LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS (*)

par J. DE GAVRE
Professeur extra-ordinaire à l'Université Libre de Bruxelles

CHAPITRE I

LE DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE
(art. 229 à 231 C.C.)

SECTION I

LES CAUSES DE DIVORCE

Aucune innovation légale dans ce domaine, sauf celle — dite du „divorce automatique" de l'article 232 C.C. — qui fait l'objet d'une étude distincte (1).

Par contre, l'évolution de la jurisprudence et ses échos en doctrine présentent un intérêt non négligeable, spécialement pour le praticien.

Nous en tentons la synthèse, ordonnée comme suit :

I. causes légales de divorce

II. caractères généraux des causes de divorce

III. extinction des causes de divorce

I. CAUSES LÉGALES DE DIVORCE

A. ADULTÈRE ET ENTRETIEN DE CONCUBINE (ART. 229 ET 230 C.C.)

La réflexion, ici, doit être centrée sur deux thèmes :

- la notion de « maison commune » au sens des articles 229 C.C. et 389 C.P.
- le caractère « péremptoire » de l'adultère.

a) On sait que la loi du 30 avril 1958 qui a proclamé l'égalité civile des conjoints, notamment quant au choix de leur domicile, n'en a pas,

(*) Tekst op grond van dewelke Prof. De Gavre zijn referaten hield op 22 november 1974, dus vóór het van kracht worden van de echtscheidingswetten van 1 juli 1974 (houdende o.m. invoering van art. 232 B.W. nieuw) en 28 oktober 1974 (houdende o.m. opheffing van art. 230 B.W. en vervanging van art. 229 B.W.).

(1) Chapitre II, p. 231-237.

pour autant, fait « éclater » la notion de « maison conjugale » ou de « maison commune » (1).

Les principes antérieurs qui gouvernent ces notions ont donc été confirmés :

- l'art. 230 C.C. ne peut être retenu contre le mari que s'il a eu, *habituellement*, des relations coupables avec sa concubine *dans la maison commune* (2);
- mais constitue la « maison conjugale » (art. 389 C.P.) ou la « maison commune » (art. 230 C.C.) tout endroit où « d'après les circonstances, le mari peut se considérer comme chez lui » et où, par conséquent, la maîtresse usurpe la place qui revient à l'épouse (3).

Par application de ce qui précède, il a été jugé :

- que le délit de l'art. 389 C.P. peut exister même s'il a été assigné à l'épouse plaignante une résidence séparée (4);
- qu'une résidence temporaire au lieu du travail peut, lorsque le mari y séjourne régulièrement, constituer la maison commune (5);
- de même, la tente ou la caravane de camping, pendant les vacances, au même titre qu'une chambre d'hotel (6);
- de même, l'habitation où le mari fait des séjours fréquents et réguliers, ce qui démontre *qu'il s'y considérait ou pouvait s'y considérer* comme chez lui (7).

Mais par contre :

- l'appartement de la concubine où le mari ne passe que deux ou trois nuits maximum par semaine ne constitue pas la maison commune (8);
- de même pour des hôtels différents, où les relations ont lieu, le mari n'étant pas censé y disposer d'une habitation, le délit d'entretien de concubine impliquant une résidence habituelle, l'intimité et la permanence (9).

---

(1) Cass., 17 octobre 1960, *Pas.*, 1961, I, 174, et 31 octobre 1960, *Pas.*, 1961, I, 226; — *R.P.D.B.*, *Compl. T.I.*, *V° Divorce et séparation de corps*, n° 37 *in fine*.

(2) Cass., 11 oct. 1957, *Pas.*, 1958, I, 22 et 23 févr. 1962, *Pas.*, 1962, I, 718; — Cass., 29 mai 1973, *Pas.*, 1973, I, 909.

(3) Liège, 6 nov. 1969, *Jur. Liège*, 1969-1970, p. 212; cfr. aussi Cass., 12 févr. 1973, *Pas.*, 1973, I, 557.

(4) Liège, 6 nov. 1969, *précité*.

(5) Cass., 28 nov. 1966, *Pas.*, 1967, I, 398.

(6) Bruges, 21 oct. 1969, *R.W.*, 1969-1970, 632.

(7) Bruxelles, 4 oct. 1972, *J.T.* 1972, 663; comp. Cass., 4 mai 1959, *Pas.*, 1959, I, 890.

(8) Liège, 15 juin 1967, *J. Liège*, 1967-1968, p. 153, avec une intéressante note d'observations et de références; — Corr. Liège, 19 févr. 1970, *J. Liège*, 1969-1970, p. 213.

(9) Bruxelles, 17 mai 1968, *J.T.*, 1968, p. 650.

On consultera opportunément sur l'évolution de la jurisprudence en la matière — celle de la Cour de Cassation et des juridictions de fond — la pénétrante étude de J. Messine (1).

La distinction civile et pénale entre l'adultère de la femme et celle du mari, pour critiquable et critiquée qu'elle soit (2) n'en existe pas moins encore en droit positif belge. Mais une proposition de loi du sénateur Bascour (3) a existé qui tend à la modification de l'art. 230 C.C. (4). Elle semble aujourd'hui caduque.

Je ferai remarquer cependant que, dans ses conséquences *civiles*, l'inégalité a été singulièrement *amortie, en fait*, depuis l'abrogation, par la loi du 15 mai 1972, de l'art. 298 C.C. (interdiction pendant trois ans du convol avec le complice de l'adultère), sans parler de la possibilité de qualifier d'injures graves des faits constitutifs d'adultère ou d'entretien de concubine (5).

Revenons à un aspect heureusement plus égalitaire des relations entre époux en rappelant que la Cour de Cassation a, à bon droit, refusé de lier le devoir de fidélité à celui de cohabiter, avec cette conséquence que ne peut être dispensé de son devoir de fidélité, le mari qui peut cependant invoquer la violation par l'épouse de son devoir de cohabitation (6).

b) L'adultère est-il une cause péremptoire de divorce, qui enlève au juge du fond tout pouvoir d'appréciation ?

En France, la réponse est affirmative et quant à la gravité du fait et quant à son caractère outrageant (7).

En Belgique, si le juge n'a pas le pouvoir de dire que l'adultère (ou l'entretien de concubine) n'est pas légalement et objectivement une violation des obligations du mariage (critère de la gravité matérielle), par contre, il a, incontestablement le droit de vérifier si, « in casu », ce grief est outrageant, injurieux pour celui qui s'en prévaut.

---

(1) *J.T.*, 1968, p. 643.

(2) Cf. notamment Rigaux, F., *Les personnes*, T. I., n° 1930 et s.

(3) *Doc. parlem.*, session 1969-1970, n° 178.

(4) Cf. aussi, Masson, J. P., *Quatre propositions de lois récentes en matière de droit des personnes*, *J.T.*, 1969, 578-579.

(5) Cass., 4 mars 1954, *Pas.*, 1954, I, 575; — *contra* : Liège, 2 avril 1968, *J. Liège*, 1967-1968, 289, obs; — cf. aussi à ce sujet, les observations de Vieujean, *Examen de la jurisprudence, les Personnes, 1965 à 1969*, *R.C.J.B.*, 1970, p. 580.

(6) Cass., 9 janv. 1967, *Pas.*, 1967, I, 554.

(7) Cf. Rigaux, *o.c.*, n° 1974 avec les réf.; — cf. cependant Cass. Fr., 15 avril 1970, *D-S*, 1970, S. 206 et note JLD en *Sem. jur.* 1970, J. 16.384.

La Cour de Cassation l'affirmait déjà par son arrêt du 30 janvier 1936 (1) et l'a répété depuis (2).

C'est, précisément, en vertu de ce pouvoir d'appréciation que, dans certains cas — à vrai dire exceptionnels — il a été jugé que l'adultère n'est point cause de divorce.

Ainsi : lorque le mari a directement *favorisé* l'adultère de son épouse (3), lorsqu'il y a indice de *machination, instigation, provocation, encouragement, approbation* (4) ; lorsqu'il y a, de la part du mari qui se dit offensé, *tolérance* et *encouragement* aux relations sexuelles avec des tiers, en sa présence (5).

Connivence et provocation directe, tels paraissent être les critères à retenir, parce que suffisamment généraux (6).

Car, en effet, la Cour de Cassation a décidé, à plusieurs reprises, que l'on ne peut admettre que *tout* manquement au devoir de fidélité doit être sanctionné par le divorce sauf les *seuls cas* de « proxénétisme, collusion ou acte frauduleux » (7).

Comme le rappelle opportunément le Procureur général Ganshof van der Meersch dans ses magistrales conclusions précédant ce dernier arrêt, « le caractère injurieux du comportement d'un époux et la gravité de ce caractère injurieux gisent d'ailleurs en fait. Ils ne résultent pas exclusivement du manquement intrinsèque aux devoirs nés du mariage mais doivent être appréciés en tenant compte de toutes les circonstances propres à la cause et du *dessein d'offenser* que les circonstances font éventuellement apparaître » (8). Faisant droit à ces conclusions, la Cour de Cassation reprend la formule de son arrêt du 24 décembre 1959 (« sauf le cas de proxénétisme... ») *mais elle ajoute* que « l'attitude injurieuse d'un époux peut, en dehors des cas limitativement énumérés par l'arrêt, constituer une atténuation des fautes de son conjoint, *leur enlevant le caractère d'injure grave* » (9).

---

(1) *Pas.*, 1936, I, 137.

(2) Cf. notamment arrêts des 17 octobre 1963, *Pas.*, 1964, I, 175 et 29 mars 1973, *J.T.*, 1973, p. 389, avec les conclusions du Procureur général Ganshof van der Meersch, reproduites, quant à ce, au *J.T.*, 1973, p. 540, avec note J.E.

(3) Civ. Bruxelles, 12 juin 1964, *J.T.*, 1965, 56.

(4) Cf. sol. *a contrario*, Bruxelles, 21 déc. 1963, *Pas.*, 1965, II, 1.

(5) Bruxelles, 21 mars 1973, *J.T.*, 1973, p. 290 et 11 décembre 1968, *J.T.*, 1969, p. 119 et *Pas.*, 1968, II, 55.

(6) Cf. VIEUJEAN, *o.c.*, p. 573 citant Civ. Bruxelles, 27 mars 1964, *Pas.*, 1965, III, 69.

(7) Cass., 24 déc. 1959, *Pas.*, 1960, I, 485; — Cass., 29 mars 1973, *J.T.*, 1973, p. 389, *précité*.

(8) Cf. Cass., 24 déc. 1959, *précité*.

(9) Cf. aussi, Cass., 10 mai 1963, *Pas.*, 1963, I, 1964.

Or, il semble bien que l'arrêt cassé de la Cour d'Appel de Bruxelles visait les critères classiques de « connivence d'adultère », de « provocation à l'acte », de « tolérance de l'époux offensé ». Y a-t-il là l'amorce d'un assouplissement encore plus grand dans le sens du caractère non-péremptoirement injurieux de l'adultère ? La question est posée, encore qu'on puisse, à mon sens, expliquer la cassation intervenue par le fait que, à tort, le juge du fond avait présenté comme *limitatifs* les cas d'exclusion qu'il citait (1).

Comment concilier cet arrêt avec une autre décision de notre Cour suprême, à peine postérieure, *mais rendue au pénal*, dont il ressort que « l'inconduite de l'époux qui porte plainte est, en règle, sans effet sur la recevabilité de la plainte et ne constitue pas une justification dans le chef de l'époux coupable » (2). Il résulte de l'arrêt — qui casse la décision de la Cour d'Appel de Bruxelles du 21 mars 1973 déjà citée — que le plaignant, demandeur en Cassation, avait antérieurement aux faits d'adultère associé son épouse et des tiers à divers déréglements sexuels. Néanmoins, cette circonstance ne lui enlève pas, dit l'arrêt, la qualité d'époux offensé en raison des faits d'infidélité postérieurement commis par l'épouse.

L'harmonie entre ces deux arrêts peut, semble-t-il, être réalisée de deux manières :

- l'une, propre au cas de la seconde espèce, tient au fait que l'arrêt cassé avait « excusé » *toutes* les infidélités de l'épouse, même celles *postérieures* aux faits rendus « inoffensifs » par la connivence,
- l'autre, plus générale et plus importante au plan des principes, tient à l'indépendance respective des aspects pénal et civil de l'adultère.

On a déjà beaucoup écrit sur cette indépendance, cette « distorsion », qui trouve ses fondements dans l'arrêt de la Cour de Cassation du 30 janvier 1936 (3) et on l'a justement critiquée (4). Peut-on, en effet, obtenir, en tant qu'époux offensé, la répression de l'adultère mais, en même temps, nonobstant l'autorité *erga omnes* des décisions pénales, se voir refuser le franc symbolique et/ou le divorce ? Oui, si l'on admet, avec De Page (5) l'indépendance totale des actions répressives et civiles, à laquelle la Cour de Cassation semble rester attachée,

(1) Cf. conclusions du Procureur général : « C'est évidemment à tort que l'arrêt attaqué décide ainsi *qu'en dehors de ces cas...* ».

(2) Arrêt du 5 nov. 1973, *J.T.*, 1973, p. 727.

(3) Pas., 1936, I, 137.

(4) LEGROS, R., *Ann. Not.*, 1953, p. 78; — RIGAUX, *o.c.*, n° 1971 et s.; — MESSINE, J., *o.c.*, *J.T.* 1968, p. 644; — cf. aussi Bruxelles, 11 déc. 1968, *précité*.

(5) T. Ier, n° 861.

encore qu'elle paraisse bien justifier la solution de la *recevabilité* de la plainte en ayant égard au fait que le plaignant pouvait « *se prétendre* offensé ». L'autre système — dans lequel le juge pénal ne peut condamner si l'adultère n'est pas offensant — est certainement plus cohérent, d'un point de vue juridique global et plus conforme au bon sens » (1).

B. Excès et sévices

Je me borne ici à rappeler que, suivant l'arrêt devenu classique de la Cour de Cassation du 27 janvier 1955 (2), la réitération de sévices n'ayant pas chacun le caractère de violences graves peut « leur donner le caractère de gravité acquis par la loi ».

C. Les injures graves

La Cour d'Appel de Bruxelles, dans un arrêt du 7 juin 1968 (3), a excellemment mis en relief les éléments constitutifs de cette cause de divorce :

- un élément matériel, consistant dans la transgression d'une obligation issue du mariage,
- un élément moral, à savoir l'imputabilité qui suppose que l'auteur de l'acte en soit psychologiquement et moralement responsable,
- un élément moral spécial à la matière et comparable au dol spécial exigé pour certains délits, à savoir le caractère outrageant de la faute.

Je n'ai pas l'intention de dresser ici l'inventaire systématique des principaux cas d'injure grave (4).

Puisque nous nous bornons à nous « recycler » je montrerai seulement, par référence à des décisions récentes, l'évolution jurisprudentielle de certaines « injures graves », soit dans un sens extensif, soit dans un sens restrictif.

---

(1) Voy. aussi les intéressantes observations de Delva et Baert, *Overzicht van rechtspraak, Personen- en familierecht*, 1960-1963, *T.P.R.*, 1964, blz. 389.

(2) *Pas.*, 1955, I, 553.

(3) *Pas.*, 1968, II, 251.

(4) Le lecteur trouvera, à ce sujet, une documentation admirablement classée dans le « *Précis* » du Professeur Rigaux (n° 1975 et ss.) et dans le *R.P.D.B. Compl. I, V° Divorce et séparation de corps*, n° 46 et s.

a) Abandon injurieux

Une règle d'or, ici, souvent rappelée : l'abandon de la résidence conjugale ne constitue une cause de divorce que s'il revêt volontairement un caractère injurieux. Et c'est au demandeur à faire la preuve de cette volonté d'outrager (1), la sommation infructueuse de reprendre la vie commune n'établissant pas nécessairement, par elle-même, la faute de celui des époux qui refuse de s'y soumettre (2).

Cette cause de divorce est diversement appréciée par les juridictions du Royaume : certaines — soucieuses de ne pas avaliser la collusion des époux — l'accueillent avec beaucoup de prudence; d'autres se montrent infiniment plus généreuses.

Il faut se demander si l'assouplissement sensible des conditions du divorce par consentement mutuel, depuis 1972 — et singulièrement l'abrogation de l'article 305 C.C. — ne devrait pas amener certaines juridictions à ne plus *présumer* — en fait, comme ce fut très souvent le cas en pratique — la collusion des conjoints à l'égard d'une cause de divorce qui, paradoxalement, compte parmi les plus réelles et les plus nombreuses.

Quoi qu'il en soit de cette politique d'avenir, dans un passé récent, l'abandon a été accueilli, notamment, dans les cas suivants :

- refus non motivé de réintégrer la résidence conjugale (3);
- refus de cohabitation en préférant la vie commune avec un ascendant (4) ou avec un descendant;
- abandon depuis six ans de l'épouse et d'un enfant — radiation d'office — pas de domicile ni résidence connus : cet abandon prolongé est en *lui-même* injurieux « quelles que soient les circonstances qui ont autorisé ce départ et qui motivent la prolongation de cet abandon », alors que rien dans l'attitude de la demanderesse ne fait apparaître qu'elle l'aurait provoqué (5).

Par contre, l'abandon n'a pas été retenu comme cause de divorce :

- lorsqu'il est survenu un an après le mariage sans volonté de « délaissement », en raison de l'inexistence de rapports conjugaux normaux dus à une affection du mari (6);

(1) Rigaux, *o.c.*, n° 1994.

(2) Bruxelles, 3 mai 1958, *J.T.*, 1958, 360 et 5 févr. 1960, *J.T.*, 1960, 841.

(3) Liège, 15 janv. 1963, *J. Liège*, 1962-1963, 178; — Civ. Bruxelles, 11 juin 1965, *R.W.*, 1967-1968, 944.

(4) Bruxelles, 16 févr. 1963, *J.T.*, 1963, 402; — Civ. Liège, 20 déc. 1969, *J.T.*, 1970, 527.

(5) Civ. Bruxelles, 29 nov. 1972, *J.T.*, 1973, 224.

(6) Bruxelles, 23 juin 1966, *J.T.*, 1966, 599.

- lorsqu'il peut être justifié par le comportement du mari, sans qu'il faille avoir égard au fait que l'épouse s'est vue ou non assigner en justice une résidence séparée (1).

De l'abandon ainsi défini il faut évidemment rapprocher *l'abandon matériel* qui, singulièrement lorsqu'il est sanctionné pénalement par l'abandon de famille, est une cause de divorce (2).

b) Faits d'infidélité ou d'inconduite (hors ceux visés par les art. 229 et 230 C.C.)

Citons :

- l'adultère du mari — non constitutif d'entretien de concubine (art. 230 C.C. et 389 C.P.) — est évidemment une injure grave au sens de l'art. 231 C.C. pour autant qu'ils soit outrageant (3);
- de même, pour la complicité d'adultère imputable au mari (4);
- de même, pour les attitudes et propos équivoques (5), ou l'infidélité réelle *ou apparente* procédant de la réitération d'attitudes équivoques entre le conjoint et un tiers qui font à l'époux demandeur une *réputation* d'époux trompé, *quand bien même il ne le serait pas effectivement* (6);
- de même, lorsque l'un des époux entre en rapport par correspondance et par l'intermédiaire d'un journal d'annonces matrimoniales avec des tiers (7) pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un acte de légèreté excusable par une longue séparation (8);
- de même encore pour les relations homosexuelles et les amitiés passionnées pour une personne du même sexe (9).

---

(1) Cass. Fr., 15 janv. 1969, *D-S*, 1970, p. 148, note Le Callonec.

(2) RIGAUX, *o.c.*, n° 1993; — Bruxelles, 23 juin 1966, *Pas.*, 1967, II, 174; *J.T.*, 1966, 705, obs.; — Civ. Bruxelles, 11 févr. 1966, *Pas.*, 1967, III, 7; — Civ. Nivelles, 11 avril 1962, *Rec. Niv.*, 1962, 78.

(3) Cass., 23 févr. 1962, *Pas.*, 1962, I, 719; — VIEUJEAN, *o.c.*, p. 579, littera e.

(4) Civ. Nivelles, 5 déc. 1967, *J. Nivelles*, 1968, p. 10.

(5) Cass., 5 sept. 1963, *Pas.*, 1964, I, 11.

(6) Bruxelles, 13 déc. 1969, *Rev. dr. fam.*, 1970, 48.

(7) Paris, 5 juin 1969, *D-S* 1969, p. 520 et la note; — Paris, 14 avril 1970, *D-S* 1970, S. 133, avec la note.

(8) Bruxelles, 7e ch., 29 juin 1967, *inédit* (n° 566) cité par POITEVIN, *J.T.*, 1969, p. 345, n° 6; — comp. Paris, 14 avril 1970, *précité*.

(9) Civ. Bruxelles, 6 juin 1961, *Rev. dr. fam.*, 1961, 164 et RIGAUX, *o.c.*, n° 1978 et 1979.

c) Fautes dans les relations sexuelles

Citons :

- le refus persistant et injustifié des relations charnelles est une cause de divorce (1);
- de même pour la dissimulation volontaire de l'impuissance, dont les effets se font sentir après le mariage, singulièrement lorsque, en raison des circonstances de la cause, le mari ne pouvait ignorer son anomalie (2) et qu'il ne se soumet à aucun traitement (3);
- la non-consommation du mariage et le problème de son imputabilité a donné lieu à diverses études en droit français (4), sur le problème plus général de la faute dans les relations sexuelles (5).

d) Ivresse

La Cour d'Appel de Paris a excellemment rappelé dans un arrêt du du 7 novembre 1968 (6) que l'ivresse devient une injure grave si elle implique chez celui qui s'y adonne une volonté consciente et persistante, rebelle à toute sollicitation d'amendement et susceptible de porter, comme telle, atteinte à l'honneur et la considération de l'autre époux (7).

Mais, par contre, l'ivresse accidentelle, liée à un état pathologique qui trouve sa source dans des évènements extérieurs indépendants de la volonté du malade, ne sera point retenue, alors surtout que ce dernier, qui n'a jamais accepté son état, multiplie les efforts pour s'en guérir.

e) Varia

Citons :

- *la paresse du mari*, non justifiée par la maladie ou par le comportement de l'épouse, a justifié le divorce « de plano » (8);

---

(1) Bruxelles, 23 juin 1966, *J.T.*, 1966, 599.

(2) Même arrêt; — *adde* : Civ. Bruxelles, 24 janv. et 25 juin 1964, *Pas.*, 1965, III, p. 2 et 101; — Liège, 20 oct. 1965, *R.W.*, 1968-1969, 363.

(3) Rigaux, *o.c.*, n° 1986.

(4) Cf. par. ex. : note Wiederkehr, sous Cass. fr., 5 nov. 1969, *D-S* 1970, p. 223; — la note de références *o.c.*, sommaire p. 36, ainsi que la note J. A. *Sem. Jur.* 1970, J., 16.226.

(5) Cf. Rigaux, *o.c.*, n° 1982 à 1990; — Nerson, *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, p. 365 et s.; — ainsi que la note anonyme sous Dieppe, 25 juin 1970, *Sem. jur.*, 1970, J., 16545 bis.

(6) *D-S*, 1969, s., 30.

(7) Cfr. aussi Bruxelles, 10 avril 1973, *J.T.*, 1974, 139.

(8) Civ. Mons, 14 janv. 1965, *J.T.*, 1966, 175.

