

## La quadrature de la faute dans le cercle du divorce

RÉSoudre le problème de la quadrature du cercle revient à tracer à la règle et au compas un segment de longueur  $\sqrt{\pi}$  à partir de la donnée d'un segment de longueur 1, chose qui ne serait possible que si  $\sqrt{\pi}$  était exprimable par radicaux carrés, ce qui implique que  $\pi$  serait la solution d'une équation polynomiale à coefficients entiers. Or, ce n'est pas le cas, puisque  $\pi$  est un nombre transcendant<sup>1</sup>. Tout le monde sait cela. La mise en évidence de la difficulté remonte à Anaxagore, au V<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ.

On pourrait remonter aussi loin, et même davantage, si l'on voulait évoquer les principales discussions relatives à la place de la faute dans le divorce. Choisissons plutôt un arrêt sur image à la veille de l'élaboration du Code civil, lorsqu'après plus de mille ans de frustration, les époux déçus, malheureux ou volages reçoivent de la loi du 20 septembre 1792 la possibilité de divorcer par consentement mutuel et même celle de répudier unilatéralement du fait d'incompatibilité d'humeur. Dès l'an VII, un mariage sur trois, en France, est dissous par le divorce, ce qui correspond au nombre actuel en Belgique<sup>2</sup>. Cette loi post-révolutionnaire était le produit de l'état d'esprit de l'époque, illustré par l'opinion des intellectuels les plus influents du XVIII<sup>e</sup> siècle, favorables au divorce. Montesquieu, par exemple, pensait que le maintien artificiel du mariage nuisait à la natalité, Diderot et Rousseau invoquaient l'intérêt des enfants (eh oui, déjà...)<sup>3</sup>, Voltaire invoquait la nature, à qui on fait dire tout et son contraire depuis deux mille cinq cents ans, ou le bon sens à qui on fait dire l'inverse.

Plus fondamentalement, à l'époque de la naissance du droit moderne, l'idéologie du contrat s'installe triomphalement pour longtemps. Toute relation sociale, y compris celles qui sont fondatrices des sociétés humaines et des États, suppose des individus autonomes et un contrat originaire, seule figure juridique compatible avec l'individualisme exacerbé. Une multitude de conventions subséquentes est supposée rendre compte de n'importe quelle relation sociale. Tel était à travers leurs différences parfois importantes le trait commun à Grotius, Hobbes, Locke, Rousseau<sup>4</sup>.

### Le mariage, seul contrat dont la faute résolutoire serait évacuée ?

La suite est bien connue. Les rédacteurs du Code civil choisissent de restreindre la possibilité de divorcer par consentement mutuel, à travers notamment la longueur de la procédure, pour des raisons de stabilité sociale et patrimoniale. Le divorce pour faute, c'est-à-dire pour adultère (avec éventuellement l'exigence d'entretien de la concubine sous le toit conjugal en ce qui concerne le mari<sup>5</sup>), excès, sévices et injures graves, est admis au titre d'un compromis entre les traditions précédentes.

(1) J.-P. DELAHAYE, v<sup>o</sup> « Dissections géométriques », *Encyclopædia Universalis*, 2005.

(2) Les dernières statistiques disponibles couvrent la période 1996-2003 et ont fait l'objet de commentaires de notre part dans « La forteresse assiégée - Réflexions sur les statistiques du divorce », *Divorce Actualité*, 2005/4, pp. 60-64.

(3) Voy., pour plus de détails, J.-C. BOLOGNE, *Histoire du mariage en Occident*, Paris, J.-C. Lattès, 1995, pp. 190 et s.

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

(5) Condition qui disparaîtra par l'action jurisprudentielle d'abord, par la loi du 28 octobre 1974 ensuite.



On en revient aujourd'hui manifestement à des conceptions du mariage et du divorce fort semblables à celles qui avaient provisoirement abouti dans la loi de 1792. Nos sociétés contemporaines dites occidentales (à l'Occident de quoi?) sont du point de vue idéologique sans doute les plus libérales, et donc les plus contractuelles, qui aient jamais existé. Le mariage est forcément, dans ce contexte, d'abord une convention dont le fondement est la liberté de deux adultes. Celle-ci doit pouvoir défaire ce qu'elle a fait. Le match séculaire entre les partisans du mariage-institution et ceux du mariage-contrat, ceux du prêt-à-porter contre ceux du sur-mesure, tourne actuellement en sévère déroute des premiers<sup>6</sup>.

Toutefois, la possibilité d'une faute contractuelle et de la résolution de la convention sur ce fondement appartient aussi à l'essence du contrat. Le triomphe du conventionnalisme dans le mariage charrie dès lors nécessairement l'idée de faute possible de la part des époux. Le paradoxe consiste à tenter aujourd'hui de faire du mariage le seul contrat dont la faute résolutoire serait évacuée.

