'a pas été votée (2).

#### §4. — Le délai de pourvoi en cassation

##### 46. — Le nouveau délai de pourvoi en cassation.

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. 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 dilatoires (3).

##### 47. — Le caractère suspensif du délai et de l'éventuel pourvoi.

Ce délai et le pourvoi sont suspensifs. Le caractère suspensif du pourvoi est maintenu en raison de la nécessaire permanence de l'état des personnes, ce qui n'étonnera personne (4).

#### §5. — Les dépens

##### 48. — Les règles nouvelles de mise à charge des dépens.

En ce qui concerne les dépens, l'article 1258 nouveau du Code judiciaire, tel que présenté par l'amendement n° 102 du Gouvernement (5), 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<sup>er</sup> et 2, du Code civil. Toutefois, lorsque le divorce est prononcé sur la base de l'article 229, §1<sup>er</sup>, 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. 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'édioter des dispositions spécifiques à la matière.

### SECTION VI

#### Les mesures provisoires

##### 49. — Les mesures provisoires demandées au juge du fond et leur homologation.

Comme antérieurement, l'acte introductif de l'instance en divorce peut contenir les demandes éventuelles relatives aux mesures provisoires concernant la personne, les aliments et les 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. L'article 1254, §1<sup>er</sup>,

(1) Rapport fait au nom de la sous-commission «Droit de la famille» par M<sup>me</sup> Valérie DROM et M. Servais VERHERSTRATEN, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2005-2006, n° 2341/007, 18 juillet 2006, p. 93. L'art. 1072bis du C. jud. a été abrogé par la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire, mais l'art. 780bis nouveau du même Code permet aujourd'hui de sanctionner la partie qui utilise la procédure à des fins manifestement dilatoires ou abusives.

(2) Amendement n° 142 de M<sup>me</sup> Marie-Christine MARGHEM, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2006-2007, n° 2341/016 et Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M<sup>me</sup> Valérie DROM et M. Servais VERHERSTRATEN, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2005-2006, n° 2341/018, 9 févr. 2007, pp. 62 et 82.

(3) Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, p. 13.

(4) Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, p. 32.

(5) *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2007, n° 2341/008, 17 oct. 2006, p. 7.

alinéa 4, nouveau, du Code judiciaire doit être lu en combinaison avec l'article 1256 nouveau, 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 sous l'empire de la loi ancienne, les parties peuvent demander des mesures provisoires au juge du fond, qui peut entériner leur accord (1). Un accord peut être proposé même si les mesures concernées n'ont pas été sollicitées dans l'acte introductif d'instance (2). L'insertion des mots «à tout moment» laisse entendre qu'un accord peut être soumis au juge du fond même si le juge des référés est saisi (3).

##### 50. — Le contrôle de l'intérêt des enfants.

Selon l'article 1256, alinéa 2, nouveau, du Code judiciaire, le juge ne peut refuser d'homologuer l'accord que s'il est manifestement contraire à l'intérêt des enfants. En d'autres termes, l'accord pourrait être contraire à cet intérêt, du moment que cette contrariété n'est pas manifeste. Une telle innovation ne semble pas compatible avec le principe du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, consacré à l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, qui pourrait être en outre considéré comme principe général de droit (4). De plus, le texte de l'article 1256 nouveau du Code judiciaire suggère que le juge n'est pas tenu («peut refuser») d'écarter un accord (manifestement) contraire à l'intérêt des enfants, ce qui introduit une ambiguïté qu'avait soulignée, en vain, le Conseil d'Etat (5). Selon le représentant de la ministre de la Justice, le but est «d'alléger le contrôle qu'exerce le juge en ce qui concerne l'intérêt des enfants» (6). Cet objectif n'est en soi guère acceptable. Les réformes précédentes avaient, au contraire, à juste titre renforcé la protection des enfants contre l'exercice malencontreux de l'autonomie de leur volonté par les parents.

##### 51. — Le renvoi de la cause à l'audience des référés, à défaut d'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 (C. jud., art. 1256, al. 3).

##### 52. — L'introduction immédiate des demandes en référé.

Si le demandeur souhaite que les demandes de mesures provisoires soient immédiatement débattues en référé, elles sont introduites par exploit d'huissier de justice contenant citation à comparaître devant le président du tribunal de première instance siégeant en référé, ainsi qu'il est dit à l'article 1280 du Code judiciaire. Cette procédure est évidemment plus rapide. La requête n'est notifiée qu'après plusieurs jours à son destinataire, alors que le délai de comparution en référé est de deux jours (7).

L'article 1254, §3, nouveau, du Code judiciaire précise que les dispenses de fournitures de pièces prévues au §2 ne s'appliquent pas à une action en référé. Cette précision est dépourvue de

(1) Par l'entérinement, le juge se borne à enregistrer et authentifier l'accord déjà homologué.

(2) En ce sens, M. DEMARTE, «Les mesures provisoires : beaucoup de bruit pour pas grand-chose !», in *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, actes du colloque tenu à l'ULg, le 14 juin 2007, Y.-E. LELU et D. FIRS (dir.), Bruxelles, Larocier, 2007, n° 9 et la doctrine citée.