- *l'intentement d'une procédure en divorce*, non poursuivie, accompagnée d'un refus obstiné de reprendre la vie commune, est une cause de divorce (1);
- sur les *atteintes aux convictions religieuses* de l'autre conjoint, on consultera spécialement : Rigaux (2).
- *vexations de divers ordres* (3);
- *propos ou actes calomnieux* (4).

II. Caractères généraux des causes de divorce

Pour qu'un fait matériel devienne une cause de divorce, il faut qu'il soit grave, injurieux, imputable au conjoint, et postérieur, en principe, au mariage.

1. La *gravité* du fait est laissée à l'appréciation du juge du fond, mais quant à l'adultère et l'entretien de concubine la gravité est péremptoire en ce sens seulement que ces faits sont *légalement* de graves transgressions d'une obligation fondamentale du mariage.

2. Le *caractère injurieux* du fait doit être vérifié, même quant à l'adultère et l'entretien de concubine (cf. *supra*).

Il disparaîtra par exemple :
- quand l'adultère a été provoqué de connivence avec l'époux qui s'en empare ensuite (5);
- quand les injures verbales et le comportement agressif d'un conjoint s'expliquent par l'attitude de l'autre qui a baffoué le premier et l'a plongé, par ses agissements, dans un état dépressif (6);
- quand l'écoulement d'un très long délai (21 ans) depuis la constatation du grief permet de douter de la persistance de son caractère outrageant et de penser qu'il y a eu réconciliation (7);

(1) Civ. Liège, 10 mars 1965, *J. Liège*, 1964-1965, 238; — *adde* : Civ. Anvers, 1 mars 1971, *R.W.*, 1970-1971, 1578.

(2) *O.c.*, n° 2003 et s.; — Nerson, *Rev. trim. dr. civ.*, 1969, p. 552; — Jean Carbonnier, note sous Nîmes, 10 juin 1967, *in D-S* 1969, p. 336; — aussi, quant à l'abus dans les pratiques religieuses : Paris, 12 janv. 1972, *D-S* 1972, J., 217 avec la note

(3) Bruxelles, 7 juin 1968, *déjà cité*, et Cass. fr., 6 févr. 1972, *D-S* 1972, p. 379.

(4) Cf. Vieujean, *o.c.*, p. 578-579, avec les références.

(5) Cf. *supra* et spécialement l'arrêt Cass., 29 mars 1973.

(6) Angers, 22 févr. 1973, *D-S* 1973, sommaire p. 70.

(7) Civ. Bruxelles, 5 juin 1964, *Pas.*, 1964, III, 27.

- quand une longue séparation sans espoir de rapprochement, émaillée de signes de désaffection, donne à certains actes (publication d'annonces matrimoniales) un caractère de simples légèretés qui ne sont pas ces « souffrances morales volontaires tellement intenses qu'elles rendent toute vie commune insupportable » (1).

On l'a vu, le caractère injurieux de la faute peut être atténué, voire supprimé, par l'attitude de celui qui s'en prétend la victime (2). Mais cette excuse, tirée du comportement de l'autre, ne peut être confondue avec la « compensation des torts » dont je reparlerai et qui est rejetée par notre jurisprudence.

3. *L'imputabilité* du fait suppose que l'auteur de la faute ait eu ou dû avoir conscience de sa faute au moment où il la commettait (3).

4. Seuls, en principe, les *faits postérieurs* au mariage sont des causes de divorce.

Mais on connaît l'exception à la règle : un fait antérieur peut être retenu s'il a été volontairement dissimulé et s'il constitue un vice fondamental de nature à compromettre l'établissement ou le maintien de la vie commune (4).

Aussi en est-il de la dissimulation de :

- l'impuissance du mari qu'il ne pouvait ignorer en se mariant (cf. *supra*) ;
- la procréation d'un enfant avant le mariage (5) ;
- l'existence d'une maladie vénérienne ou contagieuse, non guérie (6).

---

(1) Bruxelles, 29 juin 1967, *inédit — déjà cité.*

(2) Cfr. Cass. Fr., 31 janvier 1973, *D-S.* 1974, J., 3.

(3) A ne pas confrondre avec la capacité d'agir en divorce, comme demandeur ou défendeur — cf. à ce sujet, RIGAUX, *o.c.*, n° 1957 et 2032 et s.; — VIEUJEAN, *o.c.*, p. 589. Quant à l'application concrète du principe : voyez Bruxelles, 26 févr. 1955, *J.T.*, 1955, 331 et 25 mai 1965, *Pas.*, 1966, II, 134.

(4) Bruxelles, 19 déc. 1972, *J.T.*, 1973, 124.

(5) Bruxelles, 10 oct. 1963, *Pas.*, 1964, II, 268.

(6) Civ. Hasselt, 26 oct. 1960, *J. Liège*, 1961-1962, 99; — Civ. Dinant, 15 mai 1957, *J. Liège*, 1957-1958, 22; — cf. aussi Cass. Fr., 1 mars 1972, *D-S* 1972, p. 439; — Sur les limites à apporter à cette solution : cf. RIGAUX, *o.c.*, n° 2014 à 2016.

III. Extinction des causes de divorce

Les causes de divorce peuvent s'éteindre par la réconciliation, c'est-à-dire le pardon accepté. Elles ne sont point atteintes, par contre, par l'écoulement du temps (imprescriptibilité de l'action en divorce) ou par la compensation des torts.

A. La réconciliation

Suivant l'article 1248 du Code judiciaire, qui a abrogé l'article 272 du Code civil, « l'action en divorce est éteinte par la réconciliation des époux, soit dépuis les faits qui auraient pu autoriser cette action, soit depuis la demande en divorce ».

La réconciliation peut donc affecter les griefs *avant* l'introduction de la demande : comme M. Rigaux (1), je préfère donc parler de l'extinction des *griefs* que de celle, seulement, *de l'action.*

La réconciliation est un contrat par lequel l'offensé octroie un pardon que le coupable accepte en manifestant sa volonté de ne pas retomber dans les erreurs antérieures (2). Ce contrat suppose un élément matériel — la reprise ou la continuation de la cohabitation — et un élément moral — le pardon des offenses.

La reprise de la cohabitation ou sa poursuite ne peut donc, à elle seule, fonder la réconciliation alors qu'elle peut n'être qu'une façade motivée par la crainte que le mari impose à sa femme (3), par le souci d'organiser un temps d'épreuve, ou simplement par l'intérêt des enfants (4). A fortiori, une cohabitation de quelques jours, même après un constat d'adultère n'est pas de nature à éteindre le grief, faute du double élément intentionnel relevé dans la définition (5).

Si le conjoint „coupable" retombe dans ses erreurs, la convention de réconciliation pourra-t-elle s'en trouver résolue (art. 1184 C.C.) avec remise des choses en leur pristin état, c'est-à-dire en faisant renaître les griefs antérieurs ? Assurément, mais à certaines conditions, que la jurisprudence récente rappelle :

- une cause nouvelle survenue ou découverte après réconciliation ne peut être prise en considération et permettre de se prévaloir des anciennes causes de divorce que si elle constitue des excès, sévices

(1) *O.c.*, n° 2018.
(2) Cass., 14 mai 1954, *Pas.*, 1954, I, 785; — Cass., 23 avril 1971, *Pas.*, 1971, I, 755.
(3) Trib. Gde Inst. Paris, 17 janv. 1969, *D-S* 1969, S, 61.
(4) Trib. Gde Inst. Paris, 16 juin 1968, *D-S* 1969, 14.
(5) Cass., 25 sept. 1964, *Pas.*, 1965, I, 85 et Cass., 20 févr. 1964, *Pas.*, 1964, I, 656.

ou injures graves ayant un caractère sérieux sans qu'ils doivent néanmoins suffir à eux seuls à justifier l'action en divorce (1);

- lorsque la demande en divorce est fondée sur des griefs antérieurs à une réconciliation et sur des griefs postérieurs, le juge peut ordonner une enquête portant sur l'ensemble des griefs, sous la réserve d'apprécier ensuite, selon que les faits postérieurs seront ou non établis, s'il y a lieu de retenir ou de rejeter les faits antérieurs (2).

B. La prescription de l'action en divorce

Il est admis que l'action en divorce — action d'état par excellence — est *imprescriptible* : l'arrêt de la Cour de Cassation du 8 janv. 1960 (3), qui s'oppose à une doctrine fixée en sens contraire (4), le dit expressément.

Mais, même s'il est ainsi permis à l'un des conjoints de se fonder sur un jugement condamnant l'autre du chef d'adultère plus de 30 ans avant le dépôt de la requête en divorce (5), il est également permis au juge du fond de déduire de cette inaction soit que le fait n'est pas ou plus outrageant, soit qu'il pourrait être éteint par la réconciliation (6).

C. La compensation des torts

Il est admis que des torts réciproques ne se compensent pas, même s'ils autorisent que soient formées deux demandes distinctes en divorce (7).

Mais il ne faut pas confondre la non-compensation des torts avec l'excuse tirée de la provocation du comportement de l'époux qui se prétend injurié (8). M. Rigaux a bien mis en lumière la différence en soulignant que le fait du conjoint qui atténue ou supprime la gravité de l'injure doit être antérieur ou concomitant à la faute de l'autre « tandis que si l'on admettait la compensation des torts, le comportement culpeux d'un conjoint éteindrait les griefs fondés sur un fait antérieur à la cause qui les a éteints » (9).

---

(1) Bruxelles, 16 nov. 1966, *Pas.*, 1968, II, 163; — *R.P.D.B.*, *o.c.*, n° 281 à 283; — aussi Cass. Fr., 17 déc. 1969, *D-S*, 1970, p. 188, avec la note.

(2) Bruxelles, 22 mai 1969, *Pas.*, 1969, II, 204 et *J.T.*, 1969, 422; — Voyez encore, sur l'ensemble de la question : Vieujean, *o.c.*, p. 589 et s. et Bruxelles, 27 juin 1972, *J.T.*, 1972, 732.

(3) *Pas.*, 1960, I, 509.

(4) De Page, T. Ier, n° 376; — Rigaux, *o.c.*, n° 2029 à 2031 avec les références.

(5) Cass., 8 janv. 1960, *précité*.

(6) Cf. Civ. Bruxelles, 5 juin 1964, *Pas.*, 1967, III, 27, *déjà cité*.

(7) Bruxelles, 25 janv. 1963, *J.T.*, 1963, p. 240.

(8) Cass., 27 janv. 1949, *Pas.*, 1949, I, 82.

(9) *O.c.*, n° 2027.

Section II
LA PROCÉDURE EN DIVORCE

I. Généralités

1. Il convient, d'entrée de jeu, de rappeler ici que la loi du 10 octobre 1967 qui a instauré le Code judiciaire, a abrogé toutes les dispositions de procédure qui, au titre du divorce, se trouvaient inscrites dans le Code civil, mettant fin ainsi à une anomalie historique mais en en créant une autre : en effet, c'est dans le Code judiciaire que l'on trouve aujourd'hui, par ex., la matière de la réconciliation, celle de l'administration provisoire de la personne et des biens des enfants, celle des effets du divorce, quant aux biens et entre époux, etc... toutes choses qui auraient pu demeurer déposées dans le Code civil (1).

Quoi qu'il en soit, tout — et même plus — ce qui concerne l'action en divorce pour cause déterminée est fixé aux articles 1254 à 1286 du *Code judiciaire.*

2. Rien n'est changé aux principes qui gouvernent la compétence territoriale, laquelle n'est évidemment pas d'ordre public et doit être soulevée avant toute autre exception ou défense (2) : le tribunal de première instance compétent est toujours celui de la dernière résidence conjugale *ou* du domicile du défendeur.

Mais c'est l'article 628 1° du Code judiciaire qui le dit et plus l'article 234 C.Civ. (3).

II. La procédure au fond

A. La phase préliminaire

1. *La requête*

a) Elle doit être présentée par le demandeur en personne (art. 1254, al. 2, C.J.) sauf :

- s'il est malade, auquel cas le juge se rend chez lui;
- s'il réside à l'étranger, auquel cas, elle peut être remise par un mandataire spécial (avocat, nanti d'une procuration sous seing privé) (art. 1259 C.J.).

(1) Sur la juste critique de cette méthode, cf. Rigaux, *o.c.*, n° 1921 et s.

(2) Civ. Tournai, 16 oct. 1967, *Pas.*, 1968, III, 137, confirmé en degré d'appel.

(3) Consultez encore : Sur la notion de « résidence conjugale » au sens de ces textes : cf. Liège, 18 nov. 1970, *J. Liège*, 1970-1971, p. 106; — Sur la capacité des parties à plaider en divorce, comme demandeur ou défendeur : cf. Rigaux, *o.c.*, n° 2032 et s.; — Vieujean, *o.c.*, p. 589, n° 54; — Poitevin : Chronique, *J.T.*, 1969, p. 345 sq. n° 14; — Sur la « cause » de la demande en divorce de la femme et de celle du mari, et sur la notion de litispendance en l'occurrence : cf. Cass., 4 mai 1972, *Pas.*, 1972, I, 807, avec les concl. du Procureur général Ganshof van der Meersch.

b) Elle doit être très précise quant à l'identité de tous les enfants mineurs non mariés ou émancipés, communs ou adoptés (art. 1254, al. 1, C.J.).

c) Elle doit détailler les griefs invoqués comme cause de divorce.

On a longtemps soutenu que, pour cette raison, le contenu de la requête lie les débâts ultérieurs, sauf la possibilité de mettre des faits nouveaux « en rapport avec un ou plusieurs des faits détaillés dans la requête » (1).

Il y a quelques années, la Cour d'Appel de Bruxelles est allée beaucoup plus loin : elle a admis, en effet, que le demandeur puisse invoquer des faits postérieurs au dépôt de la requête, *même s'ils n'ont pas été visés dans celle-ci* (ex. adultère et entretien de concubine). La justification de cette jurisprudence est qu'il serait inéquitable d'imposer à la partie demanderesse une nouvelle procédure lorsque le défendeur peut, même en degré d'appel, intenter une action reconventionnelle basée sur des faits postérieurs à la requête et cela sans devoir recourir à la procédure de conciliation préparatoire (2).

Par contre, la même Cour d'Appel souligne l'obligation, imposée par l'article 1254 C.J., de détailler à suffisance les faits de la requête puisqu'on lit dans un arrêt du 6 juin 1972 (3) que la loi donne un caractère impératif à l'obligation de détailler les faits invoqués, de manière à permettre au juge conciliateur d'exercer utilement sa mission (art. 1256 et 1258 C.J.), avec cette conséquence que « l'exigence de la loi n'apparaît pas satisfaite a posteriori par la faculté de compléter ou de préciser devant le juge du fond les griefs articulés à l'appui de la demande ».

d) Le Code judiciaire n'impose pas la qualification légale des griefs invoqués.

Il est donc permis de la modifier en cours d'instance, le demandeur étant maître de la qualification (4).

---

(1) Cass., 10 mai 1963, *Pas.*, 1963, I, 967.

(2) Bruxelles, 23 juin 1966, *Pas.*, 1967, II, 114; *J.T.*, p. 705, obs.; — Bruxelles, 6 janv. 1968, *J.T.*, 1968, 170; *Pas.*, 1968, II, 137; — comp. Bruxelles, 27 mars 1965, *Pas.*, 1965, II, 98. Dans le même sens : Civ. Charleroi, 20 juin 1966, *J.T.*, 1966, p. 565 (cas de l'adultère non visé dans la requête). — Mais contra : Civ. Bruxelles, 11 févr. 1966, *J.T.*, 1966, 428.

(3) *J.T.*, 1972, 713 avec la note G. Hiernaux.

(4) Cass., 4 mars 1954, *Pas.*, 1954, I, 575 et Civ. Bruxelles, 3 mars 1971, *J.T.*, 1971, 309. — En sens contraire, mais à tort : Liège, 2 avril 1968 *précité*; Civ. Marche-en-Famenne, 9 déc. 1967, *J. Liège*, 1967-1968, p. 129.

e) La requête doit, à peine de nullité de l'acte et de toute la procédure subséquente, être rédigée dans la langue de la région où réside la partie défenderesse (1). La requête constitue, en effet, en général l'acte introductif d'instance (2), et notamment au sens de l'article 4 de la loi du 15 juin 1935.

Lorsque le défendeur réside à l'étranger et n'a pas de domicile connu en Belgique, l'action au fond ou en référé introduite devant le tribunal de Bruxelles peut l'être dans l'une ou l'autre langue (3).

2. *La comparution en conciliation* (art. 1257 et 1258 C.J.)

a) Une innovation importante reprise par le Code judiciaire dans la loi du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse : si les deux parties comparaissent, le magistrat conciliateur peut acter leur accord sur les mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens des *enfants mineurs* dont l'identité a dû être déposée dans la requête (art. 1258, al. 3, C.J.) (4).

b) La date de ce procès-verbal est très importante en ce qu'elle constitue :

1) légalement, le point de départ de l'impossibilité morale de cohabiter en matière de désaveu par simple déclaration (art. 313, al. 2, C.C.) et de légitimation des enfants « adultérins techniques » ;

2) en vertu d'une jurisprudence bien établie, le même point de départ en matière de remariage de la femme divorcée (extension analogique de l'art. 228, al. 4, C.C.).

3. *La fixation du délai de suspension du permis de citer*

a) Le délai est toujours, en principe, de six mois qui courent à compter du dépôt de la requête (art. 1260 C.J.).

b) Mais le délai peut être réduit à un minimum de deux mois « dans les circonstances graves et exceptionnelles ». Ces circonstances, suivant une pratique prétorienne, qui paraît bien ancrée à Bruxelles, pourraient même être invoquées à l'appui d'une requête qui viendrait après une première fixation du délai (5).

(1) Bruxelles, 24 juin 1968, *J.T.*, 1968, 473.
(2) Bruxelles, 27 janv. 1965, *J.T.*, 1966, 239.
(3) Civ. Bruxelles, Réf., 27 juin 1968, *J.T.*, 1968, 730.
(4) Sur le caractère exécutoire de pareil accord : VIEUJEAN, *o.c.*, p. 606.
(5) Cf. p. ex. Civ. Bruxelles, 18 juill. 1969, *inédit*, e/c. G....

c) La citation donnée avant l'expiration du délai est nulle (art. 710 C.J.) et la partie qui s'en prévaut n'a pas à justifier de l'atteinte à ses intérêts (art. 862 § I, 1° C.J.). Le juge doit prononcer la nullité d'office (art. 862 § 2, C.J.). Mais si elle ne la pas été, la nullité de la procédure ultérieure peut se couvrir dans les conditions de l'article 864, al. 1, C.J.

B. La phase contentieuse

Sous réserve de quelques dérogations et de l'intervention du ministère public, l'article 1261, al. I, C.J. soumet la cause, à partir de l'assignation, aux formes ordinaires des procédures.

Je serai donc assez bref, sauf à rappeler, à partir de la jurisprudence la plus récente, que :

1. *Le « sursis à statuer »* (art. 1271 et 1272 C.J.) :

- est laissé à l'appréciation du juge qui imposera aux époux une année d'épreuve *encore que* les faits soient établis;
- et s'il existe des raisons sérieuses d'espérer qu'au cours de cette période les époux se réconcilieront (1).

2. *La demande reconventionnelle :*

- peut être formée par simple acte de conclusions (art. 1268 C.J.), qui ne doit point nécessairement être signifié (2);
- n'est point considérée comme une demande nouvelle (art. 1268, C.J., al. 2 — loi du 24 juin 1970 — art. 30).

Ainsi, les reconventions en divorce sont-elles aujourd'hui, comme hier, recevables en appel, quelle que soit la nature qu'on leur découvre (3).

Mais la recevabilité de la demande reconventionnelle, en degré d'appel, est évidemment liée à la recevabilité de l'appel lui-même (4).

---

(1) Cass., 25 nov. 1966, *Pas.*, 1967, I, 395, avec la note; — Cass., 10 nov. 1967, *Pas.*, 1968, I, 342.

(2) Civ. Anvers, 27 févr. 1964, *R.W.*, 1964-1965, 1161, et Bruxelles, 19 oct. 1964, *Pas.*, 1965, II, 241 — cf. aussi art. 1268, 746 et 809 C.J.

(3) Cf. quant à cette discussion : Vieujean, *o.c.*, p. 594; — Stryckmans, *La reconvention, en degré d'appel, en matière de divorce*, *J.T.*, 1962, p. 505 et s.; — Delnoy, note sous Cass., 5 déc. 1963, *R.C.J.B.*, 1967, p. 63 à 84 — *adde* : Bruxelles, 10 mai 1972, *J.T.*, 1973, 99.

(4) Bruxelles, 4 oct. 1971, *Pas.*, 1972, II, 3.

- peut, dans certains cas, lorsqu'elle est formée pour la première fois en appel, être renvoyée devant le premier juge (1);
- peut tendre à l'admission de la séparation de corps seulement, alors que la demande principale tend au divorce (2); mais l'inverse n'est pas vrai (3).

3. *Les faits donnant lieu à poursuite pénale :*

- entraînent la suspension de l'action en divorce jusqu'à décision définitive sur l'action répressive (art. 1255 C.J.) ...
- ... même si les faits donnant lieu à poursuites (adultère ou entretien de concubine) sont invoqués comme injures graves (4).

4. La loi organise un système facultatif de protection en cas de *défaut de la partie défenderesse* (art. 1262 et 1265 C.J. — cf. aussi art. 1263).

5. *L'exécution provisoire* peut être ordonnée par la Cour, si elle n'a été décrétée, relativement aux décisions interlocutoires ou incidentelles, seuls les jugements définitifs accordant le divorce ne pouvant être déclarés exécutoires (5).

6. *L'appel :*

a) doit être dénoncé, dans les 8 jours de sa date, par exploit d'huissier, au greffe du tribunal qui a *autorisé* le divorce (art. 1273 C.J.); cette formalité essentielle concerne *tous* les jugements qui admettent le divorce, même après conversion d'une séparation de corps (6), mais point ceux qui le refusent ou ceux qui ne sont attaqués par l'appel que quant à leurs dispositions accessoires (statut des enfants, pensions, etc.) (7).

---

(1) Bruxelles, 18 juin 1965, *Pas.*, 1966, II, 177; — sur les limites de cette possibilité, en regard de l'art. 1068 C.J. : cf. Bruxelles, 10 mai 1972, *précité.*

(2) Civ. Bruxelles, 24 juin 1967, *Pas.*, 1968, III, 91 — art. 1307 C.J. modifié par la loi du 24 juin 1970.

(3) Cf. RIGAUX, *o.c.*, n° 2067 et 2071.

(4) Art. 231 C.C. — cf. Civ. Nivelles, 7 juin 1966, *Rec. Niv.*, 1965-66, 158; — Comp. Civ. Bruxelles, 11 févr. 1966, *Pas.*, 1967, III, 6.

(5) Art. 1401, C.J. — Bruxelles, 30 avril 1964, *Pas.*, 1965, II, 140 et 21 juin 1965, *Pas.*, 1966, II, 183, qui appliquent l'art. 458 C. Pr. Civ.

(6) Cass., 30 sept. 1971, *Pas.*, 1972, I, 108.

(7) Quant à cette dernière restriction : Bruxelles, 17 mars 1966, *J.T.*, 340; — Liège, 21 avril 1970, *J. Liège*, 1969-1970, p. 259 et Bruxelles, 8 juin 1971, *Pas.*, 1971, II, 301.