### Divorce faillite, divorce remède

La loi du 28 octobre 1974, qui institue à travers l'article 232 du Code civil le divorce « pour cause » de séparation de fait de plus de dix ans, ramenés ultérieurement à cinq ans, puis à deux ans, constitue une étape marquante dans la recherche d'un divorce sans faute obtenu cependant sur demande unilatérale<sup>7</sup>. On parle de « divorce faillite », pour celui qui est visé à l'alinéa 1<sup>er</sup> et considère une séparation de fait pure et simple, et de « divorce remède » pour celui qui est visé à l'alinéa 2 et précise que la séparation envisagée est la con-

(6) Henri De Page fonde encore l'indissolubilité de principe du mariage sur son caractère institutionnel justifié par l'intérêt des enfants. Voy. *Traité*, t. 2, *Les personnes*, n<sup>o</sup> 648.

(7) La cause du divorce n'est évidemment pas la séparation, en sorte que la formulation légale est malheureuse. Il vaut mieux parler de divorce « après » séparation de fait.

séquence de l'état de démence ou de l'état grave de déséquilibre mental dans lequel se trouve l'époux défendeur. Cette loi illustre bien le problème de la quadrature du cercle : la faute qui disparaît dans les « causes » du divorce revient dans ses conséquences avec l'article 306 du Code civil et les amusants problèmes d'interprétation et d'application qu'il pose, à travers notamment les divers exercices de gymnastique que la jurisprudence suggère : grand renversement ou petit renversement<sup>8</sup>.

Le cas de figure qui se rapproche actuellement le plus du divorce sans faute, hormis bien sûr le consentement mutuel, est celui qui entraîne l'application de l'alinéa 2 de l'article 232 du Code civil, c'est-à-dire le divorce fondé sur la séparation de fait consécutive à la maladie mentale d'un des époux. En effet, dans cette hypothèse, le demandeur n'est pas présumé en faute pour ce qui concerne la pension après divorce et le sort des avantages matrimoniaux. En application des articles 307 et 307bis du Code civil, chacun des époux conserve le bénéfice des institutions contractuelles faites à son profit par son conjoint. Le tribunal peut accorder à l'un des époux à charge de l'autre une pension alimentaire, selon son appréciation. Ce régime peut cependant s'avérer inéquitable dans la mesure où l'époux demandeur conservera éventuellement certains avantages du mariage, même s'il a commis des manquements graves, sans que l'époux malade mental puisse introduire de demande reconventionnelle en divorce pour faute, compte tenu des pouvoirs très limités de son représentant.

### Une entreprise irréductiblement contradictoire

Pas facile, n'est-ce pas? L'entreprise est irréductiblement contradictoire : comment divorcer en évitant la guerre de Cent Ans entre époux et ses dommages collatéraux, d'une part; comment ne pas accorder une prime au comportement violent, d'autre part? La guerre fait mourir ou en tout cas souffrir, et elle a des effets ruineux sur tous les belligérants. Il est donc légitime d'éviter l'affrontement et de chercher à limiter le « temps des épreuves » selon l'expression dramatico-poétique du Code judiciaire<sup>9</sup>. Même si bien des conjoints frustrés choisissent de demeurer présents dans la vie de l'autre par le règlement de comptes affectif ou économique, cette attitude ne doit pas être encouragée. Cependant, vouloir éviter le débat sur la faute peut favoriser la violence au sens où celle-ci consisterait, pour un époux, à imposer à l'autre sa propre volonté, entreprise qui en matière de mariage aboutit à la limite à la répudiation.

Réglons deux points qui n'offrent, du point de vue de la prise en compte éventuelle de la faute, pas de grandes difficultés : celui du divorce par consentement mutuel et celui de l'impact de la disparition du lien conjugal sur les droits et devoirs à l'égard des enfants communs. Le mariage étant plus que jamais un pur contrat dans l'imaginaire des époux, dans celui du législateur et dans celui de la plus grande partie de la population (autochtone, du moins), le divorce par consentement mutuel ne s'est jamais si bien porté en Belgique, que ce soit au niveau quantitatif<sup>10</sup> ou, si l'on peut dire, qualitatif, en ce sens que cette forme de démariage est préconisée comme étant la moins désagréable, la moins chère et la plus rapide. Depuis

longtemps par ailleurs, et fort heureusement, la faute éventuelle d'un conjoint n'a plus d'incidence sur ses droits et ses devoirs à l'égard des enfants mineurs<sup>11</sup>. Tout le monde semble d'accord aujourd'hui pour dire qu'on peut être mauvais époux et bon parent.

