

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Regard belge sur une réforme accomplie dans le Royaume et sur une autre envisagée au Grand-Duché

Fierens, Jacques

*Published in:*

Le droit luxembourgeois du divorce. Regards sur le projet de réforme

*Publication date:*

2008

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*

Fierens, J 2008, Regard belge sur une réforme accomplie dans le Royaume et sur une autre envisagée au Grand-Duché. dans D Hiez (ed.), *Le droit luxembourgeois du divorce. Regards sur le projet de réforme*. Collection de la Faculté de droit, d'économie et de Finance de l'Université de Luxembourg, Larcier, Bruxelles, pp. 125-150.

#### 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.

– L'audition de l'enfant est l'autre question procédurale à traiter de façon relativement urgente. À l'heure actuelle, ce ne sont pas moins de trois instruments internationaux qui prescrivent de l'organiser : la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989, la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996 (que la France vient de ratifier le 1<sup>er</sup> janvier 2008 et que le Luxembourg n'a pas encore ratifiée), et, *last but not least*, le règlement n° 2201/2003 du Conseil des communautés européennes, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, appelé aussi «Bruxelles IIbis», adopté le 22 novembre 2003 et entré en application le 1<sup>er</sup> mars 2005. L'article 11 de ce dernier texte subordonne en principe la circulation des jugements attribuant la «garde» d'un enfant à un parent au sein de l'espace communautaire à l'audition de l'enfant par le juge. Dans un pays aussi ouvert sur les autres que le Luxembourg, ces prescriptions doivent d'urgence être intégrées dans le droit du divorce.

#### CONCLUSION

Le modèle français n'est probablement pas indépassable, ne serait-ce que parce que nous n'avons pas encore trouvé la réponse à la contradiction qui existe entre, d'une part, les exigences du contradictoire, qui imposeraient que l'audition de l'enfant fasse l'objet d'un procès-verbal exhaustif communiqué aux parents, et d'autre part, le légitime souci de respecter le désir de l'enfant que certains de ses propos ne soient pas répétés à ses parents ou, à tout le moins, soient transcrits de façon à ce qu'il n'en subisse pas de conséquences négatives.

Reste que ces auditions doivent être organisées au mieux, et que la réticence fréquente des juges à ce sujet doit être combattue.

Plus que de réformes sur le fond du droit, ce sont donc les aspects procéduraux du divorce luxembourgeois qui paraissent, à un juriste français, mériter l'attention des parlementaires.

## Regard belge sur une réforme accomplie dans le Royaume et sur une autre envisagée au Grand-duché

Jacques FIERENS

*Avocat au barreau de Bruxelles*

*Professeur extraordinaire à l'Université de Namur et à l'Université de Liège*

#### SOMMAIRE

La réforme belge : un sprint avant les élections législatives.....	128
Limiter les ruptures traumatisantes.....	130
Tenir compte de «l'évolution sociale».....	132
Supprimer le débat sur la faute dans la procédure au fond : un fantasme? .....	133
La pension après divorce : indemnitaire ou alimentaire?.....	138
L'incidence de la faute sur la pension après divorce.....	141
Le maintien (inutile) du divorce par consentement mutuel.....	142
Réflexions finales, en chemin de Bruxelles à Luxembourg et retour...	145

*Mal nommer les choses  
ajoute au malheur du monde.*

Albert CAMUS

1. L'ambition de ces quelques lignes n'est pas de présenter de manière complète la récente réforme du divorce en Belgique, ce qui a déjà été fait ailleurs<sup>1</sup>, mais de confronter ses intentions explicites à celles qu'annonce le gouvernement luxembourgeois à travers le projet de loi portant réforme du divorce, déposé le 15 mai 2003<sup>2</sup>. L'accent sera mis sur les grands axes des réformes quant au fond, plutôt que sur les détails de procédure. On espère que le lecteur sera en mesure de répondre à la question

- <sup>1</sup> Sur la réforme du divorce en Belgique, on peut consulter :
- *Het nieuwe echtscheidingsrecht*, actes des journées d'études tenues les 24 août 2007 à Leuven, 28 août 2007 à Antwerpen et 29 août 2007 à Gent, organisées par l'Institut voor Familierecht en Jeugdrecht, K.U. Leuven, l'Institut voor Familierecht de l'Université de Gent et l'Onderzoeksgroep Burgerlijk recht Universiteit Antwerpen.
  - AUGHUET, Ch., «Les modifications en matière de divorce par consentement mutuel», *Div. Act.*, 2007/6-7, pp. 127-134.
  - BROUWERS, J.-Ch., *La nouvelle loi sur le divorce*, coll. Lois Actuelles, Waterloo, Kluwer, 2007; du même, «Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire», *Div. Act.*, 2007/6-7, pp. 110-126; du même, «La réforme du divorce (loi du 27 avril 2007)», *Rev. not.*, 2007, pp. 582-630.
  - CASMAN, H., «Nieuw echtscheidingsrecht - Toelichting voor de notariële praktijk», *N.F.M.*, 2007/10, pp. 277-294.
  - FIERENS, J., «Le divorce pour cause de désunion irrémédiable», *Div. Act.*, 2007/6-7, pp. 103-109; du même, «Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky Luke», in *Droit de la famille*, coll. Recyclage en droit, n° 2, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 3-56; du même, «La quadrature de la faute dans le cercle du divorce», *J.T.*, 2007 [numéro spécial 125 ans], pp. 336-337.
  - LELEU, Y.-H. et PIRE, D. (dir.), *La réforme du divorce - Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, actes du colloque tenu à l'Université de Liège le 14 juin 2007, Bruxelles, Larcier, 2007.
  - MASSON, J.-P., «La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce», *J.T.*, 2007, pp. 537-543.
  - RENCHON, J.-L. et GENNART, B. (dir.), «La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce : premières implications pratiques», Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 13 décembre 2007.
  - SENAËVE, P., «De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht, Deel I, De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting», *T. Fam.* 2007/6-7, p. 103-137.
  - SOSSON, J. et BEGUIN, E. (dir.), «Le nouveau divorce : quelle place pour les conventions?», recyclage, 18 décembre 2007, U.C.L., Faculté de droit, Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine.
  - SWENNEN, F., «De Echtscheidingswet 2007 in een notendop», *Nieuwsbr. not.*, 2007/9, pp. 1 à 8.
  - SWENNEN, F. et APS, F., «De Echtscheidingswet 2007», *R.W.*, 2007-2008, p. 554-575.
  - VERSCHULDEN, G., «De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht, Deel II, De echtscheiding door onderlinge toestemming - De scheiding van tafel en bed - De huwelijksvoordelen», *T. Fam.*, 2007/6-7, pp. 138-162.
  - VERSTRAËTE, K., «Hervorming echtscheidingsrecht. Wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding», *Njw*, 2007, liv. 167, pp. 626-645.
- <sup>2</sup> *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2002-2003, n° 5155, ci-après «Projet luxembourgeois».