L'omission de la formalité entraîne la déchéance radicale de l'appel et dispense la Cour d'examiner le fond de l'affaire (1), que l'appel ait été formé par exploit d'huissier ou par requête (2).

b) s'il est téméraire et dilatoire, peut entraîner condamnation à des dommages et intérêts (3).

7. *L'opposition* requiert également la formalité de la dénonciation au greffier (art. 1266, al. 2, C.J.) et l'omission de celle-ci est pareillement sanctionnée (4).

8. *Le pourvoi et le délai de pourvoi* en Cassation sont suspensifs (art. 1274 C.J.) (5)

9. *L'acquiescement :*

- n'est pas concevable dans une matière qui, comme le divorce, intéresse l'état des personnes et, partant, l'ordre public (6);
- même s'il s'agit d'une décision de débouté (7).

Cette dernière solution est assurément contestable (8).

10. *Le désistement :*

- est admissible, depuis la mise en vigueur du Code judiciaire, s'il porte sur l'appel dirigé contre un jugement autorisant le divorce, car l'article 823, alinéa 2 du C.J. proclame que le *désistement d'instance* est admis « *en toutes matières* » (9);
- reste évidemment valable s'il s'agit d'un *désistement d'action* en divorce, puisque ce désistement loin de porter atteinte à la stabilité du mariage éteint les griefs (cf. *supra* 9/ *in fine*).

---

(1) Cass., 30 sept. 1971, *précité*; — Bruxelles, 10 nov. 1970, *Pas.*, 1971, II, 65.

(2) Bruxelles, 7ème ch., 3 oct. 1972, *inédit* e/c K... C/A... et 5 juin 1973, *J.T.*, 1974, 9; — *Adde* : Bruxelles, 24 nov. 1972, *Pas.*, 1973, II, 57.

(3) Bruxelles, 30 nov. 1963, *Pas.*, 1964, II, 305 et 26 févr. 1964, *Pas.*, 1965, II, 86.

(4) Bruxelles, 10 janv. 1970, *Pas.*, 1970, II, 76; — cf. aussi Civ. Huy, 12 avril 1965, *J. Liège*, 1964-1965, p. 266 et Civ. Tournai, 10 mars 1969, *Pas.*, 1969, III, 87.

(5) Civ. Bruxelles, J. des saisies, 26 févr. 1970, *J.T.*, 1970, 346; — comp. Civ. (Réf.) Bruxelles, 6 juin 1972, *J.T.*, 1972, 677 avec la note Vlieghe-Casman.

(6) Bruxelles, 24 juin 1965, *Pas.*, 1965, II, 216 et 4 nov. 1966, *J.T.*, 1967, 47.

(7) Civ. Nivelles, 20 janv. 1970, *J. Niv.*, 1971, p. 9.

(8) Cf. contra : Hayoit de Termicourt, concl. précédant Cass., 12 janv. 1956, *Pas.*, 1956, I, 454 et cet arrêt lui-même. — *Adde* : RIGAUX, *o.c.*, n° 2023, 2094 et s., et HORSMANS et VAN COMPERNOLLE, *L'acquiescement et le désistement en matière de divorce et de séparation de corps*, *J.T.*, 1964, p. 457 sq, et notamment p. 458, II, A, 2.

(9) Liège, 5 févr. 1970, *J.T.*, 1970, 379.

C. La phase de la transcription

a) Quant à la technique de cette phase de la procédure : voyez les articles 1275 à 1277 C.J. (1)

b) Il est rappelé :

- que seul l'époux qui a obtenu le divorce peut en requérir transcription (art. 1275 C.J.) et *doit* le faire, à peine de déchéance du bénéfice du jugement (art. 1277) dans les *deux mois* où la décision autorisant le divorce est passée en force de chose jugée (art. 1276 C.J.);
- que, par contre, rien ne s'oppose à ce que le jugement soit signifié à la requête de l'époux coupable qui peut ainsi précipiter le moment où le jugement deviendra définitif et, partant, celui de la transcription (2);
- que l'époux qui a laissé expirer le délai de deux mois sans transcrire peut être relevé de la déchéance, s'il prouve qu'il n'a jamais entendu renoncer à son action et qu'il a été empêché de faire transcrire par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, tenant, par exemple, à la faute professionnelle d'un tiers — avocat, huissier (3);
- que l'officier de l'État civil compétent est celui du lieu du mariage et si celui-ci n'a pas été célébré en Belgique, celui de Bruxelles-1er district.

L'officier de l'État civil a un mois pour transcrire (art. 1275 C.J.).

III. Les mesures provisoires

L'article 1280 du Code judiciaire (art. 268 C.C.) donne au président, statuant en référé, le droit de connaître, en tout état de cause, des mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens, tant des parties que des enfants.

Ce texte essentiel suscite de nombreuses réflexions et opinions que l'on doit grouper.

---

(1) Sur la possibilité d'être relevé de la déchéance : cfr. Bruxelles, 5 juin 1973, *J.T.*, 1974, 213 et Civ. Bruxelles, 4 févr. 1972, *Pas.*, 1973, III, 15.

(2) Bruxelles, 29 avril 1964, *J.T.*, 1964, 635; — id., 27 févr. 1967, *Pas.*, 1967, II, 229 et surtout Cass., 8 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, 858, qui rejette le pourvoi contre l'arrêt du 27 févr. 1967.

(3) Civ. Anvers, 3 mai 1966, *R.W.*, 1966-1967, 147; — Civ. Bruxelles, 19 mars 1969, *J.T.*, 1969, p. 463; — Civ. Bruxelles, 25 juin 1970, *Pas.*, 1970, III, 96; — comp. Bruxelles, 29 mars 1966, *Pas.*, 1967, II, 57 qui exige la preuve d'un cas de force majeure; — sur la portée de cet arrêt et celle des autres décisions citées : cf. Vieujean, *o.c.*, p. 612, n° 59.

A. Généralités

1. La compétence présidentielle est assurément prépondérante, mais on se demande si, depuis la mise en vigueur du Code judiciaire, elle exclut celle du tribunal alors que, sous le droit antérieur, celle-ci était formellement admise (1).

Rigaux (2) et Vieujean (3) ne le pensent pas en invoquant, notamment, le silence, quant à ce, des travaux préparatoires du Code judiciaire ainsi que le texte de l'article 1271 de ce code. Mais les opinions contraires ne manquent pas (voyez sur l'ensemble de cette discussion l'analyse de Vieujean) (4).

2. La compétence présidentielle existe, évidemment, même en dehors de toute urgence (5) ou de circonstances nouvelles (6).

3. La compétence présidentielle est indépendante de la validité de la procédure en divorce dont le tribunal est saisi (7).

4. La présence du ministère public est requise en référé, chaque fois que le débat porte sur des mesures provisoires relatives aux enfants de parents plaidant en divorce (8).

5. Jusqu'à l'assignation au fond, l'action en référé est une action distincte de l'action au fond. Elle suit sa propre loi linguistique, régie par l'article 4 de la loi du 15 juin 1935 (9).

6. Les ordannances de référé sont toujours appelables (art. 1039 C.J.) et le délai est *d'un mois*, conformément au droit commun, tant pour l'appel que pour l'opposition (le délai spécial de 8 jours prévu par l'alinéa 3 de l'art. 1039 C.J. a été supprimé, par l'abrogation de cette partie du texte, en vertu de la loi du 24 juin 1970).

---

(1) Cass., 20 mars 1953, *Pas.*, 1953, I, 551; — Cass., 24 sept. 1965, *Pas.*, 1966, I, 112, obs., et Bruxelles, 12 nov. 1960, *J.T.*, 1961, p. 66; — *adde* : Delva et Baert, *o.c.*, p. 405.

(2) *O.c.*, n° 2109.

(3) *O.c.*, p. 648, C et s.

(4) *O.c.*, *ibid*, spécialement p. 651, n° 64, *in fine*.

(5) Liège, 20 juin 1967, *J. Liège*, 1967-1968, 106.

(6) Bruxelles, 10 avril 1973, *J.T.*, 1974, 117.

(7) Cass., 14 nov. 1969, *J.T.*, 1970, p. 135; *Pas.*, 1970, I, 236; — Bruxelles, 22 mai 1970, *Pas.*, 1971, II, 8 : nullité de la procédure de conciliation.

(8) Cass., 13 dec. 1968, *J.T.*, 1969, 85 et la note.

(9) Civ. Bruxelles, *Réf.*, 27 juin 1968, *J.T.*, 1968, p. 730.

B. LIMITES — DANS LE TEMPS — DE LA COMPÉTENCE PRÉSIDENTIELLE

La compétence du juge des mesures provisoires naît et meurt (1) avec l'action en divorce elle-même.

Mais cette formule simple rend mal — tant s'en faut — toutes les nuances de la question.

1. Le Président peut être saisi dès le dépôt de la requête, et la circonstance que les mesures provisoires pourraient être réglées, d'un commun accord, lors de la comparution en conciliation (procès-verbal de l'art. 1288 C.J.) est inopérante puisque le président peut être saisi « en tout état de cause » (2).

2. Le terme normal de la compétence présidentielle est la transcription du jugement ou de l'arrêt dans les registres de l'état-civil, ou le rejet définitif de la demande (3).

3. Mais qu'arrive-t-il lorsque le divorce est transcrit sur une demande principale, par exemple, la demande reconventionnelle demeurent pendante ?

La question paraissait clairement résolue par les célèbres arrêts de la Cour de Cassation du 30 avril 1964, en cause Jalon et Alloin (4), en ce sens que, suivant cette jurisprudence :

- la compétence présidentielle se trouvait *prorogée* chaque fois que les mesures provisoires sollicitées reposent sur des droits et obligations non affectés par le divorce (garde des enfants, droit de visite, pensions pour les enfants);
- elle se trouvait au contraire *éteinte* chaque fois que la mesure sollicitée se fondait sur des droits ou obligations auxquels le divorce avait nécessairement mis fin (art. 212 C.C. d'où pension alimentaire pour l'un des conjoints; provision ad litem) (5).

Vint la loi du 8 avril 1965 qui, en modifiant l'article 302 du Code civil et en conférant au tribunal de la jeunesse tout le contentieux relatif aux enfants après divorce allait remettre en question ce bel équilibre. La prorogation de la compétence présidentielle après trans-

(1) Cfr. pour un cas d'application intéressant : Civ. Bruxelles, 26 févr. 1970, *Pas.*, 1970, III, 48.

(2) Civ. Bruxelles, *Réf.*, 27 janv. 1967, *J.T.*, 1968, p. 68.

(3) Cass., 30 avril 1964, *Pas.*, 1964, I, 928 e.c. Alloin c/ Giraudon; et Cass., 8 janv. 1968, *Pas.*, 1968, I, 581.

(4) *Pas.*, 1964, I, 928.

(5) Sur la portée de ces arrêts : cf. RIGAUX, note *R.C.J.B.*, 1965, p. 288 et s., et J. J. BOELS, note *J.T.*, 1964, 421.

cription d'une des deux demandes en divorce, pouvait-elle encore se concevoir ? La question est vivement controversée en jurisprudence et en doctrine. On trouvera un excellent résumé des thèses qui s'affrontent sous la plume du professeur Vieujean (1) qui, comme la Cour d'Appel de Bruxelles (2), se prononce en faveur de la prorogation de compétence pour des motifs auxquels je me rallie (3).

C. Quant aux mesures provisoires elles-mêmes

1. *Fixation des résidences*

Il est actuellement admis, d'une manière constante en jurisprudence, que, quant au droit de demeurer dans la résidence conjugale, les époux sont placés sur un pied de stricte égalité, et qu'aucun traitement préférentiel au profit du mari ne saurait se justifier (4). Mais il sera tenu compte de la propriété de l'immeuble (5) ou, encore, de l'intérêt des enfants et de la profession éventuellement exercée dans les lieux par un des conjoints (6).

On connaît la double sanction du non-respect de la résidence assignée par justice : suppression ou révision de la provision alimentaire et irrecevabilité des poursuites ultérieures (art. 1281 C.J.). Mais il faut que le non-respect de la décision présidentielle procède d'une volonté de s'opposer à celle-ci ou de celle de se soustraire à la surveillance de l'autre époux (7).

2. *Pension alimentaire entre époux*

Les principes de base qui gouvernent l'économie de cette pension, fondée sur l'article 212 du Code civil, sont connus. Mais il est bon de souligner quelques-uns de leurs aspects, heureusement précisés en jurisprudence.

---

(1) *O.c.*, *R.C.J.B.*, 1970, p. 595 à 598.

(2) Arrêt du 27 mai 1968, *J.T.*, 1969, 86.

(3) *Contra*, notamment : Jeun. Bruxelles, 21 avril 1969, *J.T.*, 1969, 442; — Kebers, *Les dispositions de droit civil relatives aux mineurs*, *Ann. Droit*, 1966, p. 85 à 126, spécialement p. 105 — voyez aussi Gand, 4 janv. 1968, *J.T.*, 1968, 292.

(4) Bruxelles, 4 déc. 1967, *J.T.*, 1968, 62; — Civ. Mons, Réf., 24 nov. 1970, *J.T.*, 1971, 649.

(5) Bruxelles, 4 déc. 1967, *précité*.

(6) Réf. Civ. Mons, 24 nov. 1970, *précité*.

(7) Bruxelles, 2 mars 1971, *J.T.*, 1971, p. 291 ; — Voyez aussi l'art. 1281 *C.J.* qui parle de « raisons valables ».

a) La pension est liée aux besoins du crédirentier, mais *cette notion de besoin* est relative et doit tenir compte de la situation sociale du créancier pendant la vie commune sans qu'il faille, par contre, avoir égard aux torts de ce dernier (1).

b) Il n'y a pas lieu, pour évaluer la pension provisoire, de prendre en considération *l'activité rémunérée occasionnelle* que l'épouse a été contrainte d'exercer en raison des circonstances, alors qu'avant la séparation elle ne travaillait pas et n'avait pas de ressources propres (2).

c) Peuvent, par contre, entrer en compte, dans l'ensemble des ressources d'un mari-débirentier, *l'aide bénévole* apportée à celui-ci par ses *parents*, sans que cette prise en considération puisse être regardée comme une condamnation indirecte des beaux-parents à servir une pension alimentaire à leur belle-fille (même arrêt du 22 déc. 1971).

d) Si le juge des référés ne peut accorder une pension provisoire que pour la durée normale de la procédure en divorce (3), rien ne lui interdit, cependant, d'accorder le bénéfice de la condamnation à partir d'une *date antérieure à l'assignation* en référé, lorsque le mari a cessé deux mois avant celle-ci et sans motif légitime de verser la pension payée depuis deux ans en exécution d'un règlement amiable (4).

e) L'article 1280, *al.* 5, *C.J.*, fidèle à la loi du 30 avril 1958, autorise le juge des référés à user des pouvoirs que l'article 218 C.C. donne au juge de paix. Les présidents de nos tribunaux en font un large usage en autorisant que la pension due soit garantie par la modalité de *la délégation de revenus ou sommes* (5).

f) Dans son arrêt précité du 12 juin 1970, la Cour d'Appel de Bruxelles rappelle qu'il appartient au juge d'appel, comme au premier juge, de tenir compte, à la demande d'une des parties, de *l'évolution, jusqu'au moment où il statue, des situations respectives* des parties depuis l'acte introductif d'instance (art. 218 et 219 C.C.).

g) La Cour d'Appel de Bruxelles, en relevant, dans son arrêt du 27 octobre 1970 (6), que la pension provisoire ayant un caractère non

(1) Cass., 5 déc. 1969, *Pas.*, 1970, I, 314, avec les références.

(2) Liège, 22 déc. 1971, *Pas.*, 1972, II, 52 et 9 janv. 1974, *J.T.*, 1974, p. 335.

(3) Civ. Mons, Réf., 9 sept. 1969, *J.T.*, 1970, 15.

(4) Bruxelles, 17 mars 1967, *Pas.*, 1967, II, 245.

(5) Cf. par ex. Bruxelles, 12 juin 1970, *Pas.*, 1971, II, 17; — Civ. Bruxelles, Réf, 11 mars 1966, J.T., 1966, 356 et 27 janv. 1969, J.T., 1969, 300; — Civ. Bruges, Réf, 22 janv. 1969, *R.W.*, 1969-1969, 1472; — Sur les problèmes de compétence qui peuvent se poser entre le juge de paix et celui des référés : cfr. Cass., 14 sept. 1973, *R.W.*, 1973-1974, 653.

(6) *Pas.*, 1971, II, 50.

définitif et toujours adaptable, refuse de la rattacher *à l'indice des prix de détail du Royaume*. Cette jurisprudence est formellement démentie par la pratique quotidienne, du moins pour ce qui est de la juridiction des référés à Bruxelles.

h) Il est fréquent, notamment à Bruxelles, que le juge des référés assortisse son ordonnance de la sanction de la *suspension de ses effets* si l'assignation au fond n'est pas donnée dans tel délai (généralement dans le mois qui suit l'expiration du délai de suspension du permis de citer). La Cour de Bruxelles précise que cette sanction n'est ni l'anéantissement de l'ordonnance ni celui du droit à la pension. Il ne s'agit que d'une condition qui, si elle ne se réalise pas, prive l'ordonnance de tous effet jusqu'à la citation seulement (1), avec cette conséquence que dès que celle-ci est donnée, l'ordonnance retrouve ses effets (2).

Également classique est la question de la *répétition éventuelle des pensions* lorsque le crédirentier échoue dans sa demande ou perd le divorce de son côté. Les principes sont aujourd'hui bien fixés :

- celui qui paye une pension alimentaire provisoire jusqu'à la transcription, acquitte une dette personnelle légale, née du mariage (art. 212, C.C.) qu'il ne peut donc, en principe, répéter. L'obligation de secours échappe à l'effet rétroactif du divorce ;
- mais, en régime de communauté, les pensions payées peuvent s'imputer *sur les revenus* des biens propres de la femme et de sa part dans la communauté, tous revenus auxquels la femme a droit depuis le jour de la requête (art. 1278, al. 2 C.J.) mais jamais sur le capital (3).

Fiscalement, enfin, le statut de la pension provisoire entre époux est parfaitement pur : il s'agit de l'exécution d'une obligation alimentaire légale (art. 71 § I, 3° C.I.R.). La pension est donc déductible des revenus globalisés du débirentier et elle est, corrélativement, taxable dans le chef du crédirentier (cf. art. 71 § Ier, 3° et 67, 3°, C.I.R.).

3. *La provision ad litem*

Elle n'a d'autre but que de réaliser une avance faite par l'un des époux à l'autre, pour lui permettre de diligenter la procédure.

(1) 21 mars 1967, *Pas.*, 1967, II, 250, avec les conclusions du Ministère public.

(2) Quant aux autres sanctions de certains procédés dilatoires : voyez VIEUJEAN, *o.c.* p. 604 et 605.

(3) Dans ce sens : cf. Gand, 24 déc. 1964, *Pas.*, 1966, II, 35 ; — Civ. Liège, 26 févr. 1964, *J. Liège*, 1964-1965, 123 ; — Civ. Bruxelles, 16 avril 1973, *R. Not. B.*, 1973, p. 523.

Fondée sur l'article 212 du Code civil, elle est indépendante du régime matrimonial et son allocation est donc liée aux ressources de celui des époux qui la réclame (1) et aux possibilités du débirentier (2).

Le droit à la provision ad litem, lié à l'article 212 C.C., s'éteint à la transcription du divorce (3). Mais l'époux qui ne peut poursuivre la procédure grâce à ses ressources, peut être autorisé à prélever provisionnellement un certain montant sur des fonds bloqués à un compte bancaire commun (20 000 F) (4).

4. *Administration et entretien des enfants — Droit de visite*

Il faut ici, d'emblée, attirer l'attention sur l'importance considérable qui s'attache aux décisions présidentielles prises dans ce domaine, puisqu'aussi bien :

- les décisions relatives à l'administration de la personne et des biens des enfants, et au droit de visite, vont avoir effet *après* divorce, jusqu'à décision autre ou contraire prise par le tribunal de la jeunesse. Tel est le système de l'article 303, al. 1 et 3 ;
- les décisions qui fixent la contribution provisoire alimentaire à l'entretien et l'éducation des enfants (art. 203 C.C.) ont également effet après divorce jusqu'à décision autre ou contraire prise par le juge compétent. Tel est le système, fondé sur l'article 302 C.C., instauré par la Cour de Cassation depuis son arrêt du 28 juin 1971 (5).

Autrement dit, à tous égards, ce qui est jugé au provisoire devient définitif, après divorce, jusqu'à nouvelle décision de la juridiction compétente.

Cela étant souligné, il faut encore appeler l'attention sur les aspects suivants de cette partie essentielle du contentieux dévolu au juge des mesures provisoires.

(1) Paris, 10 janv. 1969, *D-S*, 1969, p. 264; — *Sem. Jurid.*, 1969, J, 15.804 avec la note J.A.

(2) Nancy, 27 févr. 1969, *D-S*, 1969, S, 101. — Sur la nature juridique de cette provision : voyez aussi les observations de R. Nerson, *Rev. trim. dr. civ.*, 1968, p. 697.

(3) Civ. Liège, Réf., 6 oct. 1967, *J. Liège*, 1967-1968, 143.

(4) Cass., 30 avril 1964 e.c. Alloin, *précité*.

(5) *Pas.*, 1971, I, 1064 avec la note.

a) Administration (garde)

- En vertu de l'article 267 du Code civil, antérieur à la loi du 8 avril 1965, « la famille » — entendez le conseil de famille mais non les parents individuellement — était recevable à faire régler judiciairement l'administration provisoire des enfants. Aujourd'hui, suivant l'article 1279 du C.J., issu de la loi sur la protection de la jeunesse, l'enfant a pour seuls protecteurs : son père, sa mère, et le ministère public (1).
- Ce dernier, par les pouvoirs d'information qu'il a sur la situation morale et matérielle des enfants (2), peut puissamment éclairer le juge des référés sur l'intérêt fondamental de l'enfant (art. 1280 C.J. — cf. aussi art. 872, C.J.). Cet intérêt peut conduire le président du tribunal à tenir compte de l'inconduite ou de faits *graves* commis par un des parents (3), ou à confier l'enfant à des tiers (4). Mais néanmoins, en principe, la décision présidentielle n'est pas subordonnée aux griefs articulés par les parties dans le cadre de l'action en divorce (5).
- L'époux investi de l'administration provisoire de l'enfant dispose d'un droit préférentiel, par exemple, dans le choix de l'établissement scolaire que fréquentera l'enfant, le contrôle judiciaire ne jouant qu'en cas d'abus ou de faute (6).

b) Droit de visite

Ce droit, qui est un démembrement de l'administration de la personne, touche à l'ordre public et ne peut, dès lors, faire l'objet d'une renonciation conventionnelle valable (7).

La réglementation provisoire perdure après divorce, avec cette conséquence — j'y reviendrai — que le juge du fond est incompétent pour statuer sur le droit de visite ; il ne peut que *constater* l'existence d'un régime qui résulte de la combinaison de l'article 302 C.C. et de l'ordonnance rendue en référé (8).

(1) Civ. Bruxelles, Réf., 29 juin 1967, *J.T.*, 1968, 96; — aussi, quant à l'intervention des grands-parents : Civ. Liège, Réf., 5 mai 1970, *J. Liège*, 1970-1971, p. 68.

(2) Quant aux limites des pouvoirs d'investigation présidentiels : cfr. Bruxelles, 11 sept. 1973, *J.T.*, 1974, p. 85.