### Cachez cette faute que je ne saurais voir...

Demeure la question : un conjoint peut-il imposer à l'autre sa volonté de dissoudre le lien conjugal sans prouver une faute? Le projet de loi 2341, qui mériterait encore de belles discussions, prévoit que la seule « cause » de divorce serait la constatation judiciaire de la désunion irrémédiable entre les époux<sup>12</sup>. Très bien. Mais la question devient alors celle de la preuve de cette désunion. Elle pourrait être rapportée par toutes voies de droit. Le juge pourrait prononcer le divorce s'il a l'intime conviction que plus aucun rapprochement n'est possible entre les époux. Ne parle-t-on pas implicitement aussi d'une faute éventuelle, qu'il ne faudrait d'ailleurs pas rigoureusement prouver? Un adultère (exemple pris entre mille), prouverait-il la désunion irrémédiable? Le gouvernement lui-même a proposé de ne plus envisager explicitement l'hypothèse du « comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune », prévue par le projet originaire, au motif que la faute éventuelle peut amener le juge à la conviction que la désunion est irrémédiable. Cette solution ne signifierait pas que la faute disparaîtra des débats, mais seulement qu'elle ne serait pas explicitement désignée comme telle. Cachez cette faute que je ne saurais voir, et les époux garderont la possibilité de s'étriper en tentant d'emporter la conviction du juge. Ceci revient alors à donner au tribunal — une fois de plus — un très large pouvoir d'appréciation, destiné à pallier le flou dans lequel le législateur se complait de plus en plus souvent, mais pas à supprimer le problème.

Pour ce qui concerne les délais de la procédure en divorce envisagée, le syndrome Lucky Luke fait parler la poudre. Il consiste à vouloir divorcer plus vite que son ombre parce que le mariage est à présent considéré par le législateur comme un état instable par excellence et parce que les futurs ex-conjoints n'ont pas toute la vie pour relancer les dés<sup>13</sup>. Trois mois de séparation pourront suffire dans le cadre d'une demande conjointe, six mois sur demande unilatérale. Ne se dirige-t-on pas vers la répudiation, même si celle-ci nécessite de patienter une demi-année?

En ce qui concerne les effets du divorce, le tribunal pourrait, dans le jugement prononçant le divorce ou lors d'une décision ultérieure, accorder à la demande de l'époux dans le besoin, une pension alimentaire à charge de l'autre époux, pour une durée qui en principe ne dépasserait pas celle de la vie commune. Donc éventuellement à l'époux « coupable », à charge de celui qui pleure encore toutes les larmes de son corps parce qu'il ne voulait pas divorcer? Ah non : le tribunal peut refuser d'accorder cette pension si le défendeur prouve que le demandeur a commis une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune. On vous avait dit que  $\pi$  n'est pas la solution d'une équation polynomiale à coefficients entiers.

Jacques FIERENS

Avocat

Professeur extraordinaire aux F.U.N.D.P. à Namur

(8) Selon le « grand renversement », le demandeur apporte la double preuve, requise par l'arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 1990 (*Pas.*, 1991, I, 365), de la responsabilité exclusive de la séparation et de son maintien dans le chef du défendeur. Seul ce dernier perd ses droits alimentaires et le bénéfice des avantages matrimoniaux. Selon le « petit renversement », le demandeur prouve l'imputabilité de la séparation de fait ou celle de son maintien au défendeur et le juge conclut à une responsabilité partagée. Aucun des ex-époux ne conserve ses droits alimentaires, ni les avantages matrimoniaux.

(9) Voy. l'article 1408 du Code judiciaire. L'expression provient de l'article 280 du Code Napoléon.

(10) En 2001, sur 29.309 divorces, 8.625 ont été prononcés pour cause déterminée ou après séparation de fait et 20.684 par consentement mutuel. Voy. Institut national des statistiques, <http://www.statbel.fgov.be>, rubrique « Mariages et divorces »; également *Info Flash* n° 40, 12 juin 2003 (actualisé les 11 et 30 septembre 2003).

(11) Jusqu'à la loi du 13 avril 1995, en l'absence de décision contraire, les enfants mineurs étaient confiés à l'époux qui avait obtenu le divorce aux torts de l'autre.

(12) Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2341/001. A l'heure où ces lignes sont écrites, le projet est discuté en commission de la justice de la Chambre. Il est trop tôt pour proposer un commentaire complet, même sur l'unique question de la place de la faute dans le projet. Le gouvernement lui-même a déposé récemment (17 octobre 2006) des amendements qui la concernent : voy. *Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2341/008.

(13) Par crainte de recours dilatoires, les décisions prononçant le divorce ne seraient pas susceptibles d'appel, sauf contre une décision refusant le divorce. Il n'y aurait donc pas d'appel même si le tribunal a retenu la faute à titre de preuve de la désunion irrémédiable.