sous-jacente au propos : dans quelle mesure le législateur grand-ducal pourrait-il s'inspirer des choix posés par son voisin belge et des textes votés par lui? Il va de soi que l'auteur de ce rapport se gardera bien d'y répondre lui-même péremptoirement. À chaque lecteur de se faire une religion.

#### LA RÉFORME BELGE : UN SPRINT AVANT LES ÉLECTIONS LÉGISLATIVES

2. Un processus de réforme du droit du divorce était en cours en Belgique depuis 1994. Le législateur avait d'abord simplifié les procédures et introduit la possibilité de l'audition de l'enfant<sup>3</sup>. Il a ensuite remplacé la règle de l'autorité parentale concurrente par celle de l'autorité parentale conjointe, y compris en cas de séparation ou de divorce<sup>4</sup>. La loi du 30 juin 1994 a, par après, été revue, et quelques modifications complémentaires apportées aux procédures en divorce<sup>5</sup>. Enfin, la loi réformant le divorce a finalement été votée le 12 avril 2007, promulguée le 27 avril 2007 et publiée le 7 juin 2007. Elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2007.

3. La loi du 27 avril 2007 a pour origine directe un projet déposé par le gouvernement le 15 mars 2006<sup>6</sup>. Pas moins de vingt-trois propositions de loi y avaient été jointes, témoignant des multiples aspirations à une réforme de la matière. Ces propositions touchaient au divorce lui-même à travers des suggestions de réformes générales ou ponctuelles<sup>7</sup>, mais aussi à la fixation des parts con-

<sup>3</sup> Loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures du divorce, *Mon.*, 21 juillet 1994.

<sup>4</sup> Loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, *Mon.*, 24 mai 1995.

<sup>5</sup> Loi du 20 mai 1997 modifiant le Code judiciaire et le Code civil en ce qui concerne les procédures en divorce, *Mon.*, 27 juin 1997.

<sup>6</sup> Voy. Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006 (ci-après «projet belge»), ainsi que, spécialement, Rapport fait au nom de la sous-commission «Droit de la famille» par M<sup>me</sup> 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 M<sup>me</sup> 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 M<sup>me</sup> Zrihen, *Doc. parl.*, S., n° 3-2068/4.

<sup>7</sup> Proposition de loi (de Servais VERHERSTRATEN, 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

tributives pour les enfants<sup>8</sup>, à la récupération des aliments impayés ou à la pension après divorce<sup>9</sup>, à la révision des conventions préalables après prononciation du divorce par consentement mutuel<sup>10</sup>, à la procédure de médiation ou à l'arbitrage<sup>11</sup>, à la procédure

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 DEOM, 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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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 Taelman, Alfons BORGINON, 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 Taelman) 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.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Proposition de loi (de Servais VERHERSTRATEN et Tony VAN PARYS) 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.

administrative de divorce par consentement mutuel<sup>12</sup>, ou encore au droit international privé<sup>13</sup>.

4. Le processus de réforme du divorce en profondeur avait donc été lent. Son aboutissement soudain est sans conteste dû au coup d'accélérateur donné par la perspective des élections législatives du 10 juin 2007. À l'entame des débats parlementaires, peu d'observateurs croyaient que le projet pourrait être voté avant la dissolution des Chambres. Il le fut pourtant lors de la séance-marathon de la Chambre des représentants, qui se tint la veille de la date fatidique. Il ne semble pas qu'une telle date butoir se dessine en ce qui concerne le projet de loi luxembourgeois portant réforme du divorce, dont l'aboutissement ne semble guère devoir être précipité, ce qui vaut certainement mieux.

5. Des travaux parlementaires belges et de leur accélération finale résulte un texte amendé à près de soixante-dix reprises. La loi a gardé approximativement en vue les objectifs annoncés par l'auteur du projet, la ministre de la Justice de l'époque, mais au fil des discussions elle a perdu en cohérence et la hâte finale a entraîné plusieurs imperfections techniques qui préjudicient déjà à son application<sup>14</sup>. On attend l'une ou l'autre «loi réparatrice», selon la pratique déplorable à laquelle le législateur belge s'est malheureusement habitué, qui consiste à décider, faute de temps, de voter une loi mal écrite, en attendant les corrections ultérieures.

#### LIMITER LES RUPTURES TRAUMATISANTES

6. Les intentions exprimées par l'exposé des motifs du projet belge étaient multiples<sup>15</sup>. Il s'agissait d'abord de mettre en œuvre l'accord du gouvernement de l'époque – en avril 2006, il était temps – et les suggestions des États généraux des

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> Proposition de loi (de Marie NAGY) insérant un article 233bis dans le Code civil et modifiant l'article 1<sup>er</sup> 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.

<sup>14</sup> À ce jour, la jurisprudence publiée concerne essentiellement l'application du droit transitoire, particulièrement peu clair.

<sup>15</sup> Voy. Projet belge, pp. 6-13 et Rapport de la sous-commission «Droit de la famille», pp. 9-13.

familles<sup>16</sup>; le premier prévoyait 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». Le projet luxembourgeois fait le même constat de ruptures difficiles à vivre, avec un souci plus marqué des enfants, qu'on ne peut qu'approuver : le divorce pour faute «pousse les époux à se livrer à un combat judiciaire destructeur [...]. Les conjoints qui divorcent entraînent dans leur combat famille et amis; [...]. Inutile de relever l'effet néfaste de cette lutte sur les enfants. Dans le meilleur des cas, ils sont les spectateurs d'un combat qui vise à désigner comme coupable l'un de leurs parents, voire les deux. Dans le pire des cas, les enfants sont entraînés, obligés de prendre parti pour un des parents contre l'autre. Ainsi, le divorce pour faute, plus que d'autres formes de divorce, est source de traumatismes et de graves déséquilibres pour les enfants<sup>17</sup>».