(3) Bruxelles, 27 mai 1968, *J.T.*, 1969, p. 86; — Civ. Liège, Réf., 5 mai 1970, *précité*.

(4) Civ. Bruxelles, Réf., 29 juin 1967, *précité*.

(5) Bruxelles, 12 sept. 1972, *J.T.*, 1973, 97.

(6) Bruxelles, 9 juin 1967, *J.T.*, 1967, p. 609 et 31 oct. 1972, *Pas.*, 1973, II, 44.

(7) Trib. Gr. Inst. Riom, 27 sept. 1967, *D-S*, 743, et note.

(8) Bruxelles, 29 juin 1970, *J.T.*, 1970, p. 511 et 26 janv. et 9 mars 1971, *Pas.*, 1971, II, 127.

c) Contribution alimentaire

Elle ne cesse pas, ipso facto, à la majorité mais seulement quand l'éducation est achevée, quand l'enfant, compte tenu de son orientation professionnelle et du milieu social, est apte à gagner normalement sa vie. Par conséquent, la mère est fondée, dans le cadre des mesures provisoires de l'instance en divorce, à réclamer à son conjoint sa part contributoire dans cette obligation, sans qu'il y ait lieu de porter un jugement sur le comportement du fils envers son père (1).

Fiscalement, les pensions payées pour l'entretien des enfants pendant l'instance ont longtemps été considérées comme de pures pensions alimentaires, déductibles dans le chef du débirentier et taxables dans celui de chaque crédirentier considéré *individuellement* (2). Lorsque vint l'arrêt Pichault rendu par la Cour de Cassation, le 17 février 1970 (3) qui refuse d'assimiler l'obligation d'entretien et d'éducation de l'article 203 du C.C. à la pure obligation alimentaire légale dont parlent les articles 71 § 1, 3° C.I.R. D'où pas de taxation, mais pas de déductibilité.

L'administration fiscale en fut la première surprise puisque, en attendant les résultats de l'étude globale à laquelle elle se livre, elle continue à admettre le système antérieur, sauf si l'un des intéressés demande expressément le bénéfice de l'arrêt Pichault (4). Celui-ci a été rendu dans l'hypothèse d'époux *séparés de fait*. Il n'empêche qu'il a, à mon sens, une portée tout à fait générale, car il est bien évident que la nature fondamentale de l'obligation d'entretenir et d'éduquer les enfants ne varie pas suivant la situation des parents, qu'ils vivent ensemble, soient en instance de divorce ou même divorcés (art. 303 C.C.).

Le régime de l'arrêt Pichault me paraît donc applicable aussi aux pensions payées au profit des enfants après divorce. Cette solution est critiquable mais elle est (5).

5. *Conservation des biens*

Il faut rappeler que :

a) Le président statuant en référé peut prendre toutes les mesures d'interdiction protectrices qu'autorise l'article 221 C.C. (6).

(1) Bruxelles, 30 mars 1971, *J.T.*, 1971, 572.

(2) Dép., 1 juin 1966, *Bull. Contr.*, 1966, p. 911.

(3) *Pas.*, 1970, I, 541.

(4) Dép., 11 déc. 1970, *Bull. Contr.*, 1971, p. 228.

(5) Dans ce sens, cfr. TROISFONTAINES, P., *J.T.*, 1973, p. 577, plus spécialement, p. 580, 2e col.

(6) Solution constante : cfr. RIGAUX, *o.c.*, n° 2106; — VIEUJEAN, *o.c.*, p. 610-611.

Cette solution a reçu, mais en partie seulement, une consécration légale sous la forme de la loi du 11 décembre 1973 (Mon. 25.1.1974) qui a complété l'article 1280 du C.J. en permettant au juge des référés de prendre, pour ce qui est des immeubles, les mesures prévues aux articles 221 § 3, al. 3, 4 et 5, 222, 223 et 225 C.C. L'article 224 relatif aux meubles et créances n'est donc pas visé par cette loi nouvelle...

b) L'inventaire est de la compétence du seul notaire, lequel, conformément à l'article 1178 C.J. est désigné par le juge de paix, à défaut d'accord (1).

c) La femme commune en biens peut, par application de l'article 1180 C.C., exercer tous actes conservatoires de ses droits et, notamment, faire opposition sur toutes sommes dues par un tiers à son mari, sans que cette mesure constitue une saisie-arrêt, ni au fond ni dans la forme (2).

d) *Chaque* époux (comp. art. 270 C.C.), pour autant qu'il soit commun en biens, même partiellement, trouve désormais dans l'article 1282 du C.J. le droit de faire apposer les scellés sur les effets mobiliers de la communauté, à compter du dépôt de la requête (P.V. art. 1257, C.J.).

Section III
LA PREUVE DES GRIEFS

Nous examinerons successivement les aspects les plus intéressants et nouveaux de la preuve par écrits, par témoins et, enfin, par d'autres voies, notamment l'aveu.

I. Preuve par écrit

1. La preuve des griefs allégués en matière de divorce, par la production de la correspondance adressée à/ou par un époux, a continué à alimenter une intéressante jurisprudence que l'on peut tenter de résumer comme suit.

- Sous la réserve de ce qu'exige le secret professionnel, les lettres adressées par un tiers à l'un des conjoints peut constituer la preuve suffisante de relations gravement injurieuses, autorisant même le divorce « de plano » (3);

(1) Civ. Bruges, Réf., 22 janv. 1969, *R.W.*, 1968-1969, 1472.
(2) Civ. Bruxelles, 30 juin 1967, *Pas.*, 1968, III, 42.
(3) Bruxelles, 25 avril 1968, *Rev. dr. fam.*, 1970, p. 89.

- de même, peuvent faire preuve les lettres adressées par un des époux à un tiers, nonobstant le caractère confidentiel qui s'y attache... (1);
- ... mais pour autant, dans les deux cas, que le conjoint qui fait état de la correspondance se la soit procurée par des moyens licites (2) et que le secret professionnel ne soit point en cause;
- ... étant entendu que c'est à la partie qui s'oppose à la production des lettres à démontrer la détention illicite de celles-ci par le conjoint (3);
- en fait, la seule illicéité retenue est celle qui procède d'un délit pénal (4), la notion de vol pouvant même être écartée au motif que l'époux qui s'empare des lettres en prend seulement photocopie pour les restituer ensuite (5);
- les photocopies de lettres, surtout si leur exactitude est corroborée par un constat d'huissier, peuvent constituer la preuve suffisante d'un fait constituant une cause de divorce et cela au titre de présomption (6).

Il faut ajouter que le fondement juridique de cette jurisprudence est le droit, pour chaque conjoint, de contrôler si les obligations nées du mariage, et singulièrement le devoir mutuel de fidélité, sont respectées, et, en cas de manquement, de s'en réserver la preuve (7).

2. Par contre, la preuve des griefs ne peut en rien se déduire des constatations ou déclarations consignées dans un *rapport d'enquête sociale ou familiale* ordonnée par le Parquet (8).

3. La preuve peut se faire, par contre, par la production des *dossiers répressifs* constitués, pour autant que le prescrit de l'article 1255 C.J. soit respecté (9).

---

(1) Bruxelles, 26 juin 1972, *Pas.*, 1973, II, 11, avec la note.

(2) Même arrêt; — *adde* : Bruxelles, 25 nov. 1970, *Pas.*, 1971, II, 73 et Cass. Fr., 7 oct. 1971, *D.S.*, 1971, 704.

(3) Bruxelles, 26 juin 1972, *précité*; — Civ. Bruxelles, 4 mars 1966, *Pas.*, 1968, III, 101; — VIEUJEAN, *o.c.*, p. 588.

(4) Civ. Bruxelles, 8 sept. 1967, *Pas.*, 1968, III, 44.

(5) Civ. Bruxelles, 4 mars 1966, *précité*.

(6) Civ. Bruxelles, 8 sept. 1967, *précité* — décision confirmée par la Cour; — *adde*. en France : note *Sem. Jur.*, 1969, J. 15922.

(7) Bruxelles, 25 nov. 1970, *précité*.

(8) Bruxelles, 13 nov. 1967, *J.T.*, 1968, p. 439 — réformant Civ. Bruxelles, 13 déc. 1966, *J.T.*, 1967, p. 143; — Civ. Bruxelles, 24 juin 1967, *Pas.*, 1968, III, 25; cf. aussi Bruxelles, 19 juin 1967, *Pas.*, 1968, II, 37; — VIEUJEAN, *o.c.*, p. 586.

(9) Cf. cependant, en cas de poursuites pour abandon de famille suivies d'une remise « sine die » : Civ. Bruxelles, 11 févr. 1966, *Pas.*, 1967, III, 6.

Il est également permis de tenir compte d'un constat d'hôtel établi en France suivant les règles de procédure en usage dans ce pays (1).

4. L'amnestie n'empêche pas d'invoquer les griefs qui résultent de la condamnation ainsi effacée (2).

5. Le tribunal qui autorise le divorce sur la fois de présomptions tirées d'un dossier répressif n'est pas tenu de « préciser la nature du mode de preuve sur lequel il fonde sa décision » dès lors qu'il n'en est pas formellement requis par les conclusions (3).

II. Preuve par témoins

1. L'enquête, en matière de divorce, répond, en principe, aux *règles de droit commun* de l'enquête, fixées par le Code judiciaire (art. 915 et s.); ce qui signifie, notamment, qu'il n'y a plus de causes légales de reproches mais seulement un pouvoir d'appréciation du juge sur un ensemble de circonstances personnelles au témoin, de nature à influencer sa déposition (art. 937 C.J.).

2. Mais, assurément, l'interdiction faite aux *descendants* de témoigner au cours du divorce de leurs parents est maintenue (art. 931, al. 2 C.J.).

Néanmoins, la Cour de Cassation, par son arrêt du 30 avril 1970 (4), a introduit une exception assez remarquable à cette interdiction, puisque l'arrêt admet que la prohibition ne saurait être étendue

- aux lettres adressées à l'un des époux par les enfants, par lesquelles ceux-ci ce plaignaient de faits *dont il auraient été victimes, et*
- aux déclarations de tiers qui auraient reccueilli leurs propos à ce sujet.

La Cour de Cassation de France paraît bien s'en tenir à une position plus stricte en rejetant *toute* déposition relatant les propos des enfants relatifs aux griefs allégués (5).

(1) Civ. Bruxelles, 24 févr. 1971, *Rev. dr. fam.*, 1971, 46.

(2) Cass. Fr., 12 janv. 1972, *D-S*, 1972, S, p. 90.

(3) Cass., 10 nov. 1967, *Pas.*, 1968, I, 341.

(4) *Pas.*, 1970, I, 745 avec les concl. de l'Avocat-général Dumont; *J.T.*, 1970, p. 474.

(5) Arrêt du 29 janv. 1969, *D-S*, 1969, p. 295 avec la note — sur la portée de cet arrêt, voyez la note à la *Pasicrisie*, 1970, I, 746, sub 3.

3. L'interdiction s'étend-elle aux *gendres et aux brus* ?
La question est discutée en jurisprudence (1).

4. Quid du témoignage des *domestiques* ?
L'article 246 C.C. l'admettait expressément, par exception à la règle générale du Code de procédure civile. Le Code judiciaire, dans sa logique de la théorie nouvelle des reproches (cf. art. 937, 4°) n'en parle plus dans l'article 931 C.J. qui est réputé avoir pris la place de l'ancien article 246 C.C. Le domestique peut donc incontestablement déposer, sous réserve d'être interpellé sur le contrat qui le lie à l'une des parties.
Mais il y a un autre élément à retenir : l'article 16, alinéa 3, de la loi du 26 avril 1970 oblige le travailleur domestique à garder le secret sur toute affaire confidentielle ou personnelle dont il aurait connaissance dans l'exécution de son service ! N'y a-t-il pas là, au titre de secret professionnel, un motif légitime de ne pas prêter serment ou déposer, au sens de l'article 929 C.J. ? La question est posée (2).

5. Le témoignage des *détectives* est généralement écarté, sauf dans la mesure où il serait confirmé par d'autres témoins, parfaitement indépendants, ceux-là.
Mais, le juge du fond se montrera circonspect à l'égard des témoignages de personnes qui ont agi à la demande d'un détective privé, « non seulement parce que les relations des témoins avec le détective ne garantissent pas une totale indépendance, mais surtout parce que, sollicités d'observer dans un sens déterminé, ils sont enclins à interpréter les faits dans le même sens » (3).

6. *L'enquête « ad futurum »* ordonnée par le juge des référés est admissible en matière de divorce, à titre exceptionnel, lorsqu'il y a danger de dépérissement des preuves. L'ordonnance qui l'admet ne préjuge en rien de la décision au fond (4).

---

(1) En faveur de la prohibition : Liège, 21 avril 1970, *J.T.*, 1970, p. 360; — Bruxelles, 16 déc. 1964, *Pas.*, 1965, II, 289. — *contra* : Bruxelles, 17 juin 1967, *Pas.*, 1968, II, 36; — id., 7 févr. 1958, *Pas.*, 1958, II, 71; — Civ. Arlon, 30 juin 1956, *J. Liège*, 1956-1957, p. 14; — Civ. Liège, 26 janv. 1961, *J. Liège*, 1960-1961, p. 155; — Civ. Marche en-Famenne, 8 nov. 1969, *J. Liège*, 1969-1970, p. 86; — *Adde* : De Page, T. 1er, 3e éd., n° 919, p. 1027, note I.

(2) Dans le sens de l'affirmative : cf. Respentino, *J.T.*, 1970, 539.

(3) Bruxelles, 25 nov. 1964, *Pas.*, 1965, II, 261.

(4) Civ. Bruxelles, Réf., 18 avril 1968, *J.T.*, 1968, 366.

7. *Le délai de* 30 *jours de l'article* 921, al 3 du Code judiciaire, en vue de la tenue de l'enquête contraire, n'est pas prévu à peine de déchéance (1).

Mais le juge du fond peut déduire de l'abstention délibérée d'une partie de faire procéder à la contre-enquête, que cette partie est restée en défaut de prouver le caractère non-injurieux des faits établis par l'enquête directe (2).

III. Preuve par aveu et autres voies de droit

1. On enseigne traditionnellement que l'aveu n'est pas un mode de preuve admissible en matière de divorce, parce qu'on doute de la bonne foi qui l'anime, que l'on redoute la collusion, les parties ne pouvant disposer de leur état (3).

Mais il faut nuancer : l'aveu-judiciaire ou extrajudiciaire peut être retenu comme *un des éléments* de preuve dont l'ensemble établit les griefs (4).

Ce qui est interdit — mais sans plus — c'est de retenir l'aveu comme *preuve absolue* (art. 1356, al. 2 C.C.), ce qui n'interdit pas cependant de s'en remettre *exclusivement* à lui (5). Dès lors, si les circonstances de la cause excluent « toute possibilité de collusion » le divorce peut être admis « de plano » sur base des aveux recueillis (6).

2. La preuve des griefs, notamment de l'adultère, peut être rapportée par des *présomptions*, pour autant qu'elles soient graves, précises et concordantes (7).

---

(1) Civ. Liège, 14 déc. 1972, *J.T.*, 1973, p. 114; la jurisprudence de la 9ème ch. du tribunal de Bruxelles est dans le même sens — cfr. Poitevin, *J.T.*, 1973, p. 152.

(2) Cass., 13 nov. 1969, *Pas.*, 1970, I, 233. — Sur la notion de contre-enquête, voyez encore Cass., 11 avril 1969, *Pas.*, 1969, I, 699. — Quant à la notion de « certificat relatif aux faits du procès », cause de reproche dans le Code de procédure civile (cf. aujourd'hui art. 937, 3°) consultez : Cass., 7 févr. 1969, *Pas.*, 1969, I, 520; — Cass., 21 déc. 1967, *Pas.*, 1968, I, 553 et Bruxelles, 1 avril 1965, *Pas.*, 1966, II, 102. — Sur l'impossibilité pour le juge d'ordonner d'office une enquête en matière de divorce ou l'audition d'un médecin lié par le secret professionnel, voyez respectivement : Liège, 16 déc. 1969, *J. Liège*, 1969-1970, p. 138 et Cass. Fr., 1 mars 1972, *D-S*, 1972, 439.

(3) Rigaux, *o.c.*, n° 2099 et s.

(4) Cass., 4 déc. 1964, *Pas.*, 1965, I, 341.

(5) Sur cette interprétation, voyez Vieujean, *o.c.*, p. 585.

(6) Sur le principe et ses applications : cf. Liège, 23 nov. 1965, *J.T.*, 1966, 445; — Civ. Nivelles, 7 juin 1966, *Rec. Niv.*, 1965-1966, 158; — *adde* : Cass. Fr., 7 janv. 1971, *D-S*, 1971, S, 97 et 7 juill. 1971, *D-S*, 1971, S, 222 avec la note : — Cacheux, *L'aveu en matière de divorce*, *Gaz. Pal.*, 1970, chr, 186.

(7) Bruxelles, 3 nov. 1970, *Pas.*, 1971, II, 57.

3. Des attitudes injurieuses peuvent être prouvées par des *photographies*, singulièrement lorsque leur authenticité est certifiée par exploit d'huissier (1).

4. La preuve d'une impuissance dissimulée ne peut être faite par une *expertise* médicale lorsque le mari n'y consent pas. L'inviolabilité de la personne humaine s'oppose à ce que cette mesure d'instruction soit ordonnée d'office. Mais le grief peut être établi par témoins (2).

SECTION IV
LES EFFETS DU DIVORCE

Il faut rappeler, liminairement :

- que, sauf exception, les effets du divorce *quant à la personne* des époux et des enfants se produisent à compter de la *transcription* (art. 1278, al. 1, C.J.);
- que, par contre, les effets *quant aux biens* mais *entre époux* seulement, se produisent rétroactivement au jour de la demande, c'est-à-dire de la *requête* (art. 1278, al. 2, C.J.);
- que, toutefois, les effets *quant aux biens* mais à l'égard des *tiers*, sont soumis au principe général de l'article 1278, al. 1, C.J. : ils se produisent à compter de la transcription.

I. EFFETS QUANT A LA PERSONNE DES ÉPOUX

1. L'épouse divorcée pour cause déterminée ne peut contracter un *nouveau mariage* que plus de 300 jours à compter de la transcription. Mais ce délai peut être réduit ou supprimé en cas d'impossibilité morale de cohabiter liée à l'existence d'une procédure en divorce (art. 228, al. 4 C.C.).

Le point de départ du délai de 300 jours est, en pareil cas, l'ordonnance du juge des référés assignant à l'épouse une résidence séparée. A défaut de pareille ordonnance, la jurisprudence admet que le délai soit compté à partir du procès-verbal de non-conciliation prévu par l'article 1258 C.J. (3).

(1) Civ. Bruxelles, 23 juin 1968, *Rev. dr. fam.*, 1971, p. 43; — POITEVIN, *o.c.*, 1969, n° 38 bis.

(2) Cf. sur l'ensemble de cette question : Civ. Tongres, 26 juin 1964, *Pas.*, 1966, III, 134; — Civ. Bruxelles, 24 janv. 1964, *Pas.*, 1965, III, 2 et 25 juin 1964, *Pas.*, 1965, III, 101; — VIEUJEAN, *o.c.*, p. 587.

(3) Jurisprudence aujourd'hui unanime des trois Cours d'appel; — RIGAUX, *o.c.*, n° 931.

2. La sanction que l'article 298 du Code civil imposait à l'époux coupable d'adultère — interdiction de remariage avec le complice pendant 3 ans — a été supprimée par la loi du 15 mai 1972 qui a abrogé ledit article 298.

II. Effets quant aux enfants

A. Quant a la personne

1. Le système instauré par l'article 302 C.C. peut être aisément résumé :

1ère règle (art. 302, al. 1 C.C.)

Les enfants restent confiés à celui des parents à qui ils furent confiés pendant l'instance,

- soit par une décision du juge des référés,
- soit par un accord des époux lors de la comparution en conciliation ;

2ème règle (art. 302, al. 2 C.C.)

Les enfants ne sont confiés à l'époux innocent *que* si leur administration n'a pas été réglée pendant l'instance, de l'une des deux manières indiquées ci-dessus ;

3ème règle (art. 302, al. 3 C.C.)

Le tribunal de la jeunesse a toujours le pouvoir de modifier le régime légal ci-dessus, « pour le plus grand avantage des enfants ».

2. Il se déduit de la règle de l'article 302, *al.* 1, que si l'administration provisoire a été réglée de l'une des deux manières prévues par la loi, l'administration *définitive* des enfants est *légalement* attribuée à celui des époux à qui elle a été confiée provisoirement (1), même si le divorce est autorisé aux torts de cette partie ou aux torts réciproques des époux (2).

3. En conséquence, le tribunal statuant au fond n'a pas compétence pour *statuer* ni sur l'administration de la personne des enfants ni sur le droit de visite qui en est un démembrement. Il ne peut que se

(1) Cass., 28 juin 1971, *Pas.*, 1971, I, 1064.

(2) Civ. Bruxelles, 13 mai 1967, *Pas.*, 1967, III, 102; — Civ. Mons, 11 sept. 1969, *J.T.*, 1969, 586.

borner à *constater* le régime légalement existant, sans rien pouvoir y ajouter (1).

C'est au tribunal de la jeunesse seul qu'il appartient de modifier ce régime (2).

4. Il se déduit de l'article 302, al. 2 C.C., que l'attribution qu'il prévoit est tenue en suspens lorsque, saisi de demandes réciproques, le tribunal surseoit à statuer sur l'une d'elles et adjuge l'autre (3).

5. Le régime tracé ci-dessus suppose pour son application, que la *requête* en divorce ait été déposée *après* la mise en vigueur de la loi du 8 avril 1965 (4) et, par conséquent, que les mesures provisoires aient pu être prises sous l'emprise de l'article 268 C.C. modifié par l'article 14, 5 de cette loi (5).

6. Statuant sur pied de l'article 302, al. 3, C.C., le tribunal de la jeunesse s'inspire du plus grand intérêt de l'enfant, et sa décision ne constitue pas soit une critique quelconque quant à la façon dont la personne investie de la garde s'est acquittée de sa tâche, soit une sorte de réhabilitation dans le chef de la personne à laquelle il pourrait déférer cette garde pour l'avenir, cette personne étant originairement l'époux coupable (6).

Cette juridiction peut confier, matériellement ou juridiquement, l'enfant à des tiers, par exemple les grands-parents (7).

7. La personne investie de l'administration des enfants réunit en son chef la garde matérielle et juridique. Il dispose de toutes les prérogatives de la puissance paternelle « stricto sensu » (8).

---

(1) Dans ce cas, voyez notamment, Liège, 13 janv. 1971, *J.T.*, 1971, 219; — Civ. Bruxelles, 14 janv. 1967, *J.T.*, 1967, 261; — Civ. Tournai, 29 févr. 1967, *J.T.*, 1967, 370; — Civ. Bruxelles, 1 févr. 1967, *J.T.*, 1967, 331; — VIEUJEAN, *o.c.*, p. 622 et Bruxelles, 22 mai 1973, *J.T.*, 1974, p. 215.

(2) Civ. Bruxelles, 2 mai 1969, *J.T.*, 1969, 624; — Gand, 4 janv. 1968, *J.T.*, 1968, 292; — Bruxelles, 22 mai 1973, *J.T.*, 1974, 215.

(3) VIEUJEAN, *o.c.*, p. 623, qui cite la jurisprudence antérieure et postérieure à la mise en vigueur de la loi du 8 avril 1965, et notamment les arrêts de la Cour de Cassation des 1er avril et 24 septembre 1965.