(3) *Ibidem*, n° 10.

(4) La même critique doit être adressée au libellé de l'art. 374, §2, nouv., du C. civ., tel qu'introduit par la L. 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant.

(5) Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, Avis du Conseil d'Etat, p. 61.

(6) *Ibidem*.

(7) Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M<sup>me</sup> Valérie DROM et M. Servais VERHERSTRATEN, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2005-2006, n° 2341/018, 9 févr. 2007, pp. 62-63.

pertinence, aucune pièce ne devant être jointe à la citation à comparaître devant le président du tribunal de première instance.

Ces procédures reproduisent celles qui existaient antérieurement en cas de divorce introduit sur la base des articles 229, 231 ou 232, anciens, du Code civil. Le système de la «double détente» et éventuellement de la «double date», selon les expressions doctrinales, est donc maintenu.

#### 53. — L'entérinement des mesures.

Les mesures homologuées par le tribunal de première instance ou décidées en référé demeurent provisoires au sens de l'article 1039, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire. Toutefois, les parties peuvent, après l'expiration d'un délai de trois mois suivant l'homologation de leur accord ou l'ordonnance de référé, solliciter l'entérinement des mesures par le juge du fond, cette fois à titre définitif, y compris pour la période postérieure au divorce (C. jud., art. 1257, al. 2, nouv.). L'exposé des motifs indique que le souci global est «d'éviter que de tels accords ne soient pris dans la précipitation» (1). Ces dispositions n'empêchent bien sûr pas que dans tous les cas, sans préjudice de la compétence du président du tribunal de première instance statuant en référé conformément à l'article 1280 du Code judiciaire, le tribunal de la jeunesse peut, à la demande des père et mère, de l'un d'eux ou du procureur du Roi, ordonner ou modifier, dans l'intérêt de l'enfant, toute disposition relative à l'autorité parentale (C. civ., art. 387bis, al. 1<sup>er</sup>). De même, les accords ou décisions concernant le devoir d'entretien à l'égard des enfants pourront toujours être rediscutés le cas échéant.

#### 54. — Les accords partiels de liquidation du régime matrimonial.

Les accords partiels relatifs à la liquidation du régime matrimonial conclus durant la procédure en divorce restent conclus sous les conditions suspensives du prononcé définitif du divorce et de leur entérinement au cours de la procédure de liquidation-partage (C. jud., art. 1257, al. 3, nouv.). Cette deuxième condition réduit considérablement l'intérêt d'un accord anticipé. Elle «détricote le texte» selon les uns (2), s'imposait selon les autres (3).

### SECTION VII

#### Les demandes connexes au divorce

#### 55. — Les demandes relatives aux effets du divorce.

Aux termes de l'article 1254, §1<sup>er</sup>, alinéa 3, nouveau du Code judiciaire, l'acte introductif d'instance contient, le cas échéant, toutes les demandes relatives aux effets du divorce, sans préjudice du §5 du même article qui prévoit que ces mêmes demandes peuvent être introduites jusqu'à la clôture des débats.

#### 56. — La demande en liquidation-partage.

La demande en liquidation-partage peut être une de ces demandes connexes. Pour autant qu'elle ait jamais été sérieusement mise en doute, la compétence du tribunal de première instance

(1) La fixation de ce délai à trois mois n'a pas été justifiée. Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Chambre, sees. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, p. 12.

(2) D. PIRE, «La réforme du divorce. Aspects de droit judiciaire», in *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Y.-H. LIELEU et D. PIRE (dir.), Bruxelles, Larcier, 2007, n° 51.

(3) M. DEMARET, «Les mesures provisoires : beaucoup de bruit pour pas grand-chose?», in *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, actes du colloque tenu à l'ULg, le 14 juin 2007, Y.-H. LIELEU et D. PIRE (dir.), Bruxelles, Larcier, 2007, n° 31.

saisi du fond du divorce pour en connaître est indiscutable et peut donc aboutir à la désignation d'un notaire chargé de procéder aux opérations.

Une question posée est celle de savoir si la citation est requise, dans l'hypothèse où une telle demande est introduite dans l'acte introductif d'instance. D. PIRE plaide pour une réponse négative, arguant d'un arrêt de la Cour de cassation du 8 janvier 2004 décidant que le demandeur qui, en application d'une disposition prévoyant cette procédure, a régulièrement introduit sa cause par la voie d'une requête contradictoire et est débouté de sa demande principale, peut introduire une demande subsidiaire par la même voie, même si, introduite à titre principal, cette dernière demande devait l'être par voie de citation (1). Une demande en liquidation-partage connexe à une demande divorce n'est toutefois pas une demande subsidiaire. Il reste qu'en application de l'article 770 nouveau du Code judiciaire, tel que modifié par la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire, le juge ne pourrait déclarer nul un acte de procédure que si l'irrégularité nuit aux intérêts de la partie qui l'invoque.

(1) Voy. D. PIRE, «La réforme du divorce. Aspects de droit judiciaire», *op. cit.*, n° 18.