7. La procédure a bien sûr été révisée, en Belgique, en même temps que les conditions de fond du divorce. Outre qu'elle se veut plus rapide, elle se prétend plus simple et «humanisée». Une comparution devant le tribunal de première instance suffit dans bien des cas pour que le divorce soit prononcé; deux au plus seront nécessaires<sup>18</sup>. La procédure de divorce par consentement mutuel est allégée. Des passerelles assurent des connexions entre démarche contentieuse et processus concerté. Les époux sont encouragés, enfin, à trouver des accords quant aux mesures provisoires et quant aux effets du divorce, le cas échéant avec l'assistance du juge chargé de les concilier et de les sensibiliser aux bienfaits de la médiation familiale. Toutes ces préoccupations habitent manifestement aussi le gouvernement grand-ducal. La

<sup>16</sup> Les États généraux des familles avaient été organisés par la secrétaire d'État fédérale aux Familles et aux Personnes handicapées. En réalité, les États généraux préconisaient l'instauration d'un divorce pour désunion irrémédiable, mais pas l'abandon du divorce pour faute.

<sup>17</sup> Projet luxembourgeois, p. 12.

<sup>18</sup> Si les délais de séparation censés établir la désunion irrémédiable, prévus aux articles 229, nouveau, du Code civil et 1255, nouveau, du Code judiciaire sont établis, le divorce est en principe prononcé sur-le-champ, dès l'audience d'introduction. La pratique n'est pas encore connue. Il est certain que dans les «grands» arrondissements, la réforme a provoqué un brusque afflux de demandes en divorce, difficilement gérable.

spécificité luxembourgeoise s'exprime notamment par le maintien de la procédure préalable à l'assignation<sup>19</sup>.

#### TENIR COMPTE DE «L'ÉVOLUTION SOCIALE»

**8.** Le législateur belge voulait aussi «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<sup>20</sup>». L'opinion implicite, non discutée en tant que telle, est que plus les divorces sont nombreux, plus il convient de les faciliter. La ministre de la Justice belge a été jusqu'à espérer le déjudiciariser au moins partiellement: «Le juge n'aura plus qu'un rôle limité puisqu'il s'agira dans la plupart des cas de vérifier que certains délais sont écoulés<sup>21</sup>.»

**9.** Le projet luxembourgeois va dans le même sens lorsqu'il affirme se fonder sur la circonstance que «le nombre de divorces a quasiment doublé au cours des vingt dernières années<sup>22</sup>», mais il est plus nuancé que la réforme belge en précisant que «le but de la réforme proposée n'est pas de faciliter ou banaliser le divorce<sup>23</sup>», bien qu'un des objectifs de la réforme au Grand-Duché soit aussi d'accélérer les procédures, comme en Belgique. «L'abandon du divorce pour faute aura également des effets bénéfiques sur la durée des procédures<sup>24</sup>.»

<sup>19</sup> Article 241 en projet du Code civil.

<sup>20</sup> 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 10000 habitants au XIX<sup>e</sup> siècle, il y en avait un pour 2000 habitants en 1960, deux pour 1000 en 1990, et la barre des 3 pour 1000 a été dépassée en 2003. Il y a eu 43326 mariages en 2004 et 31418 divorces. Pour compléter les données, on peut noter qu'en 2005, il y a eu en Belgique 43182 mariages et 30844 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). On peut se demander si l'argument est pertinent, qui conclurait à devoir changer la loi. L'article 544 du Code civil est aussi demeuré inchangé depuis 1804 et est très chargé idéologiquement, sans que l'on songe à critiquer sa longévité.

<sup>21</sup> Projet belge, p. 6.

<sup>22</sup> Projet luxembourgeois, p. 12.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>24</sup> Projet luxembourgeois, p. 13.

**10.** La loi belge serait aussi une consécration du «droit de divorcer», que l'on ne trouve cependant pas explicitement affirmé dans le nouveau texte de loi. On sait que, dans l'état actuel des droits constitutionnels et du droit international, le droit au divorce n'appartient pas aux droits fondamentaux<sup>25</sup>. On ne trouve pas la mention d'un tel droit dans le projet luxembourgeois, ni même dans l'exposé des motifs.

#### SUPPRIMER LE DÉBAT SUR LA FAUTE DANS LA PROCÉDURE AU FOND : UN FANTASME?

**11.** La réforme, en Belgique, a voulu faire en sorte que le débat sur la faute ne constitue plus le centre du divorce, et ambitionnait de 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. Les arguments avancés dans l'exposé des motifs du projet luxembourgeois vont dans le même sens: «L'abolition du divorce pour faute réduira les dégâts psychologiques et familiaux<sup>26</sup>.»

**12.** À la suite de ces constats, le projet de loi belge entendait instaurer une seule «cause» de divorce: la désunion irrémédiable. Il n'y a là cependant 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<sup>27</sup>» est tautologique. Elle revient à dire que la cause de la désunion est la désunion, puisque «divorce» ne signifie rien d'autre que «désunion»<sup>28</sup>. Celle-ci constitue davantage l'aboutissement d'un processus et la consta-

<sup>25</sup> La Convention européenne des droits de l'homme impose, selon la Cour de Strasbourg, l'existence d'une procédure judiciaire de dispense du devoir de cohabitation (*Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979), mais pas la reconnaissance d'un tel droit au divorce (*Johnston c. Irlande*, 18 décembre 1986).

<sup>26</sup> Projet luxembourgeois, p. 12.

<sup>27</sup> 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>o</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».

<sup>28</sup> Étymologiquement, *divortium* vient de *dis-vertère*, «se tourner dans des directions différentes».

tation 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 belge ou comme c'est le cas des excès, sévices ou injures graves visés par l'article 229 du Code civil luxembourgeois<sup>29</sup>. Le projet grand-ducal vise le divorce «en cas de rupture irrémédiable»<sup>30</sup>, mais aussi le «divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux»<sup>31</sup>. La première expression semble moins tautologique et plus exacte<sup>32</sup>.