(4) Bruxelles, 4 janv. 1968, *Pas.*, 1968, II, 133.

(5) Comp. art. 1280 C.J. — Cf. Cass., 19 juin 1969, *Pas.*, 1969, I, 963; *J.T.*., 1969, 677, et Cass., 28 juin 1971, *précité*; — Civ. Bruxelles, 19 juin 1969, *J.T.*, 1969, 677.

(6) Trib. Jeun. Bruxelles, 8 nov. 1967, *J.T.*, 1968, 190; — id., 21 avril 1969, *J.T.*, 1969, 442.

(7) VIEUJEAN, *o.c.*, p. 624-625 et Trib. Jeun. Bruxelles, 21 avril 1969, *précité*.

(8) Education religieuse (Trib. Jeun. Dinant, 30 janv. 1968, *J. Liège*, 1967-1968, 183); choix de l'école (Civ. Bruxelles, 26 mars 1965, *J.T.*, 1965, 388, obs.; et Bruxelles, 29 juin 1967, *J.T.*, 1967, 609; — Jeun. Bruxelles, 1 oct. 1973, *J.T.*, 1973, p. 680); administration du patrimoine de l'enfant (voyez p. ex. Civ. Bruxelles, 18 oct. 1968, *R. P. Not.*, 1969, 25).

Mais ce pouvoir n'a rien d'absolu et le droit de surveillance de l'autre parent demeure très vigoureusement consacré (1).

B. Quant aux biens

1. La loi du 8 avril 1965 a modifié l'article 386 du Code civil : la jouissance légale cesse, après divorce, pour les *deux* conjoints, alors qu'auparavant seul le coupable subissait cette sanction.

2. Le contentieux relatif aux pensions dues pour l'entretien et l'éducation des enfants, sur pied de l'article 303 du C.C., a donné lieu à de vives discussions quant à la compétence matérielle des juridictions appelées à en connaître.

La Cour de Cassation y a mis bon ordre en disposant, par son arrêt du 28 juin 1971 (2) que l'obligation d'entretien de l'article 303 C.C. étant indissociable du statut général de l'enfant créé par l'article 302 C.C., la décision prise au provisoire prolonge ses effets, quant aux pensions alimentaires également, au-delà de la transcription, jusqu'à nouvelle décision du juge compétent (3). Quel est ce juge compétent ? (4) C'est *assurément le juge de paix*, auquel est attribué, en règle, tout le contentieux alimentaire (5) ; et *pas le tribunal de la jeunesse*, dont la compétence exceptionnelle, ne s'étend pas légalement à l'action fondée sur l'article 303 C.C. (6), *sauf* dans la mesure où la demande fondée sur l'article 303 C.C. est *connexe et accessoire* à un débat sur l'administration des enfants dévolu au tribunal de la jeunesse, sur base de l'article 302, al. 3 C.C. (7).

(1) Art. 303 C.C.; — Bruxelles, 29 juin 1967 et Civ. Bruxelles, 26 mars 1965, *précités*; — Trib. Jeun. Liège, 21 oct. 1968, *Pas.*, 1969, III, 57.

(2) *Pas.*, 1971, I, 1064.

(3) Dans ce sens déjà : Civ. Bruxelles, 1 févr. 1967, *J.T.*, 1967, 331; — Civ. Tournai, 20 févr. 1967, *J.T.*, 1967, 370.

(4) Sur l'ensemble de la question, la mercuriale de Monsieur le Procureur général Matthys, *Le Tribunal de la Famille — Essai d'une expérience judiciaire*, *J.T.*, 1974, p. 381 et s., texte et note 41, p. 385, col. 3, avec de très nombreuses références.

(5) Bruxelles, 22 juin 1967, *J.T.*, 1967, 631; — Trib. Jeun. Anvers, 25 mai 1967, *R.W.*, 1967-1968, 689; — Civ. Bruxelles, 9e ch., 29 févr. 1967, *J.T.*, 1968, 240; — J. P. Namur, 3 mai 1968, *J. Liège*, 1969-1970, p. 256; — Civ. Bruxelles, 7 févr. 1967, *Pas.*, 1968, III, 9.

(6) Matthys, J., *o.c.*; Bruxelles, Ch. Jeun., 3 oct. 1968, *J.T.*, 1969, 395; — id., 22 juin 1967, *précité*; — *contra* : Trib. Jeun. Bruxelles, 11 avril 1967, *J.T.*, 1967, p. 116.

(7) Civ. Nivelles, 13 déc. 1967, *J. Niv.*, 1968, 15; — Trib. Jeun. Dinant, 10 juin 1969, *J.T.*, 1969, p. 735, avec de nombreuses références dans le corps de la décision; — Trib. Jeun. Liège, 21 oct. 1968, *Pas.*, 1969, III, 57.

3. La conséquence logique de l'arrêt de la Cour de Cassation du 28 juin 1971 est que le juge du fond du divorce n'aura plus à prononcer de condamnation sur pied de l'article 303 du Code civil, « ni même à faire une constatation à cet égard » (*arrêt précité*). Antérieurement à cette décision, le tribunal de première instance de Bruxelles avait affirmé sa compétence quant à ce point (1).

4. L'obligation d'entretien et d'éducation est d'ordre public et toute convention, en tout ou en partie abdicative, est sans aucun effet sur le pouvoir d'appréciation du juge compétent (2).
C'est le même caractère qui empêche de lier, par une curieuse *exceptio non adimpleti contractus*, le paiement de la pension au respect du droit de visite accordé au débirentier (3).

5. C'est au nom de l'équilibre nécessaire, en matière alimentaire, entre les besoins des enfants, la fortune du père et les ressources de la mère, que le tribunal de Bruxelles, soucieux de sauvegarder cet équilibre, a refusé l'indexation des pensions dues aux enfants (4). Cette décision paraît actuellement isolée.

6. Sur le régime fiscal des pensions payées, après divorce, sur pied de l'article 303 C.C., cfr. *supra* les commentaires sur l'arrêt Pichault au chapitre consacré aux mesures provisoires.

III. Effets, entre époux, quant aux biens

La pension de l'article 301 C.C.

La pension après divorce de l'article 301 C.C. a donné lieu, au cours des dernières années, à une très abondante jurisprudence ainsi qu'à des études de synthèse du plus haut intérêt (5).
La pension de l'article 301 demande, pour la clarté de l'exposé, qu'elle soit considérée sous différents aspects.

(1) 14 janv. 1967, *J.T.*, 1967, p. 261; — *adde* : Civ. Mons, 11 sept 1969, *J.T.*, 1969, 586.
(2) Bruxelles, 10 mars 1968, *J.T.*, 1968, p. 456; — Civ. Bruxelles, 30 mars 1968, *J.T.*, 1968, p. 456.
(3) Civ. Liège, Réf., 8 nov. 1964, *J. Liège*, 1964-1965, p. 110.
(4) 14 mai 1970, *Pas.*, 1971, III, 9.
(5) Parmi celles-ci nous citerons l'examen complet de la question par le professeur Rigaux dans son *Précis* (n° 2234 et suivants) ainsi que celui du professeur Vieujean dans sa note sous Cass., 22 juin 1967, en *R.C.J.B.*, 1969, p. 127 et s.; — *adde* : note M. F. Lampe, sous Civ. Charleroi, 23 décembre 1970, *J.T.*, 1971, 715, et Delva et Baert, *o.c.*, p. 412

1. *Nature de la pension*

Alors que, dans le système consacré autrefois par notre Cour de Cassation, la nature de la pension dont question fut longtemps qualifiée d'essentiellement *indemnitaire* (1), les arrêts actuels de la Cour, au contraire, soulignent que la pension est mixte, à la fois indemnitaire et alimentaire; indemnitaire, dans la mesure où le conjoint innocent doit être dédommagé de la perte de son statut et singulièrement du droit au secours (art. 212 C.C.), alimentaire, dans la mesure où elle tend à assurer à ce conjoint des moyens de subsistance, grâce à des prestations périodiques (2).

La pension est de droit légalement, qu'elle ait été ou non réclamée dans l'assignation en divorce (3).

2. *Evaluation de la pension — critères — moment*

a) C'est *au moment de la transcription* du jugement ou de l'arrêt autorisant le divorce qu'il faut se placer pour apprécier les situations respectives des parties, et, en conséquence, évaluer le montant de la pension. Ainsi en a formellement décidé la Cour de Cassation dans son arrêt du 18 novembre 1965 (4).

Cette décision réalise un assez spectaculaire revirement de la jurisprudence de la Cour, puisque, dans son arrêt du 4 avril 1963 (5), elle admettait encore qu'il fallait se placer « au moment de la décision admettant le divorce » (6).

b) Pour déterminer le montant de la pension, le juge doit tenir compte, notamment, du train de vie des époux pendant la vie commune et de leur situation sociale, des besoins de l'époux innocent et des ressources de l'époux coupable (7).

(1) Cf. p. ex. Cass., 1 déc. 1932, *Pas.*, 1933, I, 37, note P. L.

(2) Dans ce sens : Cass., 22 juin 1967, *Pas.*, 1967, I, 1247; — Cass., 7 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, 848; — Cass., 10 déc. 1971, *Pas.*, 1972, I, 353; — Gand, 24 mars 1972, *R.W.*, 1972-1973, 908; — voyez aussi : R. Hayot de Termicourt, concl. précédant Cass., 30 avril 1964, *Pas.*, 1964, I, 925; — et comp. Cass., 13 janv. 1967, *Pas.*, 1967, I, 571, spécialement p. 575.

(3) Civ. Bruxelles, 9 mai 1970, *R.W.*, 1970-1971, 85.

(4) *Pas.*, 1966, I, 373.

(5) *Pas.*, 1963, I, 853.

(6) Dans le sens de l'arrêt du 18 novembre 1965, cf. : Bruxelles, 8 nov. 1972, *J.T.*, 1972, 748; — Civ. Bruxelles, 20 oct. 1967, *Pas.*, 1968, III, 137; — Civ. Tournai, 5 févr. 1968, *J.T.*, 1968, 239; — Liège, 31 janv. 1973, *J.T.*, 1973, 353.

(7) Cass., 7 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, 848; — Cass., 10 déc. 1971, *Pas.*, 1972, I, 353.

Mais il doit être fait abstraction des ressources que l'époux innocent s'est vu dans l'obligation d'acquérir en raison précisément de la rupture de la vie commune (1).

Partant de ces principes, il faut :

- tenir compte des aléas que présentent les revenus et des évènements qui ont modifié de façon *permanente* lesdits revenus, en plus ou en moins (2);
- par contre, avoir égard aussi aux *revenus moyens* que le débirentier aurait normalement continué à percevoir si un événement *provisoire* et exceptionnel ne s'était pas réalisé, qui a tari ou diminué ses gains au moment à prendre en considération (3);
- avoir égard à l'état de besoin de l'époux créancier *résultant du divorce* et se montrer précis quant aux éléments qui le définissent (4).

Dans cet ordre d'idées, la durée — éventuellement très courte — de la vie conjugale constituera un des éléments d'appréciation du préjudice à réparer (5); de même, en sens inverse, la perte d'un régime matrimonial de séparation de biens avec dispense pour l'épouse de contribuer aux charges du ménage (6).

On sait que l'article 301 fixe un maximum : le tiers des revenus du débiteur. Pour calculer cette limite, le tribunal de Liège a estimé qu'il « faut prendre en considération lesdits revenus antérieurement à toute défalcation, pour quelque motif que ce soit », dût-on dans la détermination même de la rente « tenir compte de la situation matérielle de l'époux coupable, des charges qui lui sont imposées, notamment par décisions judiciaires, éventuellement même des obligations qu'il a contractées antérieurement » (7).

3. *Invariabilité de la pension — indexation*

Du caractère indemnitaire prépondérant de la pension de l'article 301 C.C. et du fait que les situations respectives doivent s'apprécier à un

(1) Comp. Bruxelles, 30 avril 1973, *J.T.*, 1974, 101.

(2) Liège, 18 nov. 1970, *J. Liège*, 1970-1971, p. 201.

(3) Dans ce sens : Cass., 4 avril 1963, *Pas.*, 1963, I, 853; — Liège, 9 nov. 1965, *J. Liège*, 1965-1966, p. 114, et Bruxelles, 3 avril 1962, *Pas.*, 1964, II, 14.

(4) Cf. Cass., 22 sept. 1966, *Pas.*, 1967, I, 80, et Civ. Bruxelles, 26 janv. 1972, *Rev. dr. fam.*, 1972, 18.

(5) Cf. Civ. Bruxelles, 4 nov. 1970, *J.T.*, 1971, p. 184.

(6) Civ. Bruxelles, 20 oct. 1967, *précité*.

(7) Civ. Liège, 9 déc. 1964, *J. Liège*, 1964-1965, 196, cité et non critiqué par VIEUJEAN, *o.c.*, p. 630.

moment bien déterminé — la transcription — il se déduit logiquement que la pension, une fois fixée, est invariable (1).

Il se déduit de ce caractère que la liaison de la pension à l'indice des prix à la consommation, si elle est possible *au moment de son allocation* — l'indexation est alors une modalité de la réparation — est, par contre, impossible *après coup*, puisqu'une telle indexation méconnaît alors l'autorité de la chose jugée, le principe de l'article 1895 du Code civil et le caractère invariable de la pension.

Telle paraît bien être l'opinion actuellement dominante sur cette question, dont l'importance économique est aujourd'hui essentielle (2).

4. *Renonciation et transaction*

Si la pension après divorce était purement alimentaire, toute renonciation ou transaction qui la concernerait serait nulle et de nul effet, à quelque moment qu'elle intervienne, car les aliments sont hors commerce. C'est le système en vigueur en France (3). Mais, s'agissant d'une indemnité — système belge — les renonciations et transactions sont valables si elles interviennent après la naissance du droit, c'est-à-dire après la transcription.

Telle était la solution consacrée lorsqu'intervint le célèbre arrêt de la Cour de Cassation du 22 juin 1967 (4) suivant lequel « une convention entre époux conclue en vue d'un divorce et ayant pour objet la pension prévue par l'article 301 du Code civil, ne peut avoir effet, qu'elle ait ou non exercé une influence sur le déroulement ou l'issue de l'action en divorce ».

Le même arrêt proclame que la pension qui a un caractère à la fois alimentaire et indemnitaire... « *participe du caractère d'ordre public de l'institution du divorce* »... Est-ce, dans le domaine qui nous occupe ici, le triomphe du caractère alimentaire qui l'emporterait sur le

(1) Cass., 27 oct. 1927, *Pas.*, 1927, I, 316; — Cass., 11 mars 1965, *Pas.*, 1965, I, 722; — Gand, 11 févr. 1970, *J.T.*, 1971, p. 278; — Bruxelles, 22 juin 1971, *Pas.*, 1971, II, 332 et 8 nov. 1972, *J.T.*, 1972, 748, et *R.W.*, 1970-1971, 1472.

(2) Dans ce sens, voyez : Bruxelles, 22 sept. 1970, *Pas.*, 1971, II, 43; — Bruxelles, 22 juin 1971, *Pas.*, 1971, II, 332, indexation *ab initio*; — Bruxelles, 8 nov. 1972, *précité*; — Civ. Bruxelles, 9e ch., 17 avril 1970, *J.T.*, 1970, 395; — Civ. Bruxelles, 17 févr. 1971, *J.T.*, 1971, 219; — Civ. Mons, 10 juin 1971, *J.T.*, 1971, 610. — *Contra* : Civ. Bruxelles, 14e ch., 3 avril 1970, *J.T.*, 1970, p. 396, réformé par l'arrêt précité du 22 sept. 1970; — Civ. Tournai, 5 févr. 1968, *J.T.*, 1968, 239; ces décisions considèrent, en substance, qu'indexer n'est pas augmenter mais seulement maintenir à une pension antérieurement fixée son pouvoir d'achat.

(3) Cass., 28 févr. 1949, *D.*, 1949, J., 301 note Ripert.

(4) *Pas.*, 1967, I, 1247; *J.T.*, 1967, 646, note Boels; *R.C.J.B.*, 1969, p. 143-153.

caractère indemnitaire ? Les meilleurs auteurs ne le pensent pas bien que l'arrêt ait le tout d'une décision de principe ; il n'autorise, pensent-ils, qu'une seule conclusion ferme : la pension de l'article 301 ne peut être l'objet d'une convention conclue « *en vue du divorce* », mais cela laisse intacte la possibilité de convenir, sur cet objet, *après* divorce (1). Au demeurant, la jurisprudence de fond postérieure audit arrêt du 22 juin 1967, a maintenu cette possibilité (2).

Je me rallie à cette manière de voir en relevant que, très peu de temps avant l'arrêt dont question, la Cour de Cassation a formellement souligné le caractère *indemnitaire* de la pension de l'article 301 C.C. pour proclamer qu'elle se transmet passivement aux héritiers du débirentier (3). Or c'est le fondement indemnitaire qui légitime les transactions, après divorce, sur la pension de l'article 301.

5. *Transmission successorale de la pension*

Nous venons de voir que malgré son orientation assez récente vers le caractère mixte de la pension, la Cour de Cassation est restée fidèle au caractère essentiellement indemnitaire de celle-ci pour réaffirmer sa transmissibilité *passive* aux héritiers de l'époux coupable (4).

Persone, par contre, n'a jamais songé à défendre la transmissibilité *active* de la pension, ce qui confirme son caractère mixte puisque la solution, ici, ne peut s'expliquer que par la nature *alimentaire* de la pension.

6. *Révocation de la pension*

La pension est révocable « quand elle cesse d'être nécessaire », dit l'article 301 C.C. *in fine* (5).

Il en est ainsi, très généralement mais pas nécessairement, en cas de *remariage* de l'époux créancier, car celui-ci retrouve alors un nouveau débiteur de secours, ce qui met fin à son dommage (6).

---

(1) RIGAUX, *o.c.*, n° 2309 et 2310; — VIEUJEAN, *o.c.*, p. 628-629.

(2) Cf. par ex. : Civ. Bruxelles, 30 mars 1968, *J.T.*, 1968, p. 456.

(3) Arrêt du 13 janv. 1967, Pas., 1967, I, 571.

(4) Cass., 22 oct. 1954, *Pas.*, 1955, I, 153; — Cass., 13 janv. 1967, *précité*.

(5) Sur le sens de cette expression, en général : Gand, 11 févr. 1970, *R.W.*, 1970-1971, 1472.

(6) Bruxelles, 13 avril 1956, *Pas.*, 1957, II, 106; — Bruxelles, 9 mars 1959, *Pas.*, 1960, II, 131; — Gand, 20 nov. 1961, *R.W.*, 1962-1963, 221.

Qu'en est-il par contre en cas de *concubinage* ? Certains considèrent que le concubinage étant contraire aux bonnes mœurs ne peut avoir aucun effet civil, d'autant qu'en l'occurence l'ex-époux innocent ne retrouve pas dans le concubinage la stabilité juridique que donne le mariage, lequel seul engendre le droit au recours (1). D'autres, retenant que le concubinage apporte des ressources nouvelles à l'époux innocent, considèrent que la pension de celui-ci peut-être *supprimée*, à tout le moins *réduite*, le dommage initial étant atténué par l'existence d'un foyer de fait (2). La Cour d'Appel de Bruxelles, faisant siennes les conclusions de cette note, a réformé le jugement précité en rejetant l'idée d'une *réduction* de la pension — qui, en fait, attente à la règle de l'invariabilité — mais a admis qu'elle soit *révoquée* parce que la femme — qui refusait délibérément de se remarier — avait retrouvé dans le concubinage une « situation pécuniaire identique », enlevant toute nécessité au maintien de la pension après divorce (3).

Le juge du fond saisi d'une demande de révocation apprécie souverainement en fait (4) si, par rapport à ce qu'elle était à l'époque de la dissolution du mariage, la situation de l'épouse divorcée s'est *à ce point* améliorée que la pension n'est plus nécessaire pour lui assurer un train de vie comparable à celui dont elle bénéficiait au cours de la vie commune, sans qu'il faille avoir égard aux ressources *actuelles* de l'ex-conjoint (5). La révocation ne joue évidemment pas de plein droit; elle doit être judiciairement sollicitée, la décision antérieure sortant ses effets tant qu'elle n'a pas été modifiée par une décision nouvelle portant suppression de la pension.

Cette décision nouvelle n'a effet qu'à compter de la demande (6).

7. *Action en paiement ou en révocation — compétence*

Toutes les discussions quant à la détermination du juge compétent *ratione materiae* pour allouer la pension de l'article 301 C.C. sont aujourd'hui dépassées par l'arrêt de la Cour de Cassation du 23 septembre 1971 (7). Cet arrêt, en effet, donne à l'article 591, 7° C.J. la très large portée que son texte même appelle en décidant que s'y

(1) Dans ce sens : J. P. Borgerhout, 19 mai 1972, *J.T.*, 1973, 167.

(2) Civ. Charleroi, 23 déc. 1970, *J.T.*, 1971, p. 715, avec la note critique de M. F. Lampe.

(3) Arrêt du 28 nov. 1972, *J.T.*, 1973, 425.

(4) Bruxelles, 28 nov. 1972, *précité*.

(5) Civ. Bruxelles, 10 mars 1967, *Pas.*, 1968, III, 34.

(6) Civ. Bruxelles, 10 mars 1967, *précité*; — Civ. Bruxelles, 10 juin 1967, *Pas.*, 1967, III, 132.

(7) *Pas.*, 1972, I, 81; *J.T.*, 1972, 29.

trouve englobée la pension — d'ailleurs qualifiée d'alimentaire — de l'article 301 C.C. Dès lors, seul le juge de paix est compétent pour allouer la pension. Et rien ne s'oppose à ce qu'il le soit aussi pour la supprimer, puisque le texte parle de « *toutes* contestations relatives aux pensions alimentaires ».

Le tribunal de première instance ne peut donc connaître de ces actions (1), sauf dans la mesure où la demande en paiement est formée en même temps qu'une demande en divorce, de sorte qu'elle se rattache ainsi à elle (art. 591, 7°), et si le défendeur admet l'extension de compétence au profit du tribunal de première instance en ne soulevant pas le moyen avant toute défense au fond (2).

Il résulte implicitement, mais certainement, de cet arrêt que l'article 626 C.J. qui autorise de porter devant le juge du domicile du *demandeur* les demandes relatives aux pensions alimentaires, est applicable à la pension de l'article 301 C.C. puisqu'il y a concordance entre les articles 626 et 591 C.J. et que ce dernier texte englobe maintenant ladite pension.

8. *Pension provisionnelle — Avance*

L'article 301 C.C. est sans application lorsque le divorce est admis aux torts réciproques des conjoints (3).

Mais quid lorsque le lien matrimonial est déjà dissous, par la transcription intervenue sur la demande principale de l'épouse par exemple, la demande reconventionnelle du mari étant toujours pendante ? Trois choses sont certaines : l'ordonnace des référés fixant une pension provisoire cesse d'avoir effet ; l'épouse ne peut plus, ni en référé, ni au fond, réclamer une pension alimentaire dont le fondement serait *l'article 212 C.C.*, car le devoir de secours est éteint puisque le mariage n'existe plus ; elle ne peut davantage obtenir déjà la pension de l'article 301 C.C. puisqu'il n'est pas exclu que le divorce soit, ultérieurement, admis aux torts réciproques des époux.