**13.** L'axe majeur de la réforme belge étant donc, en principe, l'absence d'expression des causes du divorce et la suppression de la discussion relative à la violation des obligations du mariage, l'ambition est de se borner à la constatation judiciaire de la désunion irrémédiable :

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;

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Article 229 en projet. La connotation de soudaineté de l'expression retenue par le gouvernement luxembourgeois n'a sans doute aucune portée juridique.

<sup>31</sup> Voy. le titre de la section II du Chapitre 1<sup>er</sup> « Des cas du divorce », le titre de la section III du Chapitre II « De la procédure du divorce », les articles 232, alinéa 2, 250 et 253, en projet, du Code civil.

<sup>32</sup> De la même manière, l'ancien article 232 du Code civil belge 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. C'est à plus juste titre que les articles 230 et 231 du Code civil grand-ducal parlent de divorce « en cas » de séparation de fait.

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<sup>33</sup>.

**14.** La tentative, souvent vaine, de régler des comptes personnels entre époux à la suite des frustrations de la vie conjugale pourra toutefois toujours s'exprimer de diverses manières au sein même de la nouvelle procédure. Dans l'hypothèse d'une preuve de la désunion par toutes voies de droit (« A » ci-dessus), un époux peut invoquer un manquement aux obligations du mariage dans le chef de l'autre, c'est-à-dire une faute civile que la réforme a prétendu écarter des débats, à charge pour lui d'établir que ce manquement a effectivement provoqué la désunion irrémédiable. Le tribunal, à cet égard, devrait s'inspirer de la jurisprudence établie antérieurement en matière d'adultère, d'excès, sévices et injures graves<sup>34</sup>. La preuve de l'adultère par constat d'huissier, spécialement, demeure possible selon la procédure prévue à l'article 1016bis du Code judiciaire, dont on peut regretter qu'elle n'ait pas été abrogée dans le cadre de la volonté déclarée du législateur de limiter les effets néfastes de la procédure sur les relations entre parties<sup>35</sup>. L'adultère peut cependant ne pas établir l'existence d'une désunion irrémédiable. La présomption jurispru-

<sup>33</sup> Voy. les articles 229 du Code civil et 1254 du Code judiciaire.

<sup>34</sup> Les travaux préparatoires l'indiquent implicitement. Dans le projet initial, en effet, un §4 complétait l'art. 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 ». 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 aux §§2 et 3 ». Voy. l'amendement n° 90, *Doc. parl., Chambre, sess. ord. 2006-2007, n° 2341/008, 17 oct. 2006.*

<sup>35</sup> Projet belge, p. 6. On rappellera que la Cour de cassation a estimé que ni les articles 1016bis du Code judiciaire, 1316 du Code civil, 8, al. 1<sup>er</sup>, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 15 de la Constitution, 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. b., 19 octobre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 936; *Larcier Cass.*, 1995, p. 226, n° 1184, *somm.*; *R.W.*, 1995-1996, p. 1036; *Cass.*, 19 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 111).

dentielle de caractère offensant qui s'attachait à la violation du devoir de fidélité<sup>36</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. La jurisprudence avait aussi conféré à l'adultère une présomption de gravité. La persistance éventuelle de celle-ci constitue cette fois clairement un enjeu pour l'application de l'article 301, §2, alinéa 2, nouveau, du Code civil, qui prévoit que 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<sup>37</sup>. 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<sup>38</sup>.

**15.** Rien n'empêcherait qu'une discussion judiciaire sur les manquements aux devoirs du mariage ait lieu en application du droit projeté au Grand-Duché : à propos de l'éventuel futur article 252 du Code civil, le commentaire des articles précise en effet qu'«en cas d'opposition au divorce de la part du défendeur, le demandeur devrait indiquer, s'il ne l'a pas déjà fait dans l'acte introductif d'instance, les faits établissant, selon lui, la réalité de la rupture irrémédiable des relations conjugales des époux<sup>39</sup>». Le commentaire précise aussi qu'«il devra être permis à un époux d'introduire au besoin une demande en divorce endéans la première année de mariage, si par exemple des faits particuliers, pouvant apparaître comme une rupture irrémédiable des liens entre époux, se seraient déjà produits dans ce laps de temps<sup>40</sup>». Ces faits ne constituent pas nécessairement des fautes civiles, mais la probabilité qu'il en soit ainsi est évidemment élevée.

**16.** Plus étonnant : un époux peut, en Belgique, établir la désunion irrémédiable par l'aveu crédible de sa propre faute, de ses

<sup>36</sup> Cass. b., 4 septembre 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 23.

<sup>37</sup> *Infra*, n° 25.

<sup>38</sup> Projet belge, p. 17.

<sup>39</sup> Projet luxembourgeois, p. 19. Il n'est donc pas exact de dire, dans le commentaire de l'article 232 en projet du Code civil, que la preuve de la rupture irrémédiable des liens conjugaux entre époux ne sera rapportée que par l'accord des époux ou par la séparation de fait depuis un certain temps (*ibidem*, p. 15).

<sup>40</sup> *Ibidem*.

propres manquements aux devoirs du mariage. La ministre de la Justice belge, au cours des travaux préparatoires, ne l'a pas démenti, se bornant à souligner que la collusion ne pourrait être admise. 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>41</sup>». La collusion, toutefois, implique la fraude<sup>42</sup>. Il ne revient pas 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>43</sup>. À lire le projet luxembourgeois, rien n'empêcherait non plus l'invocation, par un époux, de sa propre faute dans le cadre de la procédure de divorce pour rupture irrémédiable.

**17.** Le gouvernement du Grand-Duché a par ailleurs tenu à rappeler, dans l'exposé des motifs, que la réforme maintiendrait pour chacun des époux le droit de saisir à tout moment le tribunal d'une demande en dommages et intérêts, sur la base des principes généraux de la responsabilité civile, si des fautes ont été commises durant le mariage. Celles-ci peuvent correspondre notamment à des violences physiques exercées par un époux sur l'autre durant le mariage, qu'il s'agit de sanctionner par une réparation sur le plan civil. La possibilité d'une demande semblable en Belgique n'a jamais été invoquée au cours du processus de réforme. Il est évident qu'un conjoint victime de violences de la part de l'autre peut obtenir des dommages et intérêts à travers une procédure distincte, devant une juridiction pénale ou devant une juridiction civile. Mais qu'en serait-il en cas d'invocation de

<sup>41</sup> 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. 57.

<sup>42</sup> Voy. CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 8<sup>e</sup> éd., 2000, v° *Collusion*.

<sup>43</sup> 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. 56. Pour l'application de l'article 232, ancien, du Code civil, rien n'empêchait un conjoint d'«avouer» une séparation, même si celle-ci constituait dans son chef un manquement au devoir de cohabitation inscrit à l'article 213 du Code civil; voy. l'article 1270bis, ancien, du Code judiciaire.

la violation d'une obligation du mariage, par exemple au titre d'une demande de dommages et intérêts connexe à la demande en divorce? Selon la jurisprudence antérieure à la réforme belge, la violation du devoir de cohabitation ne pouvait entraîner l'application de l'article 1382 du Code civil en faveur du conjoint délaissé, tandis que la violation du devoir de fidélité pouvait donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts<sup>44</sup>.

#### LA PENSION APRÈS DIVORCE : INDEMNITAIRE OU ALIMENTAIRE?

**18.** Contrairement à l'approche luxembourgeoise, l'article 301, ancien, du Code civil belge évitait de qualifier la pension après divorce d'«alimentaire», parce que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, elle était également indemnitaire dans la mesure où elle compensait, dans le chef de l'époux «innocent», la perte du devoir de secours. L'enjeu n'était pas purement théorique, puisqu'il concernait la manière dont le montant de la pension devait être calculé, et certains aspects de son régime. Étant donné qu'aujourd'hui il n'y a plus en principe de conjoint coupable ou innocent, il semble logique d'envisager une pension strictement alimentaire.

**19.** Toutefois, le système instauré par le nouvel article 301 du Code civil belge est imprécis et incohérent, en sorte que son application entraîne déjà des difficultés d'interprétation. Le principe est qu'à défaut d'accord, 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<sup>er</sup>, nouveau, du Code civil, mais 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 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'ancien

<sup>44</sup> Cass. b., 13 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, 822.

article 301, §1<sup>er</sup>, du Code civil a disparu. Le projet se référait aussi à la durée de la vie commune, et non à celle du mariage, ce qui peut évidemment être très différent.

**20.** Les critères du «comportement durant le mariage quant à l'organisation de leurs besoins [des époux], la charge des enfants pendant la vie commune ou après celle-ci», mentionnés par l'article 301, §3, alinéa 2, nouveau, du Code civil sont présentés comme une nouveauté importante. La pension devrait être d'autant plus élevée 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 choix<sup>45</sup>.

**21.** Au total, la combinaison des critères proposés ou imposés au juge est loin d'être précise, 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, section de législation, avait dès lors suggéré de clarifier la notion de besoin. La ministre de la Justice s'y est constamment refusée, se bornant à définir 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.<sup>46</sup>» Elle a estimé que spécifier 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 sus-

<sup>45</sup> Projet belge, p. 18.

<sup>46</sup> Rapport de la Commission de la justice de la Chambre, p. 34.

ceptible de prendre en compte<sup>47</sup>». Pour être libérée, la discussion théorique ou pratique promet surtout d'être confuse et ardue, en attendant que la jurisprudence exerce son rôle unificateur. La référence à l'équité est plutôt le signe de l'imprévision du législateur, comme on le sait depuis Aristote<sup>48</sup>, et il est troublant de constater que, incapable de préciser la règle, il se résigne à s'y référer lui-même...

**22.** Le projet luxembourgeois prévoit pour sa part que la pension alimentaire entre ex-époux, visée aux articles 265 et suivants du Code civil, n'aurait pas seulement un caractère purement alimentaire, comme par le passé. Elle devrait servir aussi à compenser la disparité grave que la rupture du mariage peut créer dans les conditions de vie respectives. Il s'agirait ici aussi d'un «nouveau concept<sup>49</sup>», même si le terme utilisé de «pension alimentaire» reste le même. «Le gouvernement propose dès lors d'inscrire dans la loi que la pension alimentaire, au-delà du caractère purement alimentaire, doit également indemniser, dans une certaine mesure, la disparité que la rupture du mariage peut créer dans de nombreuses situations, en tenant compte plus particulièrement, parmi d'autres éléments, de la durée du mariage et du temps déjà consacré ou qu'il faudra encore consacrer à l'éducation des enfants<sup>50</sup>,» L'article 266 en projet du Code civil énonce une série de critères de détermination du montant de la pension, obligatoires mais pas limitatifs : l'âge et l'état de santé, la durée du mariage, le temps déjà consacré ou qu'il faudra consacrer à l'éducation des enfants, la qualification et la situation professionnelles des époux, leur disponibilité pour de nouveaux emplois, leurs droits existants et prévisibles, leurs situations respectives en matière de pensions de retraite s'il y a lieu, les patrimoines, tant en capital qu'en revenu.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 36. Souligné par nous.

<sup>48</sup> «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, *Éthique à Nicomaque*, 1137b, 10, tr. fr. J. TRICOT, Paris, Vrin, 1979, p. 267.)

<sup>49</sup> Voy. le commentaire de l'article 265 en projet du Code civil, *Projet luxembourgeois*, p. 21.

<sup>50</sup> *Projet luxembourgeois*, commentaire des articles, p. 21.

**23.** Le droit belge prétend ainsi revenir d'un système partiellement indemnitare à un principe alimentaire, tandis que le droit luxembourgeois ferait le chemin inverse. On constate néanmoins que, dans les deux cas, le régime de la pension après divorce serait finalement similaire, le besoin étant en tout cas entendu de manière plus large que dans le droit commun des obligations alimentaires entre majeurs et le calcul du montant de la pension tenant compte des situations respectives créées par les choix des époux durant le mariage, souvent au préjudice économique des femmes.

#### L'INCIDENCE DE LA FAUTE SUR LA PENSION APRÈS DIVORCE

**24.** En même temps qu'il entendait évacuer la discussion relative aux éventuelles fautes respectives dans la procédure relative au fond du divorce, ce qu'il n'obtiendra sans doute des plaideurs ni en droit ni en fait, le législateur belge a prétendu ne pas totalement exclure ce débat sur la faute «pour que soit conservée au sein du débat judiciaire une place pour l'expression de la souffrance de la victime<sup>51</sup>». Si tant est qu'elle quitte jamais le prétoire dans les discussions relatives au fond du divorce, la confrontation reviendra spectaculairement, le cas échéant, dans le cadre du débat éventuel sur la pension après divorce.