Que peut-elle faire pour satisfaire à ses besoins immédiats ? Elle peut soit demander que lui soit allouée *à titre provisionnel* une pension sur pied de l'article 301, répétable sur tous les biens de la femme si le divorce aboutit contre elle, soit demander une avance sur les biens qui doivent lui revenir lors de la liquidation du régime matrimonial existant entre parties.

(1) *Contra* : Civ. Bruxelles, 10 juin 1967, *précité*.
(2) Bruxelles, 30 avril 1973, *J.T.*, 1974, 101.
(3) Cass., 5 févr. 1965, *Pas.*, 1965, I, 569.

Tel est le système tracé par les célèbres arrêts de la Cour de Cassation du 30 avril 1964 (1) et plus spécialement par l'arrêt Jalon, l'arrêt Alloin appliquant les mêmes principes pour ce qui est de la provision *ad litem* accordée provisionnellement (2).

A qui peut-elle demander cette pension provisionnelle fondée sur l'article 301 C.C. ? Assurément au juge du fond (3) ; mais aussi au juge des référés, car si celui-ci, le lien conjugal étant rompu, n'a plus en principe « le pouvoir d'ordonner des mesures dont le fondement gît dans l'article 212 C.C. il conserve, en vertu de l'article 268 (1280 C.J.) la connaissance des mesures provisoires relatives à la garde des enfants... *comme de celles qui peuvent être nécessaires en raison de l'action principale ou reconventionnelle subsistante* » (arrêt Alloin précité).

Si parmi ces mesures peut être rangée l'allocation d'une pension *ad litem* provisionnelle, *a fortiori* peut-il en être ainsi d'une pension provisionnelle alimentaire fondée sur l'article 301 C.C. ? Les conclusions de Monsieur le Procureur général Hayoit de Termicourt qui précèdent l'arrêt Jalon consacrent formellement cette solution, puisqu'on y lit que si la décision provisionnelle sera normalement rendue par la juridiction ayant autorisé le divorce et restant saisie de la seconde demande, il n'existe point « d'obstacle légal à ce qu'elle émane du président du tribunal statuant en référé, puisque l'allocation de cette pension provisionnelle a une base légale, à savoir l'article 301 du Code civil » (4).

C'est à bon droit que, pour apprécier le montant de cette pension provisionnelle, le juge tiendra spécialement compte ici des facteurs suivants :

- étendue des *besoins immédiats* de l'époux qui se porte créancier ;
- possibilités offertes par la liquidation du régime matrimonial ;
- possibilités de récupération des pensions qui deviendraient répétables (5).

Il ne faut pas confondre la pension provisionnelle fondée sur l'article 301 C.C., dont il est question dans le cas particulier étudié ici, avec la condamnation provisionnelle qui peut être prononcée avant la

(1) *Pas.*, 1964, I, 922; *J.T.*, 1964, 425, note BOELS.

(2) Dans le sens de l'arrêt Jalon, cf. : Civ. Bruxelles, 2 mai 1969, *J.T.*, 1969, 624; — id., 28 janv. 1970, *J.T.*, 1970, 328; — Civ. Liège, Réf., 26 avril 1966, *J. Liège*, 1965-1966, p. 292.

(3) Cf. p. ex. Civ. Bruxelles, 2 mai 1969, et 28 janv. 1970, *précités*.

(4) *Pas.*, 1964, I, p. 926; — dans ce sens : Civ. Liège, Réf., 1 juin 1971, *Rev. Not.*, 1971, 480; — *contra* : POITEVIN, *J.T.*, 1969, *o.c.*, n° 56.

(5) Civ. Bruxelles, 28 janv. 1970, *J.T.*, 1970, 328.

clôture des opérations de liquidation-partage, c'est-à-dire à un moment où il y a encore incertitude quant à l'étendue des besoins mais plus quant aux torts exclusifs d'un conjoint, ni avec le « secours-avance » que la femme même coupable peut obtenir en sa qualité de copartageante et de créancière éventuelle de son mari (1).

9. *Perspectives d'avenir*

Quant aux projets de modifications de l'article 301 C.C., on consultera utilement Rigaux (2).

10. *Régime fiscal*

Fiscalement, la pension de l'article 301 C.C. est tenue pour une pure pension alimentaire légale : elle est donc déductible d'une part et taxable de l'autre (3).

B. Dommages et intérêts complémentaires

Le principe de l'allocation de dommages et intérêts s'ajoutant à la pension de l'article 301 C.C. est actuellement admis, mais exceptionnellement, en jurisprudence belge (4).

Il va de soi qu'en pareil cas, les ressources du débiteur ne peuvent être prises en considération dans la fixation de l'indemnité réparatrice (5).

C. Autres conséquences quant aux biens

Nous ne rappelerons ici que pour mémoire, parce qu'elles relèvent davantage de l'étude des régimes matrimoniaux :

1) la sanction des *articles* 299 *et* 300 *C.C.* relatifs à la perte des avantages matrimoniaux (6);

2) la *règle de la rétroactivité* des effets du divorce, *quant aux biens et entre époux* (art. 1278, al. 2, C.J.), dont il résulte que les intérêts

(1) Sur ces distinctions : Rigaux, *o.c.*, n° 2264-2268.

(2) *O.c.*, n° 2313 et s.

(3) Troisfontaines, *o.c.*, *J.T.*, 1973, p. 579.

(4) Voyez les références dans Rigaux, *o.c.*, n° 2336; — comp. De Page, *T.I.*, n° 983.

(5) Cf. *mutatis mutandis*, Cass. Fr., 22 mai 1968, *D-S*, 1968, S, 109.

(6) Voyez à ce sujet, en jurisprudence récente : Bruxelles, 27 juin 1972, *Pas.*, 1973, II, 12; — Nerson, observations, *Rev. trim. dr. civ.*, 1969, p. 326; — Cass. Fr., 18 nov. 1968, *D-S*, 1969, p. 151 et la note. — *Adde* : Bruxelles, 25 avril 1972, *R.W.*, 1973-1974, 379.

patrimoniaux des époux sont considérés comme s'étant dissociés au jour de la requête, de telle sorte qu'il ne subsiste plus entre eux que les effets immédiats attachés à leur statut personnel d'époux, à savoir, notamment, le devoir de recours qui échappe à l'effet rétroactif du divorce (1);

3) la règle qui exige que si la femme commune en biens *accepte* la communauté, elle le fasse dans un délai de *trois mois et quarante jours* à compter de la transcription, à défaut de quoi elle est tenue pour *renonçante*. Mais on sait que l'acceptation tacite est admise (2).

CHAPITRE II

LE DIVORCE DE L'ARTICLE 232 DU CODE CIVIL (3)

A. GÉNÉRALITÉS

On sait que l'article 232 du C.C. — qui autorisait le divorce en cas de condamnation de l'un des époux à une peine infamante — a été expressément abrogé par la loi du 15 décembre 1949, article 29 (4). Après une longue attente ce vide vient d'être comblé par *la loi du 1er juillet* 1974, qui rétablit l'article 232 mais avec un texte fondamentalement différent.

Le Sénat avait déjà vôté ce texte le 4 avril 1973 et l'avait ensuite transmis à la Chambre, où les discussions furent beaucoup moins vives et passionnées que devant la haute Assemblée.

Cette loi nouvelle trouve son origine dans une proposition de loi du 13 décembre 1967 qui a connu des vicissitudes diverses (5).

(1) RENAULD, *R.C.J.B.*, 1969, p. 74, nº 19; — Civ. Bruxelles, 6e ch., 16 avril 1973, *J.T.*, 1973, 464; — voyez quant à l'application de la règle en cas de divorce transformé en demande de séparation de corps: Civ. Liège, 17 mai 1968, *Rev. Not.*, 1968, 257; — Civ. Bruxelles, 18 févr. 1972, *J.T.*, 1972, 522.

(2) Cf. sur cette notion : RENAULD, J., *Droit patrimonial de la famille*, *T.I.*, nº 1191 et s.; — Cass., 30 sept. 1965, *Pas.*, 1966, I, 142; — Gand, 7 janv. 1965, *Pas.*, 1966, II, 164; — Liège, 10 avril 1969, *Rev. Not.*, 1970, p. 410; — Civ. Mons, 18 avril 1969, *J.T.*, 1969, 425; — Civ. Liège, 3 déc. 1971, *Rev. Not.*, 1972, 21; — Comp. Bruxelles, 22 juin 1964, *Pas.*, 1965, II, 187, et 6 févr. 1973, *Pas.*, 1973, II, 93.

(3) loi du 1er juillet 1974, modifiant certains articles du C.C. et du C.J. relatifs au divorce — Moniteur du 17 août 1974)

(4) Sur le caractère injurieux de certaines condamnations répressives : RIGAUX, *o.c.*, nº 1999 et s.

(5) Voir sur l'évolution des choses au cours des travaux préparatoires l'article de STIENON, Paul, *J.T.*, 1974, p. 458.

Lorsque, en 1973, le projet vint en discussion devant le Sénat, on y a vu s'opposer deux tendances ; l'une qui voulait faire de la séparation de fait prolongée une cause péremptoire de divorce, abstraction faite de toute question de faute, l'autre qui voulait laisser aux tribunaux un pouvoir d'appréciation, afin de s'assurer que, par suite de la séparation de fait, la désunion des époux était bien devenue irrémédiable.

Deux conceptions différentes se sont également heurtées, au long des travaux préparatoires, au sujet de l'imputabilité du divorce. Pour les uns, il ne faut pas chercher à savoir lequel des époux est en tort, le divorce étant la conséquence d'une situation de fait : la séparation prolongée. Pour d'autres, au contraire, le divorce est toujours imputable à l'un des conjoints : celui qui est responsable de la séparation.

Or, la question de savoir si le divorce pour cause de séparation de fait doit être autorisé *aux torts de l'un des conjoints*, ou s'il faut considérer qu'il s'agit, au contraire, *d'un divorce sans faute*, présente une grande importance du point de vue de ses effets quant à l'attribution de la garde des enfants d'une part, quant aux droits matrimoniaux d'autre part (avantages matrimoniaux — donations entre époux — pension alimentaire après divorce).

Comme l'a écrit judicieusement Rigaux dans un article consacré à la première proposition de 1967 (1), il faut être conscient de la difficulté de procéder au règlement des intérêts matériels des ex-époux sans faire appel à l'idée de *faute*.

Cette difficulté est demeurée permanente pendant tous les travaux préparatoires de la loi, et c'est ce qui explique sans doute le succès des amendements du sénateur Hambye qui tendaient à régler simultanément la question des avantages matrimoniaux, de la pension alimentaire et de la garde des enfants suivant un même critère.

Nous verrons dans les lignes qui suivent, les solutions techniques adoptées à ces trois points de vue (2).

Il est incontestable que, comme le note Paul Stienon (3), les auteurs de la loi ont été guidés par une idée juste : permettre à des époux qui sont devenus étrangers l'un à l'autre de mettre fin à une situation anormale, lorsqu'il est acquis que cette situation ne changera plus. Il est en effet certain qu'après de longues années de séparation le mariage n'est plus une réalité mais un lien purement juridique, et qu'il doit être permis de rompre ce lien en rendant le divorce possible.

---

(1) Divorce-remède et divorce-sanction, *J.T.*, 1968, p. 236.

(2) Cfr. également Documents Sénat, n° 65 du 17 novembre 1970, session de 1970-1971.

(3) *O.c.*, *J.T.*, 1974, p. 459.

Or la difficulté, je le répète, est de tirer les conséquences de ce divorce, notamment sur le plan patrimonial. Ainsi il est certain que de la part de l'époux qui a été abandonné et qui n'a pas voulu la séparation ni sa prolongation, une demande de *pension alimentaire* peut être justifiée s'il est dans le besoin. Mais en ce qui concerne les *avantages matrimoniaux* et *libéralités* entre époux, la situation est plus difficile. A défaut de pouvoir obliger les époux à transiger sur leurs droits respectifs comme en matière de divorce par consentement mutuel, force est de décider que les avantages doivent être retirés à l'un ou à l'autre, à titre de *sanction*.

Quelles que soient les imperfections de la loi nouvelle, une évolution très importante de notre droit positif s'est produite puisqu'il connaît maintenant trois formes de divorce :

- le divorce-sanction (art. 229 à 231),
- le divorce par consentement mutuel,
- une *certaine forme* de « divorce-remède », du moins dans les *causes* de ce divorce nouveau, tel qu'il est organisé par l'article 232 nouveau du Code civil.

B. Causes de divorce prévues par l'article 232 c.c.

L'article 232 du C.C. prévoit deux causes de divorce qui rattachent cette forme nouvelle de la rupture du lien conjugal, incontestablement, à la notion de « divorce-remède » :

1) chacun des époux peut demander le divorce pour cause de *séparation de fait prolongée pendant plus de dix ans*, si la désunion des époux est irrémédiable, et que l'admission du divorce n'aggrave pas, de manière notable, la situation matérielle des enfants mineurs communs ou adoptés.

Un amendement avait été présenté, lors des débats devant la Chambre, tendant à viser également l'aggravation éventuelle de la situation morale des enfants. Ce critère n'a pas été retenu.

2) le divorce au sens de l'article 232 nouveau peut également être demandé, *sous les mêmes conditions restrictives*, si la séparation de plus de dix ans est la conséquence de *l'état de démence ou de déséquilibre mental* grave d'un des conjoints.

La preuve de ces causes nouvelles de divorce peut être fournie par toutes voies de droit, à l'exclusion de l'aveu et du serment (art. 2 de la loi du 1er juillet 1974 — art. 1270 bis nouveau du C.J.). Si

l'exclusion absolue du serment est incontestable, on peut s'interroger sur la valeur peut-être trop radicale de la formulation légale en ce qui concerne l'aveu puisqu'aussi, en matière de divorce pour causes déterminées, l'aveu est admissible, en tout cas à titre subsidiaire, dès lors qu'il n'est absolument pas collusoire, ce qui peut parfaitement se concevoir dans un contentieux du genre de celui visé par l'article 232 nouveau du Code civil.

Il est permis de signaler ici que, au cours des travaux préparatoires de la loi, devant la Chambre, il avait été proposé que le délai de dix ans — sans doute excessif — soit réduit à cinq ans, voire à sept ans, tandis que d'autres amendements souhaitaient que le contrôle du juge soit supprimé en ce qu'il serait contraire à l'esprit de ce nouveau type de divorce, automatique et sans débats. Ces amendements n'ont pas été retenus, et le texte vôté par le Sénat a été repris purement et simplement par la Chambre.

C. La procédure

1. La procédure prévue pour ce divorce est celle du divorce pour causes déterminées, telle qu'elle est réglée par les articles 1254 à 1286 du C.J., sauf la précision — de fond d'ailleurs — apporté par l'article 1270 bis nouveau C.J. (voir ci-dessus en ce qui concerne la preuve de la séparation de fait).

2. L'article 3 de la loi nouvelle soumet à la formalité de la transcription organisée par l'article 1275 du C.J. la nouvelle forme de divorce, tout en la distinguant du divorce obtenu « au profit » de tel époux...

3. Il est permis de penser que le tribunal, en Chambre du Conseil, réduira très fréquemment le délai de suspension du permis de citer, puisqu'il sera parfaitement possible, dans de nombreux cas, à l'époux demandeur de rapporter, de plano, au moment de la comparution, la preuve de ce que la cause légale existe dès à présent.

4. La loi nouvelle précise (art. 1 - art. 232 nouveau, al. 2 *in fine*) « que lorsque la procédure met en cause, comme défendeur, un époux en état de démence ou d'état grave de déséquilibre mental, cet époux est représenté par son tuteur, son administrateur provisoire général ou spécial ou, à défaut, par un administrateur ad hoc désigné préalablement par le Président du tribunal à la requête de la partie demanderesse ». Ce texte constitue une dérogation majeure aux principes traditionnels du caractère strictement personnel de l'action en divorce. Cette dérogation est parfaitement justifiée et légitime.

D. EFFETS DU DIVORCE PRÉVUS PAR L'ARTICLE 232 C.C.

I. — C'est dans ce domaine des conséquences du divorce de l'article 232 que s'opposent l'idée du divorce qui est purement un remède et celle, traditionnelle, du divorce qui demeure une sanction.

Toute cette matière est dominée par la règle de l'article 4 de la loi nouvelle qui redonne vie à l'article 306 du C.C. tout en le rattachant au Chapitre IV du Titre VI de ce Code, chapitre consacré aux « effets du divorce ».

Suivant cette règle en effet, l'époux qui obtient le divorce sur base du premier alinéa de l'article 232 (séparation prolongée pendant plus de dix ans) est considéré comme l'époux *contre qui* le divorce est prononcé. Certes, le tribunal pourra en décider autrement et renverser cette présomption juris tantum si l'époux demandeur apporte la preuve qu'au contraire la séparation de fait est imputable aux fautes ou au manquements de l'époux défendeur.

Nous allons voir, ci-après, à de nombreuses reprises, l'application de cette règle dans le domaine des conséquences patrimoniales de cette nouvelle forme de divorce.

1. *Quant aux avantages matrimoniaux*

– La présomption instaurée par l'article 306 nouveau du C.C. est retenue pour l'application des articles 299 et 300 du C.C.

– Mais, si le divorce est admis sur base du second alinéa de l'article 232 (démence ...), chacun des époux « conservera les avantages à lui faits par l'autre époux ».

2. *Quant à la pension de l'article 301 C.C.*

– De même, la présomption de culpabilité instaurée, juris tantum, par l'article 306 s'applique pour ce qui est de la pension après divorce de l'article 301 du C.C.

– Le tribunal peut également accorder semblable pension lorsque le divorce intervient sur pied de l'alinéa 2 de l'article 232 (art. 5 de la loi - art. 307 nouveau du C.C.), ladite pension étant soumise aux règles générales fixées par l'article 6 de la loi qui instaure un nouveau type de pension.

– En effffet, ledit article 6 de la loi insère dans le code civil un nouvel article 307 bis qui donne aux pensions alimentaires accordées en vertu des articles 306 (séparation de plus de dix ans) et 307 (séparation de plus de dix ans pour cause de démence...) des caractères spécifiques,

.dérogatoires à la pension classique de l'article 301, puisqu'aussi bien cette pension pourra, suivant l'article 307 bis excéder le tiers des revenus du débiteur et « être adaptée ou supprimée selon les modifications des besoins et des ressources des parties », ce qui accentue, manifestement, le caractère *alimentaire* de cette pension, cependant considérée fondamentalement comme indemnitaire.

De plus, l'article 307 bis précise que « la succession du débiteur prédécédé sans laisser d'enfant de son mariage avec le survivant, doit des aliments à ce dernier *selon les règles de l'article 205* », ce qui exclut, dans ce nouveau texte, la transmission passive automatique comme c'est le cas, en jurisprudence, pour ce qui est de la pension classique de l'article 301.

3. *Quant aux dépens de la procédure*

Ici encore, la présomption de faute réapparaît puisque l'article 1286 bis nouveau du C.J. (art. 11 de la loi) dispose qu'en cas de divorce admis sur base de l'article 232 le juge peut condamner la partie *demanderesse* aux dépens.

II. — *Par contre*, en ce qui concerne *le régime applicable aux enfants*, à la suite du divorce nouveau, l'idée de culpabilité n'a en rien été retenue par le législateur.

1) En effet, la règle de l'article 302 al. 2 du C.C., suivant laquelle en l'absence d'accord entre les parents ou d'ordonnance du juge des référés, l'administration des enfants appartient à celui des époux *qui a obtenu le divorce*, n'est applicable qu'au divorce obtenu sur base des articles 229, 230 ou 231 du C.C. (divorce-sanction proprement dit).

Par contre, pour ce qui est du divorce admis sur base de l'article 232, la nouvelle loi a ajouté une phrase nouvelle à l'article 302 al. 2, suivant laquelle « le jugement ou l'arrêt décide, *même d'office*, lequel des deux époux obtient cette administration ».

2) Il était tout à fait logique que le législateur (art. 9 de la loi nouvelle) complète l'article 331 du C.C. en étendant la bénéfice de la légitimation aux enfants qui sont nés plus de trois cent jours après « le début de la séparation de fait si le divorce a été admis sur base de l'article 232 du présent code » (disposition finale nouvelle de l'art. 331 du C.C.).

Il en résulte, automatiquement, que ces mêmes enfants pourront également être reconnus comme enfants naturels simples, suivant l'article 335 du C.C. puisqu'aussi bien cette disposition légale renvoie à l'article 331 qui a été modifié comme il est dit ci-dessus.

III. — La loi nouvelle (art. 7) apporte, quant à la *liquidation du régime matrimonial* entre époux, des règles tout à fait révolutionnaires.

On sait en effet que suivant l'article 1278 C.J., le jugement ou l'arrêt qui admet le divorce remonte, entre époux, en ce qui concerne leurs biens, au jour de la demande, c'est-à-dire, au jour de la requête.

Par dérogation à cette règle fondamentale, la loi nouvelle énonce que si le divorce est admis pour cause de séparation de fait, conformément à l'article 232, — même si une autre cause (art. 229 à 231) a également été retenue — le tribunal *peut*, à la demande de l'un des époux, s'il l'estime équitable en raison de circonstances exceptionnelles propres à la cause, décider dans le jugement qui admet le divorce qu'il ne sera pas tenu compte dans la liquidation de la communauté de l'existence de certains avoirs constitués ou de certaines dettes contractées « *depuis le moment où la séparation de fait à pris cours* ».

Autrement dit, il est possible, à la limite, de concevoir que le juge fasse remonter les effets du divorce quant aux biens à une date de dix ans antérieure au dépôt de la requête fondée sur l'article 232 du C.C.

La loi nouvelle prévoit également que les parties peuvent formuler pareille demande d'effets rétroactifs, au cours de la liquidation de la communauté (art. 1278, 4ème al., nouveau C.J.).

E. Mise en vigueur de la loi

La loi du 1er juillet 1974, publiée au Moniteur du 17 août 1974, serait en vigeur dans un délai maximum d'un an à compter du 17 août 1974 (1).

Cette mise en vigueur différée est justifiée par le souci d'adapter la législation en matière de pension et de sécurité sociale aux dispositions légales nouvelles de l'article 232 du C.C., la situation de l'époux défendeur ne pouvant être moins favorable qu'avant le divorce au plan de la législation sociale, sauf si le tribunal a mis à sa charge la responsabilité de la séparation de fait ou s'il se remarie (art. 12 de la loi). On voit réapparaître ici, la critère de la responsabilité, c'est-à-dire de la faute, ce qui contribue à donner à nouveau à cette législation récente un caractère hybride que tous les commentateurs soulignent et que de nombreux parlementaires ont critiqué en tentant, mais en vain, de supprimer toute trace de culpabilité dans l'économie de la loi nouvelle.

(1) Cfr. A.R. du 14 janv. 1975, *Moniteur* du 21 janvier 1975. La loi est entré en vigueur le 1 févr. 1975.

CHAPITRE III

LA SÉPARATION DE CORPS POUR CAUSE DÉTERMINÉE

A. INTRODUCTION

La similitude entre la séparation de corps et le divorce pour cause déterminée, voulue par le législateur (cf. art. 1305 et 1306, C.J.) est telle que je me bornerai à examiner ici la notion originale de la *conversion* de la séparation de corps pour cause déterminée en divorce pour cause déterminée.

Mais avant cela, je rappelle, brièvement, deux différences marquantes entre les deux institutions : 1) la procédure de séparation de corps ne comporte pas la phase dite du délai de suspension du permis de citer : l'assignation peut être donnée dès après l'échec de la conciliation (art. 1306 et 1260 C.J.); 2) l'article 308 C.C. modifié par la loi du 27 janvier 1960 laisse subsister le devoir de secours après la transcription de la séparation de corps, *mais au profit de l'époux innocent seulement*, le coupable en étant déchu.

La pension qui pourra être réclamée sur pied de ce texte est donc purement alimentaire (art. 212 C.C.), ce qui implique qu'elle est révisible ad nutum, qu'elle n'est pas transmissible passivement, que l'on ne peut y renoncer à quelque moment que ce soit (1), et que les contestations qui la concernent sont de la compétence du juge de paix (2).

B. LA CONVERSION DE LA SÉPARATION DE CORPS

1. *Le texte* originaire de l'article 310 C.C. a été modifié d'abord par la loi du 20 mars 1927, puis par celle du *20 juillet 1962*.

Cette loi a élargi le pouvoir de conversion laissé à l'appréciation des tribunaux, puisque l'interdiction de solliciter la conversion quand la séparation a été prononcée pour cause d'adultère a été supprimée, et que les deux époux peuvent demander la conversion, quel que fût leur « rôle » dans l'action originaire.

En fait, une seule condition demeure : trois ans doivent s'être écoulés depuis la transcription de la décision admettant la séparation (3).

(1) Bruxelles, 5 mars 1968, *Pas.*, 1968, II, 168.

(2) Cass., 24 sept. 1965, *J.T.*, 1966, p. 217; — cfr. aussi Cass., 4 juin 1966, *Pas.*, 1966, I, 1263.

(3) Pour ce qui est des séparations prononcées avant 1962, cf. Cass., 8 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, 859, avec la note P. M.

2. *La conversion s'obtient-elle automatiquement?*

Certainement pas. Le pouvoir d'appréciation du tribunal, introduit dans l'article 310 par la loi du 20 mars 1927, a été expressément maintenu par l'article 1309 C.J. qui a abrogé l'article 310. Le tribunal devra donc résoudre les conflits d'intérêts qui se présentent en l'occurrence (1).

Quels seront ces critères d'appréciation ?

La Cour de Cassation, se référant aux travaux préparatoires de la loi du 20 juillet 1962 les a définis, en termes généraux en décidant qu'il y a lieu de tenir compte de toutes les circonstances, notamment des possibilités de réconciliation des époux et de régularisation de situations sociales anormales, ainsi que de l'intérêt des familles et des enfants (2). Tout en laissant au juge du fond un souverain pouvoir d'appréciation à cet égard, la Cour se réserve de censurer l'indication insuffisante des motifs pour lesquels le juge du fond a fait prévaloir l'intérêt du demandeur en conversion de « régulariser sa situation » (3).

Sur base de ces principes, il a été jugé :

- que la substitution éventuelle, après conversion, de la pension invariable de l'article 301 C.C. à la pension variable de l'article 212 C.C. ne suffit pas, à elle seule, pour que la demande fondée sur l'article 310 soit rejetée (4);
- que la perte d'une demi-pension d'employé ne s'oppose pas davantage à la conversion (5);
- que l'avantage des enfants légitimes qui ne sont plus dans la dépendance des parents ne peut faire échouer la demande, si l'époux qui sollicite la conversion a le souci de régulariser une situation anormale caractérisée par l'existence d'enfants illégitimes (6).

Ces décisions relèvent souvent la perte de tout espoir de réconciliation.

---

(1) Quant aux types de conflits : cf. RIGAUX, *o.c.*, n° 2197 à 2205.

(2) Arrêt du 18 mars 1971, *Pas.*, 1971, I, 664 avec les références.

(3) Cass., 20 janv. 1966, *Pas.*, 1966, I, 653, cassant Bruxelles, 18 juin 1965, *Pas.*, 1966, I, 655.

(4) Cass., 11 mars 1965, *Pas.*, 1965, I, 722; — Bruxelles, 5 mars 1968, *Pas.*, 1968, II, 168, et 27 oct. 1970, *Pas.*, 1971, II, 48.

(5) Bruxelles, 5 mars 1968; — *contra* : Liège, ch. réunies, 5 nov. 1968, sur renvoi de Cass., 20 janv. 1966 *précité*, *J.T.*, 1969, 176.

(6) Bruxelles, 4 déc. 1963, *Pas.*, 1965, II, 34; — Civ. Bruxelles, 3 avril 1964, *Pas.*, 1965, III, 71; — Civ. Nivelles, 5 déc. 1967, *Rec. Niv.*, 1968, 70; — Civ. Dinant, 4 déc. 1968, *J. Liège*, 1968-1969, p. 175; — *contra* : Liège, 5 nov. 1968, *précité*.

Par contre il a été jugé :

- que la longue durée de la séparation ne constitue *pas* un juste motif de conversion (1);
- que la situation *matériellement* précaire de l'épouse séparée, en cas de prédécès du mari, constitue une juste raison de *refuser* la conversion, alors même que le mari invoque sa volonté de régulariser son état de concubinage et d'adopter l'enfant naturel de sa concubine, issu de ses œuvres (2).

Quelques mots enfin, quant à l'*action en conversion* :

- le jugement de séparation ne peut plus être invoqué pour obtenir la conversion lorsqu'il y a eu réconciliation après la séparation prononcée (3);
- l'appel d'un jugement qui accueille la conversion doit être dénoncé au greffier du tribunal, conformément à l'article 262, al. 5 C.C. (4);
- les dépens de l'action en conversion sont généralement mis à charge de l'époux qui l'obtient, pour autant que ce soit lui qui ait succombé dans la procédure de séparation de corps (5).

Chapitre IV

LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

La matière du divorce par consentement mutuel a fait l'objet, au cours de ces dix dernières années, d'importantes modifications législatives.

Ce chapitre se divise en trois sections :

1. les conditions requises, et les mesures préalables.
2. la procédure.
3. les effets.

(1) Liège, 5 nov. 1968, *précité*.

(2) Bruxelles, 3 déc. 1970, *Pas.*, 1971, II, 75, qui retient l'hypothèse de la perte d'une pension de survie.

(3) Bruxelles, 20 juin 1972, *J.T.*, 1972, 676.

(4) Art. 1273, 1306, 1309, al. 2, C.J.; — Cass., 30 sept. 1971, *J.T.*, 1972, 29 et *Pas.*, 1972, I, 108.

(5) Civ. Bruxelles, 8 juill. 1963, *J.T.*, 1963, p. 211, et Bruxelles, 4 juin 1963, *Pas.*, 1963, II, 238; — *contra* : Civ. Liège, 5 nov. 1964, *Pas.*, 1965, III, 11.

Chacune de ces trois sections a été touchée par les réformes apportées à la matière du consentement mutuel, par :

1) la loi du 20 juillet 1962,

2) le Code judiciaire (loi du 10 octobre 1967),

3) la loi du 20 novembre 1969,

4) la loi du 1 juillet 1972.

Contrairement au cas de divorce pour cause déterminée, il y a peu de jurisprudence dans le domaine du consentement mutuel.

En outre, cette jurisprudence naît essentiellement de problèmes postérieurs à la transcription du divorce.

Section I

CONDITIONS REQUISES ET MESURES PRÉALABLES

I. Conditions relatives a l'age des conjoints et a la durée du mariage

Les conditions de fond ont été considérablement allégées, en deux étapes successives : la loi du 20 juillet 1962 et celle du 1 juillet 1972. Elles sont aujourd'hui réduites au nombre de deux.

1. *Conditions supprimées*

a) La loi du 20 juillet 1962 — dont nous reparlerons plus longuement au chapitre de la séparation de corps par consentement mutuel — a supprimé l'obligation de recueillir le *consentement des ascendants* (art. 278 C.C. abrogé).

Ce consentement à la *dissolution* du mariage, quel que soit l'âge des époux, avait perdu toute signification dès lors que la loi du 14 juillet 1953 (art. 151 C.C.) avait supprimé, au-delà de 25 ans, l'obligation de procéder à des sommations respectueuses en vue de la *célébration* du mariage.

b) La loi du 20 novembre 1969 fait disparaître la condition d'*âge limite pour l'épouse* (45 ans), et la *durée maximum du mariage* (20 ans) (1).

Ces deux « verrous » étaient devenus, il est vrai, difficilement justifiables (2).

(1) Cf. art. 277 C.C. abrogé.

(2) Cf. Masson, J. P., *o.c.*, *J.T.*, 1972, p. 461 et 462.

2. *Conditions maintenues*

a) L'âge minimum requis de l'un et l'autre époux, pour qu'ils puissent divorcer par consentement mutuel, a été *unifié à 23 ans*, par la loi du 20 novembre 1969 encore (art. 275 C.C.; autrefois : 21 ans pour la femme et 23 ans pour le mari).

b) La durée minimum du mariage a été maintenue à 2 *ans* (art. 276 C.C.).

c) Ces deux conditions (23 ans + 2 ans de mariage) doivent être réunies au jour de la première comparution (art. 1297 C.J.).

II. Les mesures préalables

1. *L'inventaire et l'estimation des biens*

Avant d'entamer la procédure, les époux sont tenus d'inventorier et d'estimer tous leurs biens *meubles et immeubles* (art. 1287 C.J.).

a) *Justification de cette obligation*

Depuis l'abrogation de l'article 305 C.C. par la loi du 1 juillet 1972 (art. 12), seul le règlement conventionnel de la liquidation du régime matrimonial peut justifier encore cette obligation.

b) *Forme de l'inventaire et de l'estimation des biens*

Bien que cette question ait fait l'objet de discussions, dans le cadre des travaux préparatoires de la loi du 1 juillet 1972, l'*intervention des notaires* est toujours obligatoire pour dresser l'*inventaire* et procéder à l'*estimation* des biens (1).

Il est souhaitable, en effet, que l'inventaire revête la forme authentique, puisqu'il est l'élément de base du règlement transactionnel qui opère liquidation du régime matrimonial des époux. D'autre part, cette exigence est conforme aux articles 1175 et s. du Code judiciaire, qui prévoient également l'intervention des notaires pour dresser l'inventaire de successions, communautés ou indivisions.

c) *Sanctions de l'omission de la formalité*

L'inventaire doit être dressé *en tout état de cause*, même si les époux n'ont pas d'enfants (ce qui est évident depuis l'abrogation de l'article

(1) Sur les discussions à ce sujet : rapport de la Commission de la Justice du Sénat, *Doc. Parl.*, Sénat, 1970-1971, n° 678, p. 2, et sur la position adoptée en définitive : rapport de la Commission de la Justice de la Chambre, *Doc. Parl.*, Chambre, session 1971-1972, n° 57-6.

305 C.C.), et même si les époux prétendent n'avoir rien à partager ou avoir déjà procédé au partage (1).

L'inventaire et l'estimation des biens constituent une formalité *substantielle* de la procédure en divorce par consentement mutuel, et celui-ci ne peut être autorisé, à défaut d'inventaire régulier, lorsque le notaire ne s'est pas rendu à la résidence séparée de l'époux, pour y procéder (2). Le notaire est en effet tenu de se rendre dans les lieux où se trouvent les objets à inventorier ; il ne peut dresser l'inventaire sur déclaration que lorsqu'il n'est pas possible de procéder autrement (art. 1182 C.J.) (3).

Si les époux déclarent qu'il n'y a pas de biens à inventorier, le notaire doit vérifier la véracité de leurs déclarations et dresser, le cas échéant, un procès-verbal de carence (4).

2. *Le règlement conventionnel de la liquidation du régime matrimonial* (art. 1287 C.J., al. 1 et 3).

Avant la première comparution, les époux sont tenus — sous peine de rejet de la procédure — et quel que soit leur régime matrimonial, de régler à l'amiable leurs droits respectifs dans celui-ci.

a) *Justification de cette obligation*

Cette convention de partage est conclue en vue de la transcription du divorce, qui opérera la dissolution du lien conjugal et du régime matrimonial.

En vertu de l'article 1304 du Code judiciaire, le règlement — tel qu'il existait au jour de la première déclaration — sortira ses effets lors de la transcription du jugement.

b) *Modalités*

Les époux pourront conclure telles conventions ou transactions qu'ils voudront. Ils ne seront pas tenus de se conformer aux stipulations de leur contrat de mariage, ni aux effets légaux de la dissolution de leur communauté de biens (5).

(1) Civ. Liège, 25 nov. 1952, *Pas.*, 1953, III, 60.
(2) Cf. Bruxelles, 2 févr. 1971, *Pas.*, 1971, II, 157.
(3) Bruxelles, 1 déc. 1969, *Pas.*, 1970, II, 54.
(4) Bruxelles, 1 déc. 1969, *précité.*
(5) Cf. art. 1287, 1, C. J.; — RIGAUX, *o.c.*, n° 2170.

c) *Forme*

C'est incontestablement la question de la forme — authentique ou sous seing privé — que doit revêtir le règlement transactionnel, qui a suscité le plus de controverses, lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur le divorce par consentement mutuel du 1 juillet 1972 (1).

Cette controverse est aujourd'hui résolue grâce au texte du rapport complémentaire du 25 mai 1972 de la Commission de la Justice de la Chambre (2).

Les principes dégagés de l'article 1297 du Code judiciaire, du texte du rapport complémentaire, et des commentaires de la loi précités, sont donc les suivants.

1) Le règlement conventionnel doit toujours être constaté par *écrit*.

2) L'intervention d'un *notaire* n'est requise que lorsque le règlement se *rapporte à un immeuble*, ou, en d'autres mots, lorsque la convention est, au sens de l'article 1er de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, translative ou déclarative de droits réels immobiliers.

Dans ce cas en effet, la convention doit être transcrite au bureau de la conservation des hypothèques, et elle ne peut l'être que si elle a la forme authentique (art. 1 et 2 de la loi hypothécaire).

Le notaire veillera à ce que la *transcription* du règlement transactionnel, portant sur des immeubles, ait lieu dans les deux mois — ou dans les trois mois si les immeubles sont situés dans différents ressorts —, de sa *rédaction* (art. 1287, al. 3, C.J. et art. 2, al. 2 et 3 de la loi hypothécaire).

Il importe peu à cet égard que le règlement ne devienne définitif que lors de la transcription du divorce, puisque, en ce qui concerne les époux, les effets patrimoniaux du divorce remonteront au jour de la première comparution (art. 1304 C.J.).

La transcription du règlement conventionnel est faite sous condition suspensive de la dissolution du lien conjugal.

Dès lors, si le divorce n'intervient pas, les époux devront faire constater par le tribunal de première instance que, faute de la réalisation de la condition suspensive, il n'y a pas eu de transfert de propriété. Ce

(1) Cf. à cet égard, MASSON, J. P., *La réforme de la législation sur le divorce par consentement mutuel*, *J.T.*, 1972, p. 461, sq, n° 8; — Correspondances entre MM POITEVIN, HIERNAUX et MASSON, *J.T.*, 1972, p. 542, et correspondance du Notaire DEVROE, *J.T.*, 1972, p. 645.

(2) *Doc. Parl.*, Chambre, session 1971-1972, n° 57-6.

jugement sera, à son tour, transcrit au bureau de la conservation des hypothèques (1).

3) Lorsque le patrimoine des époux est exclusivement mobilier, le recours à l'intervention d'un notaire, pour la rédaction du règlement transactionnel, est une *faculté* et non une obligation (2).

Il n'y a évidemment pas lieu, dans ce cas, à transcription du règlement au bureau des hypothèques.

Les principes relatifs à la forme, authentique ou sous seing privé, du règlement transactionnel étant posés, quelques remarques pratiques s'imposent, remarques qui sont également valables pour la convention prévue par l'article 1288 C.J. (v. *infra*).

1) Eu égard à l'obligation de recourir à l'intervention d'un notaire, pour faire inventaire et procéder à l'estimation des biens, les époux chargent souvent le notaire, par la même occasion, de la rédaction du règlement transactionnel et des conventions personnelles préalables.

Le règlement et les conventions sont, dans ce cas, contenues dans un même acte authentique.

2) Les notaires sont habilités à délivrer une grosse de l'acte authentique; celle-ci a force exécutoire (art. 19 et 27 de la loi organique du Notariat, et 1386 C.J.).

L'intérêt pour les parties de détenir un acte authentique exécutoire, constatant que les patrimoines ont été répartis de telle ou telle manière, n'est certes pas négligeable, si l'on songe d'une part que le règlement n'a d'effet qu'après la transcription du divorce, et qu'à ce moment, d'autre part, l'un des ex-conjoints pourrait être tenté de ne pas respecter l'engagement pris dans le règlement transactionnel, d'abandonner, par exemple, la propriété de tel bien à l'autre partie.

En pareil cas, la grosse du règlement transactionnel permettra, à elle seule, de contraindre l'ex-époux récalcitrant.

L'acte sous seing privé par contre n'a aucun caractère exécutoire. Dès lors, pour disposer d'un titre ayant ce caractère, le porteur de la convention sous seing privé devrait demander au tribunal de première instance de l'entériner par jugement, ce qui suppose bien

(1) Cf. à ce sujet le commentaire de la loi du 1 juillet 1972, publiée au Recueil général de 1972, n° 21.608, p. 305 s.

(2) Cf. Commentaire du Rec. gén., 1972, *précité*; — MASSON, J. P., *La réforme de la législation sur le divorce par consentement mutuel, précité*; — correspondances de MM. POITEVIN et HIERNAUX et MASSON, *précitées*; — *contra* : correspondance du notaire DE VROE, parue au *J.T.*, 1972, p. 645.

entendu une action et des frais supplémentaires, sans parler d'une pratique qui n'est nullement fixée dans ce sens.

Voici donc, en bref, les raisons pour lesquelles l'intervention des notaires, bien qu'elle ne soit obligatoire que dans certains cas limitatifs (inventaire et estimation des biens — règlement transactionnel se rapportant à des immeubles), est toujours néanmoins souhaitable.

3. *La convention préalable sur les questions personnelles* (art. 1288 C.J.)

L'article 1288 du Code judiciaire a été complété et ramanié dans sa forme par l'article 2 de la loi du 1 juillet 1972.

a) *Modalités obligatoires de la convention*

En synthèse, les époux sont tenus de constater leur accord préalable à la procédure sur les cinq points suivants.

1. Le lieu de leur *résidence* pendant le temps des *épreuves* (art. 1288, al. 1, C.J.).

2. La personne à laquelle sera confiée, tant *pendant les épreuves* qu'*après le divorce*, l'*administration de la personne et des biens des enfants mineurs*, non mariés, ni émancipés, communs, adoptifs ou légitimes de l'un et adoptés par l'autre (art. 1254 C.J. et 1288, al. 2, C.J.).

Le terme « administration de la personne et des biens des enfants » est certes plus heureux que le mot « confié » qui figurait précédemment dans l'article 1288, al. 1, C.J. Cette formulation est identique, par ailleurs, à celle de l'article 302 C.C.

3. Le *droit de visite* relatif aux enfants précités, tant pendant les *épreuves* qu'après le divorce (art. 1288, al. 2, C.J.).

L'accord préalable sur le droit de visite qui n'était pas prévu par l'article 1288 C.J., avant la réforme du 1 juillet 1972, évitera de nombreux litiges.

4. La *contribution* de chacun des époux à *l'entretien et à l'éducation des enfants*, sans préjudice des droits reconnus à ceux-ci, par les articles 203 et s.C.C. (art. 1288, al. 3).

A cet égard, il faut distinguer la question de la « *contribution* à la dette d'entretien et d'éducation », régie par le principe de la liberté des conventions, de celle de « l'obligation à la dette » (art. 203 C.C.) qui est d'ordre public et exclut, dès lors, toutes convention ou transaction.

En d'autres termes, la contribution à la dette peut être librement réglée et répartie entre époux, pourvu que l'enfant obtienne tout ce à quoi il a droit (1).

5. Le montant de la pension *éventuelle* à payer par l'un des époux à l'autre *pendant les épreuves* et *après le divorce* (art. 1288, al. 4, C.J.). Cet alinéa a été remanié et complété par la loi du 1 juillet 1972, qui a insisté, d'une part, sur le caractère éventuel de cette pension et, d'autre part, sur les possibilités de l'étendre à la période postérieure à la transcription du divorce.

b) *Frais de la procédure*

Les parties règleront en outre, dans la convention, la question de la répartition des frais de la procédure.

Ils jouissent à ce sujet d'une entière liberté; « la clause mettant les frais à charge de la partie qui aurait retiré son consentement, étant de pure procédure, est en principe licite, et sa nullité ne pourrait être poursuivie que par la partie qui se prétendrait lésée » (2).

c) *Forme de la convention préalable*

Celle-ci peut incontestablement être faite par *acte sous seing privé*. Il n'y a aucune obligation de recourir à l'intervention d'un notaire.

Toutefois, les remarques pratiques, développées à propos du règlement transactionnel, sont également valables, en ce qui concerne la convention préalable. L'importance de disposer d'un titre exécutoire est encore plus grande ici, eu égard aux nombreux conflits qui peuvent surgir au sujet notamment des pensions alimentaires ou de l'administration des enfants.

Ces conflits peuvent naître tant pendant l'instance — à propos des mesures provisoires constatées par la convention — qu'après divorce (3).

Bien que les tribunaux contrôlent sévèrement la régularité des procédures, ils n'imposent pas aux parties l'emploi de formules sacramentelles (4).

---

(1) Cf. VIEUJEAN, Examen de jurisprudence, *Les Personnes*, 1965 à 1969, *R.C.J.B.*, 1970, p. 652.

(2) Civ. Bruxelles, 28 mars 1964, *Ann. Not. Enr.*, 1965, p. 293, et note; — voyez également les réf. citées par VIEUJEAN, *o.c.*, p. 651, n° 65, b.

(3) Cf. infra : force exécutoire de la convention.

(4) Civ. Bruxelles, 23 mars 1966, *Ann. Not. Enr.*, 1965, p. 155, obs; — cité par M. VIEUJEAN, *o.c.*, p. 651.

d) *Force exécutoire de la convention*

1. Pendant l'instance

L'acte sous seing privé n'a, rappelons-le, aucune force exécutoire. Dès lors, en cas de non paiement des pensions prévues par la convention, pour le temps des épreuves, l'époux créancier ne pourra pratiquer qu'une saisie-arrêt *conservatoire*, ou une saisie mobilière ou immobilière *conservatoire*, après requête au juge des saisies (1). Il n'est pas concevable à ce stade de faire constater la convention par un jugement, pour disposer d'un titre exécutoire, puisque la carence d'un époux implique son désaccord et, par conséquent, l'échec latent de la procédure.

L'acte notarié, s'il s'agit de la grosse, a force exécutoire. Il permettra donc à l'époux de recourir à telles voies d'exécution qu'il juge opportun (saisie mobilière ou immobilière, ou saisie-arrêt *exécutoire* — art. 1494 et 1538 C.J.), à moins qu'il préfère se contenter d'une saisie conservatoire.

Une plainte pour abandon de famille pourrait également, à mon sens, être encore déposée, sur base de l'article 391 bis, al. 2, C.P., tel qu'il a été modifié par la loi du 5 juillet 1963 (2).

2. Après divorce

L'*acte sous seing privé* devra être entériné par un jugement, pour que l'ex-époux dispose d'un titre exécutoire lui permettant, d'une part, de pratiquer toute saisie, et, d'autre part, de déposer plainte pour abandon de famille. Il n'y a, me semble-t-il, qu'un seul moyen d'éviter cette procédure supplémentaire d'« entérinement de la convention » : il suffit de demander, lors de l'ultime comparution, au Président du tribunal, non seulement d'autoriser le divorce, mais encore de reprendre, dans son jugement, les modalités de la convention préalable qui pourraient requérir exécution.