**25.** C'est en effet à l'issue d'un débat spécifique que le tribunal «peut» en principe refuser de faire droit à la demande de pension si le défendeur prouve que le demandeur a commis une faute qui doit à la fois être grave et avoir rendu impossible la poursuite de la vie commune<sup>52</sup>. Selon le gouvernement, la faute «la plus légère» ne peut être retenue comme en droit commun de la responsabilité civile. La jurisprudence sera amenée à s'inspirer du catalogue des «excès, sévices et injures graves» de l'ancien article 231 du Code civil belge. Comme on l'a mentionné, l'adultère restera une cause éventuelle d'exclusion de la pension, mais constituera «une faute comme les autres», comme c'est le

<sup>51</sup> *Projet belge*, p. 8. En réalité, le souci était surtout de «proposer une solution de compromis entre les différentes opinions relatives à la place de la faute dans la procédure» (Rapport de la sous-commission «Droit de la famille», p. 11).

<sup>52</sup> Article 301, §2, alinéa 2, nouveau, du Code civil. On s'interroge sur la marge d'appréciation du juge, dès lors que la faute grave rendant impossible la poursuite de la vie commune serait prouvée.

cas actuellement en droit luxembourgeois, ne bénéficiant plus d'une présomption de gravité. Il est vrai que le temps est révolu où l'adultère était en principe une faute plus grave que la violence entre conjoints, notamment. Une exception existe d'ailleurs au caractère facultatif de la sanction du comportement fautif. En effet, en application de l'article 301, §2, alinéas 3 et 4, nouveau, du Code civil, en cas de violences conjugales physiques, la pension ne peut être accordée en aucun cas à l'auteur des faits<sup>53</sup>.

**26.** Le projet de loi luxembourgeois ne dit pas un mot de l'incidence éventuelle de la violation des obligations du mariage sur l'éventuelle pension après divorce. Il en résulte qu'en l'état, un époux qui, par exemple, se rendrait coupable d'injures graves, y compris de violence à l'égard de l'autre, d'adultère, d'abandon injustifié de la résidence conjugale, ou de n'importe quel fait pouvant être jugé grave dans le cadre de la procédure actuelle de divorce pour faute, pourrait obtenir une pension après divorce à charge de la victime de ce comportement. Il n'est pas sûr que cette solution soit équitable.

#### LE MAINTIEN (INUTILE) DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

**27.** Finalement, si le divorce pour cause déterminée<sup>54</sup> et le divorce «pour cause» de séparation de plus de deux ans<sup>55</sup> ont été supprimés à travers la réforme belge, le divorce par consentement mutuel, qui devait aussi disparaître, a été maintenu après le passage du projet en Commission de la justice de la Chambre. C'est de manière inexplicable toutefois que l'article 233 du Code civil, identique à l'article 233 du Code civil luxembourgeois (il remonte au Code Napoléon), qui énonçait le principe du divorce par consentement mutuel, a été abrogé par la loi du 27 avril

<sup>53</sup> Ces dispositions sont ainsi libellées : «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.»

<sup>54</sup> Articles 229 et 231, anciens, du Code civil.

<sup>55</sup> Article 232, ancien, du Code civil.

2007, tandis que les articles du Code judiciaire qui s'y rapportent sont maintenus en vigueur<sup>56</sup>.

**28.** On n'aperçoit guère ce que peut apporter le maintien du divorce par consentement mutuel à côté du divorce pour désunion irrémédiable<sup>57</sup>. Certes, ce choix a finalement été justifié par le fait que le divorce amiable était jusqu'à présent majoritairement choisi par les parties – la même constatation étant faite au Grand-Duché<sup>58</sup> – mais le consentement mutuel peut parfaitement s'exprimer au sein de la nouvelle procédure de divorce après désunion irrémédiable. En effet, d'une part, les époux peuvent, en application de l'article 229, §1<sup>er</sup>, nouveau, du Code civil, quant au fond du divorce, établir la désunion irrémédiable par toutes voies de droit, c'est-à-dire se contenter de l'«avouer». L'aveu et le serment ne sont exclus par l'article 1255, §4, nouveau, du Code judiciaire, que s'ils visent à établir la séparation de fait. Si le serment sera sans doute rarissime, comme généralement dans les procédures civiles actuelles, il suffit donc théoriquement, pour que le divorce soit prononcé, qu'une partie ou les deux affirment que la désunion irrémédiable existe, sans qu'apparaissent des éléments de nature à rendre cet aveu suspect. D'autre part, en application 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. Ces accords peuvent concerner 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

<sup>56</sup> «Le consentement mutuel et persévérant des époux [...] prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce». Le divorce par consentement mutuel est aussi un divorce sans cause, ou du moins la cause demeure-t-elle inexprimée. C'est en outre évidemment de manière inexacte que la loi visait en droit belge, ou vise en droit luxembourgeois, le consentement en tant que «preuve» de la vie commune insupportable. Tous les divorces par consentement mutuel ne sont heureusement pas la preuve que la vie des conjoints constituait un enfer. Lors de l'élaboration de la loi belge, 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 Code civil. La ministre de la Justice a précisé que cette question était réglée par l'amendement n° 91 (art. 4 du projet de loi), tel que sous-amendé par l'amendement n° 110, et que «l'article 275 proposé du Code civil, tel qu'il est proposé, suffit». L'art. 275 du Code civil a cependant lui-même été abrogé et non modifié. Voy. Rapport de la Commission de la justice de la Chambre, pp. 20 et 30.

<sup>57</sup> ... si ce n'est peut-être qu'il préserve, dans ce domaine, l'intervention possible des notaires.

<sup>58</sup> Projet luxembourgeois, p. 12.

judiciaire à propos du divorce par consentement mutuel<sup>59</sup>. Ainsi, à travers la nouvelle procédure de divorce, les parties peuvent s'accorder pour admettre que leur désunion est irrémédiable, tout en réglant les conséquences personnelles et patrimoniales du divorce, ainsi que la situation des enfants mineurs<sup>60</sup>. Il existe donc aujourd'hui deux procédures de divorce consensuel en Belgique, l'ancienne et la nouvelle.