L'*acte notarié* ne posera aucun problème d'exécution (3).

Cependant, même si la convention a force exécutoire (acte notarié ou acte sous seing privé entériné par jugement), l'article 369 bis, al. 4, C.P. ne sera pas applicable au père ou à la mère qui mécon-

(1) Cf. art. 1413 et s. et 1445 C.J.

(2) Cf. à cet égard le renvoi de l'art. 391, al. 2, C.P. — qui n'a pas été modifié par le Code judiciaire — à l'article 280 C.C., lequel ne visait que les pensions versées pendant les épreuves.

(3) En ce qui concerne l'application de l'art. 391 bis, al. 2, C.P., après divorce par consentement mutuel : voyez KEBERS, M., *Ann. Not. Enr.*, 1964, p. 6 s.

naîtraient l'accord pris quant à l'administration de la personne et des biens de l'enfant, ou quant au droit de visite. Saisi d'un pourvoi en cette matière, la Cour de Cassation a fait observer, en effet, que le législateur (loi du 20 juillet 1927) n'a érigé la « non-représentation d'enfant » en délit que lorsque la question de la garde est réglée par une décision qui, pour garantir l'intérêt de l'enfant, doit, à tout le moins, être prise sous la *surveillance d'une autorité judiciaire*. Or, les modalités de la convention préalable à un divorce par consentement mutuel ne font pas partie des points énumérés à l'article 289 C.C. (1), que le tribunal peut, aux termes de l'article 290 C.C. (art. 1298 C.J.) vérifier (2). Cette décision attire l'attention sur une lacune de la loi, analogue à celle que contenait le texte originaire de l'article 391 bis C.P. sur l'abandon de famille, et qui a été comblée, pour ce délit, par la loi du 5 juillet 1963.

e) *Sanction*

La conclusion de la convention préalable sur les questions personnelles, est une formalité substantielle. Le tribunal n'autorisera le divorce qu'après avoir constaté son accomplissement (art. 1291 C.J.).

f) *L'immutabilité des conventions*

1. Pension de l'ex-conjoint et entretien des enfants

Les conventions requises par les articles 1287 et 1288 C.J. sont immuables (3). Dès lors :

- la pension allouée jusqu'au remariage de l'ex-épouse ne pourrait être supprimée, même s'il était démontré qu'elle vit en concubinage (4);
- lorsque la convention stipule que la pension attribuée à l'un des ex-conjoints est variable, d'après les fluctuations de l'index et les revenus bruts du débiteur, la volonté des parties doit être respectée quelque défavorables que paraissent les conséquences qui en découlent pour l'un des contractants, et en particulier, pour le débiteur, amené à entamer son capital (5);

(1) Cf. art. 1297, C.J.

(2) Cass., 9 mars 1970, *Pas.*, 1970, I, 593, et note d'observation signée A.C.; *Revue de droit pénal*, 1970, p. 78; — *contra* : Corr. Anvers, 21 juin 1968, *R.W.*, 1968-1969, 898, obs.

(3) Cf. VIEUJEAN, *o.c.*, p. 652 et *réf. citées.*

(4) Bruxelles, 22 janv. 1962, *Pas.*, 1963, II, 44, cité par RIGAUX, *o.c.*, n° 2.174 et autres réf.

(5) Bruxelles, 22 nov. 1968, *Ann. Not. Enr.*, 1969, p. 74, obs., cité par POITEVIN et HIERNAUX, *o.c.*, *J.T.*, 1971, p. 732, n° 77.

– pareillement, la demande d'augmentation de la pension de l'ex-épouse a été repoussée par le tribunal civil de Bruxelles, au motif que : « de simples variations dans le coût de la vie et les ressources respectives des parties ne sauraient être considérées comme des circonstances justifiant qu'il soit porté atteinte au caractère intangible des conventions préalables » (1).

Mais, bien évidemment, la même décision du tribunal civil de Bruxelles (2) a fait droit à la demande d'augmentation de la contribution du père, à l'entretien et l'éducation des *enfants*, ...« étant donné leur âge... et la hausse du coût de la vie » (3).

En réalité, eu égard d'une part, à l'*invariabilité* de principe des conventions, et, d'autres part, à la distinction qu'il y a lieu d'opérer entre la « *contribution à la dette* » et « *l'obligation à la dette* », le tribunal n'aurait dû augmenter la contribution du père qu'après avoir constaté que la mère était dans l'impossibilité d'entretenir et d'élever convenablement ses enfants (4).

2. Administration de la personne et des biens des enfants — droit de visite

Il est admis que les tribunaux peuvent modifier les conventions sur ces deux points, pour autant que surgissent, postérieurement à la rédaction de celles-ci, ...« des *motifs graves*, se rapportant à l'intérêt physique ou moral de l'enfant » (5).

Cependant, il subsiste en jurisprudence une controverse quant à la détermination du *tribunal compétent* pour connaître de ces modifications (6). La compétence du *tribunal de la jeunesse* paraît certaine. En effet, ...« le vœu du législateur a ... été qu'aussitôt que l'intérêt de l'enfant doit être apprécié, par rapport aux droits des parents, le tribunal de la jeunesse est compétent » (7).

(1) Civ. Bruxelles, 6 nov. 1964, *R. P. Not.*, 1965, p. 81.

(2) 6 nov. 1964, *précité*.

(3) *Adde* : J. P. Deurne, 14 juin 1971, *R.W.*, 1971-1972, 1320.

(4) Cf. VIEUJEAN, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1970, p. 653, et *supra*, p. 71; — *adde* : Cass., 7 sept. 1973, *J.T.*, 1974, 98.

(5) Civ. Bruxelles, 8 juin 1971, *J.T.*, 1971, p. 9; — VIEUJEAN, *o.c.*, p. 653 et réf. citées.

(6) Cf. POITEVIN et HIERNAUX, *o.c.*, *J.T.*, 1971, p. 732, n° 78.

(7) Gand, 8 févr. 1968, *J.T.*, 1968, p. 275; — dans le même sens : VIEUJEAN, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1970, p. 654 sq et les nombreuses réf. citées; — Liège, 13 janv. 1971, *Pas.*, 1971, II, 100; — Gand, 4 janv. 1968, *J.T.*, 1968, p. 292; — Civ. Bruxelles, 25 juin 1967, *J.T.*, 1967, p. 104. — *Contra* toutefois, en faveur de la compétence du tribunal civil : Civ. Bruxelles, Réf., 8 déc. 1970, avis du Ministère Public et obs., *J.T.*, 1971, p. 28; — Bruxelles, 6 juin 1968, *Pas.*, 1968, II, p. 247 et *J.T.*, 1968, p. 548 avec la note G. CARLE; — Civ. Bruxelles, 8 juin 1907, *J.T.*, 1971, p. 9.

Section II
LA PROCÉDURE

I. Compétence territoriale

Depuis la modification apportée par la loi du 20 juillet 1962 (art. 281 C.C., 1289 C.J.), les époux choisissent le tribunal devant lequel ils entendent obtenir le divorce « par consentement mutuel ».

II. Déroulement de la procédure

La loi du 1 juillet 1972 a allégé la procédure par les réformes suivantes (cf. art. 4 à 10).

1. *L'intervention des notaires* au cours de la procédure devant le tribunal est supprimée (art. 1289, 1290 et 1291 C.J.).

2. Le *greffier* assiste dorénavant aux comparutions, dresse procès-verbal de celles-ci et en transmet une copie certifiée conforme au Procureur du Roi (art. 1292, 1924 et 1295 C.J.).

3. La durée de la procédure a été maintenue à *un an* (1). Mais, le *nombre de comparutions* a été réduit de cinq à *trois* (art. 1293, al. 1 et 1297 C.J.).

Voici, dès lors, comment se présente le calendrier d'une procédure en divorce par consentement mutuel.

a. *Première comparution* : les époux se présentent *ensemble* et en *personne* devant le président du tribunal de première instance, ou du magistrat qui en exerce les fonctions, et ils lui déclarent leur volonté de divorcer par consentement mutuel (2).

Le juge tente de réconcilier les époux, et à défaut d'y parvenir, il leur donne acte de leur demande.

Les époux sont tenus de produire l'inventaire notarié et l'estimation des biens, les conventions préalables prévues par les articles 1287 et 1288 C.J., leurs actes de mariage et de naissance, ainsi que les actes de naissance et de décès des descendants de chacun d'eux, y compris des enfants adoptifs (art. 1291 C.J.).

(1) Cf. sur le rejet de la proposition du député Kempinaire de la réduire à six mois : *Doc. parl.* Chambre, 1971-1972, rapport de la Commission de la Justice, n° 57-4 du 9 mars 1972.

(2) Voyez en ce qui concerne la force majeure, empêchant un époux de se déplacer, l'application analogique de l'art. 1254 C.J. : *R.P.D.B., Complément, T. I., v° Divorce,* n° 406.

A noter que la date du procès-verbal de la première comparution constitue le point de départ :

- du *délai de* 300 *jours*, prévu par l'art. 228 C.C. pour le remariage de la femme (1)
- de l'*impossibilité morale de cohabiter*, facilitant le désaveu de paternité par simple déclaration (art. 313, al. 2, C.C.).

b. *Seconde comparution* : les époux renouvellent, en observant les mêmes formalités, leur volonté de divorcer par consentement mutuel, dans le *courant du sixième* mois qui suit la première comparution (art. 1293 C.J.).

c. *Troisième et dernière comparution* : dans le mois du jour où est révolue l'année, à compter de la première comparution, soit le 13*ème mois*, les époux *requièrent*, séparément, mais l'un en présence de l'autre, l'admission du divorce (art. 1294 C.J.).

Ces délais sont stricts et prévus à peine de nullité de la procédure, sauf cas de force majeure ou cause étrangère (2), le juge des référés pouvant toutefois proroger le délai de la dernière comparution en cas d'impossibilité absolue de comparaître (3).

III. Admission ou rejet de divorce

Dans les trois jours de la dernière comparution, il est fait référé de toute la procédure, par le juge, au tribunal (art. 1296 C.J.).

Le ministère public donne son avis, toutes affaires cessantes, en chambre du conseil, après avoir vérifié les conditions de *fond*, ainsi que la *régularité de la procédure*. Ses conclusions sont rédigées dans les termes suivants : « la loi permet » ou « la loi empêche » (art. 1297 C.J.).

Après vérification des *mêmes conditions* le tribunal se prononce, et il ne motive sa décision que s'il refuse d'admettre le divorce (art. 1298 C.J.).

(1) Cf. Bruxelles, 25 janv. 1964, *Pas.*, 1964, II, 83 et 24 mars 1965, *J.T.*, 405; — à ce sujet voyez la note *critique* Rigaux, *J.T.*, 1964, p. 365, et la note *conforme* Vieujean, *J.T.*, 1965, p. 701; — pour plus de détails à ce sujet, voir l'exposé de M. le Professeur Vieujean, et Masson, J. P., *Examen de jurisprudence*, *J.T.*, 1973, p. 305, n° 40.

(2) Cass., 14 mars 1974, *J.T.*, 1974, p. 428.

(3) Art. 51 et 1294 C.J.; — Bruxelles, 21 nov. 1972, *Pas.*, 1973, II, 53, qui réforme Civ. Anvers, 17 oct. 1972, *R.W.*, 1972-1973, 967.

IV. Voies de recours

Si le tribunal *admet* le divorce, seul le Procureur du Roi peut interjeter *appel* de cette décision, dans les 20 *jours* de sa *prononciation*. L'appel est signifié aux époux.

Si le tribunal *refuse* le divorce, les *deux* époux, séparément ou conjointement, peuvent interjeter appel dans les 20 *jours* de la *prononciation* du jugement. L'appel est signifié au Procureur du Roi.

Le *pourvoi en Cassation* est prévu par l'article 1302 C.J. Le délai pour l'introduire est de 20 *jours* également.

Tous les délais de recours sont donc dérogatoires au droit commun; de surcroît ils courent à partir du prononcé de la décision attaquée.

V. La transcription

Le dispositif du jugement ou de l'arrêt, autorisant le divorce par consentement mutuel, doit être signifié, ou remis contre accusé de réception, à l'officier de l'état civil du lieu de la célébration du mariage, par les *deux époux*, *séparément* ou *conjointement*, dans un délai de deux mois, qui prend cours à dater de l'expiration des délais d'appel ou de pourvoi (art. 1303 C.J.).

L'officier d'état civil procédera à la transcription, dans le mois de la signification conjointe, ou de la dernière signification, si elles ont été faites par actes séparés (art. 1303, al. 4, C.J.).

Les époux qui laisseraient passer le délai de deux mois, sans mettre l'officier d'état civil en mesure de transcrire, seraient déchus du bénéfice de la décision obtenue (art. 1303, al. 3, C.J.). Le tribunal civil de Bruxelles a, toutefois, relevé les époux de cette déchéance dans un cas où le défaut de transcription résultait d'une *circonstance exceptionnelle* indépendante de leur volonté (1). Il s'agissait en l'occurrence d'une négligence imputable au notaire.

Les notaires n'intervenant plus dans la procédure, depuis la réforme du 1er juillet 1972, les parties ou leurs conseils devront désormais veiller elles-mêmes à la transcription du divorce et au respect de ce délai essentiel.

(1) Civ. Bruxelles, 11 févr. 1970, *J.T.*, 1971, p. 76.

Section III

EFFETS SPÉCIFIQUES DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

Il est superflu de revenir aux effets communs à l'une et l'autre forme de divorce. Ceux-ci ont été étudiés dans la première partie de l'exposé, relatif au divorce pour cause déterminée.

Il convient cependant d'attirer spécialement l'attention sur l'important arrêt de la Cour de Cassation du 7 septembre 1973 (1), suivant lequel la contribution conventionnelle à l'entretien des enfants ne peut être majorée que lorsqu'il est établi que le parent créancier, eu égard à ses ressources et à ladite contribution, se trouve dans l'impossibilité d'assurer à l'enfant l'entretien et l'éducation nécessaires.

Par ailleurs, il a déjà été question précédemment en ce qui concerne les personnes : du délai de remariage, et du point de départ de l'impossibilité morale de cohabiter en matière de désaveu de paternité, et, en ce qui concerne les *biens* : de la liquidation du régime matrimonial opérée selon les modalités du règlement transactionnel, et des effets du règlement de l'article 1287 C.J., à l'égard des époux à dater de la première comparution, et à l'égard des tiers à dater de la transcription (art. 1304, al. 1 et 2 C.J.).

Cette section portera donc sur *deux thèmes* :

- l'ancien article 305 C.C. ;
- la taxation des pensions alimentaires versées pendant les épreuves et après divorce par consentement mutuel.

I. L'ancien article 305 du code civil

Le terrifiant article 305 C.C. a été abrogé par l'article 12 de la loi du 1 juillet 1972.

En synthèse, cet article prévoyait l'abandon de la moitié des biens, de chacun des époux, aux enfants, sous réserve d'un droit de jouissance jusqu'à la majorité de ceux-ci.

Eu égard à cette réserve de jouissance, jusqu'à la majorité des enfants, l'ancien article 305 C.C. peut encore, à l'heure actuelle, être l'occasion de litiges, ceci nonobstant son abrogation. Ces litiges concerneront, le cas échéant, les enfants dont les parents ont divorcé, ou ont commencé la procédure en divorce par consentement mutuel avant le

(1) *J.T.*, 1974, 98.

28 juillet 1972 — date de l'entrée en vigueur de la loi du 1 juillet 1972 — et qui n'avaient pas, à cette date, atteint leur majorité.

Dès lors, en considération de ces situations, qui, pour être particulières, ne sont pas hypothétiques pour autant, un bref rappel des principes de l'article 305 reste nécessaire.

1. Le texte du Code civil a été remplacé par l'article 92 des dispositions modificatives du Code judiciaire (art. 3 de la loi du 10 oct. 1967, entré en vigueur le 15 *juin* 1970).

D'une part, le Code judiciaire a étendu le bénéfice de l'article 305 C.C. à *tous* les descendants des époux, y compris les enfants nés d'un mariage précédent, les enfants naturels, adoptifs, légitimes de l'un et adoptés de l'autre (1).

D'autre part, il a limité les effets de l'article 305 C.C. aux seuls biens existant au jour de la *première comparution*. Avant l'entrée en vigueur de l'article 3, 92 C.J., cette question était controversée (2).

2. L'article 305 C.C. a été abrogé, par la loi du 1 juillet 1972, sans que soient prises, à cet égard, des dispositions transitoires...

Fallait-il dès lors appliquer l'article 305 C.C., tel que modifié par le Code judiciaire, aux procédures en cours le 28 juillet 1972, avec les répercussions que pareille application pourrait encore avoir à l'heure actuelle ? La réponse est positive, si l'on considère que le transfert de propriété a lieu de *plein droit* du jour de la première comparution sous la *condition résolutoire* de la non transcription du divorce (3). Elle est négative si l'on interprète la condition de la transcription comme une *condition suspensive* (4).

3. Le transfert prévu par l'article 305 C.C. était fait selon les règles de la dévolution successorale (art. 3, 92 du Code judiciaire).

4. L'usufruit des père et mère sur les biens dévolus aux enfants, par l'effet de l'article 305 C.C., n'a rien de commun avec la jouissance légale prévue par l'article 384 C.C. Cet usufruit « sui generis » se prolonge jusqu'à la *majorité* des enfants, et non jusqu'à 18 ans (cf. art.

---

(1) Cf. mercuriale du Procureur général MATTHYS, J., *Répercussions et innovations du Code judiciaire dans diverses branches du droit privé et du droit public*, *J.T.*, 1969, p. 23, 1ère col.

(2) Cf. Civ. Nivelles, 27 nov. 1970, *J. Niv.*, 1971, p. 13.

(3) Cf. *R.P.D.B.*, *Complément*, *T.I.*, *V° Divorce*, n° 535; — MASSON, J. P., *o.c.*, *J.T.*, 1972, p. 462, n° 10 et références citées; — *J.T.*, 1972, p. 645 — *adde* : Civ. Hasselt, 15 janv. 1974, *R.W.*, 1974-1975, 1616.

(1) Cf. M. le député DEFRAIGNE, *J.T.*, 1972, p. 645 et les références aux travaux préparatoires de la loi du 1 juillet 1972.

384 C.C.), et, à défaut de stipulation contraire dans le règlement transactionnel, il appartient à l'époux qui conserve la pleine propriété de l'autre moitié du bien (1).

5. Dès leur majorité, les enfants qui sont encore concernés, pour les raisons précitées, par les dispositions de l'ancien article 305 C.C., pourront demander la délivrance de leur part dans la moitié des biens des époux au jour de la première comparution.

II. Régime fiscal des pensions convenues

1. La pension payée *pendant* les épreuves à l'épouse l'est incontestablement en exécution d'une obligation alimentaire légale (art. 212). Elle est donc déductible, et corrélativement taxable dans le chef du bénéficiaire (2).

2. La pension payée à l'épouse *après* divorce n'a plus pour cause juridique une obligation légale mais bien conventionnelle. Elle n'est donc ni déductible ni taxable (3).

3. Les pensions servies aux enfants, pendant et après les épreuves, ont pour fondement les articles 203 et 303 C.C. Elles sont donc soumises au régime décrit en matière de divorce pour cause déterminée et notamment, sur demande, à celui de l'arrêt Pichault, à moins que l'administration admette de trouver dans l'article 1288, al. 3, C.J. la *base légale* de l'obligation aux aliments (4).

Ce régime est le même en cas de *séparation de corps par consentement mutuel* sous une réserve importante : comme l'obligation de secours (art. 212 C.C.) subsiste entre époux, la pension servie à la femme *après* séparation reste déductible et est taxable jusqu'à une éventuelle conversion (5).

---

(1) Cf. Vieujean, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1970, p. 656; — *contra* : J. P. Molenbeek, 7 nov. 1967, *J.T.*, 1968, p. 29, qui attribue cet usufruit à l'ex-conjoint, détenteur du droit de garde; — voyez encore à ce sujet, l'importante étude de Stienon, Paul, *R.C.J.B.*, 1967, p. 432 sq.

(2) Troisfontaines, *o.c.*, *J.T.*, 1973, p. 587, n° 5.

(3) Troisfontaines, *o.c.*, *ibid.*; — *adde* : Gand, 25 févr. 1970, *T. Not.*, 1972, 67.

(4) *O.c.*, p. 580, n° 13.

(5) Troisfontaines, *o.c.*, p. 579, n° 7/b.

CHAPITRE V

LA SÉPARATION DE CORPS PAR CONSENTEMENT MUTUEL

A. PRINCIPES GÉNÉRAUX

Cette institution, qui n'existait pas autrefois en droit belge, a été créée par la loi du 20 juillet 1962.

Les conditions et la procédure ont été très exactement calquées sur celles prévues en matière de divorce par consentement mutuel (cf. art. 307, al. 3 C.C., abrogé par l'art. 1306, al. 3, C.J.).

Ainsi, les réformes législatives des 10 octobre 1967, 20 novembre 1969, et 1 juillet 1972, ont également touché cette matière.

Les conditions requises, les mesures préalables, et la procédure sont donc celles du divorce par consentement mutuel.

Les effets de la séparation par consentement mutuel sont identiques à ceux du divorce, sous deux réserves :

- le lien conjugal subsiste, et le devoir de secours est maintenu au profit de *chacun* des époux quelles que soient les dispositions de la convention préalable ;
- l'article 305 C.C. n'a jamais été applicable à la séparation de corps par consentement mutuel, l'intérêt des enfants étant considéré comme suffisamment protégé par le maintien du lien conjugal.

B. LA CONVERSION EN DIVORCE DE LA SÉPARATION DE CORPS PAR CONSENTEMENT MUTUEL

La loi du 20 juillet 1962 a prévu la possibilité pour les deux époux divorcés par consentement mutuel, depuis trois ans au moins, de demander conjointement la conversion.

La procédure en conversion est prévue par l'article 1310 C.J. qui a été modifié, et mis en concordance avec d'autres textes, par l'article 11 de la loi du 1 juillet 1972. Ainsi :

1. *Une seule comparution* est requise, puisque les époux ont déjà comparu trois fois dans le cadre de la séparation de corps (art. 1310, al. 2, C.J.).

2. *Les conditions d'âge sont inexistantes.* En effet, l'âge minimum des époux et la durée du mariage étaient déjà nécessairement acquis lors de la première comparution en séparation. Par ailleurs, la loi du 20 novembre 1969 a supprimé l'article 277 C.C. et les conditions maxi-

mum d'âge de l'épouse et de durée du mariage (art. 11, 1° de la loi du 1 juillet 1972).

3. L'article 305 C.C. étant abrogé il n'est donc plus applicable à la séparation convertie en divorce (art. 12 de la loi du 1 juillet 1972).

4. Aucun transfert de propriété ne s'opérant au profit des enfants, l'inventaire et l'estimation des biens des époux, au jour de la comparution en conversion, est donc désormais superflue. L'article 1310, al. 2, 5° C.J. a donc été supprimé (art. 11, 2° de la loi du 1 juillet 1972).

5. Pour le surplus, les époux requièrent l'admission de la conversion, et le tribunal statue, de la même manière que dans la procédure de divorce par consentement mutuel. Les recours et la transcription sont soumis à des règles identiques (art. 1310, al. 5 et 6, C.J.).