**29.** Le projet luxembourgeois aboutira, s'il est voté en l'état, à des conséquences identiques, les futurs articles 230 et 232 du Code civil instaurant la même dualité de procédures amiables. Si le texte lui-même n'évoque pas les modes de preuve de la rupture irrémédiable, le commentaire des articles énonce que cette preuve « sera rapportée soit par l'accord conjoint des deux époux, soit par l'accord de l'époux défendeur en cas de demande unilatérale<sup>61</sup> ». L'article 244 en projet prévoit par ailleurs que lorsque les époux ou l'un d'eux persiste dans l'intention de divorcer pour rupture irrémédiable, le juge s'efforce de les amener à régler les conséquences du divorce à l'amiable par des accords, dont le tribunal pourra tenir compte dans le jugement de divorce, sous réserve qu'ils soient conformes à l'intérêt des enfants et de chacun des époux<sup>62</sup>. Se pose donc également la question de la nécessité du maintien de la procédure par consentement mutuel, telle qu'elle existe actuellement en droit luxembourgeois.

<sup>59</sup> Sur la force exécutoire des accords ainsi homologués, voy. MOREAU, P., *Rép. not.*, « Divorce et séparation de corps par consentement mutuel », t. I, I. VI, intercalaire, éd. janv. 1998, n° 30.

<sup>60</sup> Selon l'article 1256, alinéa 2, nouveau, du Code judiciaire belge, dans le cadre de la procédure de divorce pour désunion irrémédiable, le juge ne peut refuser d'homologuer l'accord que s'il est manifestement contraire à l'intérêt des enfants. Aux termes de l'article 1290, dernier alinéa, du Code judiciaire, dans le cadre de la procédure de divorce par consentement mutuel, le juge peut faire supprimer ou modifier les dispositions des conventions préalables prévues par l'article 1288 du même Code, qui sont manifestement contraires aux intérêts des enfants mineurs. En d'autres termes, dans chacune des procédures, les accords pourraient être contraires à ces intérêts, du moment que cette contrariété n'est pas manifeste. Une telle tolérance 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. La même critique doit être adressée au libellé de l'art. 374, §2, du Code civil, tel qu'introduit par la loi du 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.

<sup>61</sup> Projet luxembourgeois, p. 15. Le mot « deux » pourrait être supprimé.

<sup>62</sup> Le contrôle de l'intérêt des époux dans le cadre de l'homologation des accords conclus pendant la procédure en divorce n'existe pas en droit belge.

#### RÉFLEXIONS FINALES, EN CHEMIN DE BRUXELLES À LUXEMBOURG ET RETOUR

**30.** Sans doute les sociétés luxembourgeoise et belge sont-elles, sous bien des aspects, aussi proches culturellement et socialement que géographiquement. Les conceptions familiales sont semblables, les espoirs et les déceptions des personnes mariées sont similaires, les frustrations de ceux qui ne s'aiment plus sont courantes, les menaces que fait peser le choix des adultes sur les enfants sont fréquentes, les frustrations des justiciables qui voient leur vie conjugale résumée à un dossier et une audience sont inévitables. Le droit doit s'adapter à ce que d'aucuns appellent sans trop y réfléchir « l'évolution » de la société, des mœurs et des relations familiales, sans oublier pourtant que les faits et le droit s'influencent dans une causalité circulaire : ce dernier induit aussi les comportements des destinataires de la règle, à travers ses interdits, ses obligations et ses autorisations. Le législateur belge sait d'ailleurs bien que l'influence n'est 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 des enfants mineurs, le but du législateur était cette fois que le droit change les faits. Les lois optatives et idéalistes s'entremêlent aux lois prétendument constatatives et réalistes.

**31.** Dans une démocratie dont le droit est depuis longtemps soustrait au religieux, la discussion ne peut être que politique. Or, le droit est le langage achevé du débat politique et il contribue, qu'il le veuille ou non, à l'élaboration du sens général que recherchent une société et ceux qui la composent. Les valeurs familiales sont de plus en plus mobilisées dans la recherche du sens, au sein de sociétés où chacun est invité à le définir pour lui-même, non sans d'ailleurs quelques risques de dérives nietzschéennes lorsque l'individu croit pouvoir décider seul du bien et du mal. Les sondages montrent constamment, depuis de nombreuses années, que les Européens tiennent majoritairement la qualité de leur vie familiale comme la première condition d'une vie heureuse. Les modifications substantielles du droit familial ne sont donc pas aussi anodines que certaines autres réformes.

**32.** Mais enfin, admettons sans difficulté qu'une transformation du droit du divorce était nécessaire au Royaume de Belgique et

qu'elle sera bienvenue au Grand-Duché de Luxembourg. L'expérience belge révèle cependant en creux qu'une telle entreprise doit reposer sur une vue d'ensemble claire et cohérente du travail à réaliser. 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 convient aujourd'hui de divorcer. On a cependant le sentiment que le législateur veut exprimer, en même temps que de multiples modèles familiaux doivent être acceptés mais qu'une seule forme de divorce (ou deux à la rigueur) devraient régir le démariage, que le mariage comporte des obligations, mais que la sanction de celles-ci devient de plus en plus improbable quitte à compromettre leur caractère juridique, qu'il ne faut plus parler de faute mais qu'il y a des limites à l'angélisme, que les époux sont libres et égaux mais que l'un doit pouvoir imposer sa décision à l'autre, que la femme doit être protégée de sa fragilité économique mais que l'homme doit éviter sa disqualification de figure paternelle. Il en résulte des réformes contorsionnistes plutôt que cohérentes, contradictoires sous maints aspects. Le législateur veut faire plaisir à tout le monde dans une société pluraliste, mais n'aboutit qu'à un *patchwork* idéologique.

**33.** Surtout, n'importe quelle réforme du divorce devrait s'articuler à une réflexion sur la place et la signification actuelles du mariage civil, qui n'a pas trouvé place en Belgique. Une seule phrase, déjà citée, était censée éclairer le débat de ce point de vue. Son indigence analytique laisse perplexe : «Le mariage, déclarait la ministre en guise de justification globale du projet, n'est plus considéré comme une institution rigide et indissoluble, mais comme un pacte *sui generis* renouvelé au jour le jour<sup>63</sup>.» Cette assertion est fautive, socialement et juridiquement. Les gens se marient ou se remarient au moment où le couple est devenu porteur de projets qui dépassent justement le lendemain. Si le mariage ne s'inscrivait plus en principe dans la durée, il conviendrait d'ailleurs d'en supprimer certains effets juridiques, dont l'obligation de fidélité, quel que soit le sens donné à celle-ci, qui devrait aussi faire l'objet d'une réflexion. Lors de l'adoption de la loi belge du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des person-

<sup>63</sup> Projet belge, Exposé des motifs, p. 6.

nes de même sexe, le ministre de la Justice de l'époque avait, quant à lui, souligné : «Dans notre société contemporaine, le mariage est vécu et ressenti comme une relation entre deux personnes, ayant comme but principal la création d'une communauté de vie *durable*. Le mariage offre aux deux partenaires la possibilité d'affirmer au grand jour leur relation et les sentiments qu'ils ont l'un pour l'autre. [...] Aujourd'hui, le mariage sert essentiellement à extérioriser et à affirmer la relation intime de deux personnes et perd son caractère procréatif (*sic*)<sup>64</sup>.» Pour sommaires qu'elles soient, ces considérations visant, à l'époque, à faire admettre le mariage homosexuel trahissent une philosophie du mariage et une politique familiale fluctuantes au gré des réformes à faire admettre. Elles montrent que les approches du mariage sont contradictoires dans le chef de deux ministres de la Justice successifs, de la même coalition politique, proposant des réformes particulièrement importantes à trois ans d'intervalle.

**34.** L'inscription du mariage dans la durée ne signifie pas l'indissolubilité. L'adoption de normes qui autorisent un divorce et surtout une sorte de répudiation en quelques semaines ne correspond cependant pas à «l'état des mœurs», invoqué pour justifier les réformes du droit de la famille en Belgique. 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<sup>65</sup>. La réforme belge du divorce consiste à refuser tout vieillissement, ce qui est un autre aveuglement de l'adolescence et un mythe qu'entretient l'idéologie de la satisfaction immédiate, si courante de nos jours. Elle a été 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

<sup>64</sup> Rapport fait au nom de la Commission de la justice de la Chambre par M<sup>mes</sup> Kristien Grauwels et Karine Lalieux, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2002-2003, p. 4 (souligné par nous).

<sup>65</sup> Voy. ROUSSEL, L., *La famille incertaine*, Paris, éd. Odile Jacob, 1989.

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 nécessitait l'emploi du révélateur et du fixateur avant de juger du résultat. Un clic sur l'appareil permet à présent de détruire la prise de vue aussitôt qu'elle a été décidée, dès lors que l'ensemble ou un seul détail ne correspond pas intégralement aux attentes. Il est devenu si facile de prendre une autre photo et de rêver qu'elle sera parfaite...

**35.** En amours comme dans la vie économique et professionnelle, le destinataire de la norme doit aussi apprendre à être mobile et s'adapter sans cesse. La stabilité ne s'entend plus avec la productivité. La nouvelle loi belge ressemble étrangement à la loi française du 20 septembre 1792, qui avait supprimé la séparation de corps, admis le divorce par consentement mutuel et la répudiation unilatérale du fait d'incompatibilité d'humeur<sup>66</sup>. Le XVIII<sup>e</sup> siècle finissant est l'époque du triomphe du pur libéralisme, souvent peu clairvoyant, touchant aux confins de l'individualisme et du règne absolu du contrat.

**36.** On peut se demander encore quelle est, aux yeux du législateur belge ou luxembourgeois, la référence sociologique du couple. Dans chacun de ces États cosmopolites vit une proportion considérable de familles dont les attaches culturelles et les représentations familiales pourraient être très éloignées de celles de la plupart de nos parlementaires issus d'un milieu social relativement homogène. La loi est pourtant prévue pour ces familles aussi. Mais peut-être dira-t-on qu'elles n'ont qu'à s'adapter?

**37.** Enfin, la notion de faute appartient, qu'on le veuille ou non, aux fondements essentiels de notre droit en général et du droit des contrats en particulier. Il est 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 elle n'existait jamais ou comme s'il était pernicieux d'en discuter. Lorsque la conciliation ou la médiation ne sont pas possibles ou refusées, les tribunaux constituent par ailleurs, en principe, le moins mauvais endroit pour débattre

<sup>66</sup> Pour plus de développement sur la philosophie du mariage et du divorce, voy. FIERENS, J., «Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky Luke», cité, n<sup>os</sup> 91 et ss.

des responsabilités et en tirer les conséquences, dont l'éventuelle sanction. Les procédures traduisent en lutte de paroles réglées la violence dont toute relation est porteuse, surtout quand elle est ou a été amoureuse. 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. 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.

**38.** En droit, si le mariage demeure un contrat – et que pourrait-il être d'autre dans l'idéologie juridique dominante<sup>67</sup>? –, et s'il faut accorder qu'un 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.

**39.** Au Grand-Duché de Luxembourg, le risque d'une réforme ambiguë et trop peu approfondie existe aussi. Le projet n'est pas encore porteur de contradictions flagrantes, comme la réforme belge, mais il est très succinct. Plusieurs points ne sont pas abordés explicitement dans la discussion ou dans les textes : quelle est la fonction du mariage civil aujourd'hui? Pourquoi les gens se marient-ils ou ne s'engagent-ils pas? Le droit doit-il admettre que la perte du sentiment amoureux implique quasi automatiquement le démariage? Quelles sont les conséquences à tirer de la sociologie de la famille en ce qui concerne les enfants? La diversité des modèles familiaux est-elle compatible avec le monolithisme

<sup>67</sup> Encore que certaine parlementaire belge ait estimé 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 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.

juridique? À l'inverse, comment unifier sous la règle générale le droit appelé à régir des familles de plus en plus disparates? Faut-il permettre aux parties qui le souhaitent d'exprimer judiciairement les causes de leur divorce? La prise en compte de la faute éventuelle d'un époux peut-elle être totalement absente de la discussion sur le fond du divorce et de la détermination de ses conséquences? Pourquoi maintenir la procédure de divorce par consentement mutuel? Simplifier une procédure signifie-t-il l'accélérer? Le législateur luxembourgeois affrontera peut-être plus explicitement ces questions difficiles que son homologue belge.

## Une nouvelle conception du divorce : le droit à la rupture

Corinne RIGALLE-DUMETZ

*Maître de conférences à l'Université de Reims*

### SOMMAIRE

1. La volonté, cause du divorce.....	155
2. Les effets du divorce.....	160