

DROITS ET DEVOIRS DES EPOUX

par E. VIEUJEAN

Professeur ordinaire à l'Université de Liège

I. INTRODUCTION. VIE CONJUGALE ET DROIT

1. Banale est l'affirmation que les vingt dernières années ont bouleversé le droit des relations familiales, et l'on cite volontiers le mariage en exemple, quoique les règles sur la formation du lien n'aient guère changé et que l'égalité des époux soit encore très imparfaite. Aussi bien la conclusion du mariage passionne rarement les praticiens, et je soupçonne même que, l'ayant définitivement rangée parmi les souvenirs pénibles de l'université, beaucoup de mes anciens élèves se refusent à y voir autre chose qu'une matière destinée à combler les interrogateurs en mal de questions insidieuses. Quant à l'égalité des époux, on se flatte, malgré l'irritante lenteur de la réforme des régimes matrimoniaux, que c'est un fait acquis sinon accompli, que les fondements de notre droit sont dès aujourd'hui à l'opposé des principes consacrés en 1804 et que la rénovation s'étendra tôt ou tard au détail des solutions concrètes.

J'hésite pourtant à parler de bouleversement, non par crainte d'une anticipation certes défendable sur le terrain des idées, mais parce que notre droit ne laisse pas de considérer les noces comme l'engagement intrinsèquement indissoluble qu'un homme et une femme prennent réciproquement de mettre leurs vies en commun et parce que, à la protection et à l'obéissance près, la liste des obligations qui en naissent n'a pas varié depuis 1804, non plus que le caractère impératif des textes qui l'établissent. Cette stabilité est d'autant plus remarquable que notre siècle se pique de tout remettre en question et que la critique n'a pas épargné le mariage ou du moins la vision que l'on en avait jadis.

Encore ce jugement doit-il être nuancé, car il arrive que la portée d'une règle change bien que le texte légal ne soit pas modifié, et d'ailleurs, on ne peut saisir exactement les articles 212 à 226septies du Code civil si l'on omet de les rapprocher d'autres titres, tels ceux du divorce et des régimes matrimoniaux. Ainsi l'engagement des époux a perdu de sa fermeté à mesure que des réformes ont facilité le divorce, et son objet se réduit dès lors, par exemple, que l'on

permet au conjoint du dément de recouvrer sa liberté, fût-ce après dix ans d'épreuve, au lieu de lui objecter qu'il s'est marié pour le meilleur et pour le pire et que l'hymen perdrait, suivant l'expression du tribun GILLET, sa sublimité, voire sa dignité « si, borné à une simple association de plaisir, il n'était pas bien plus encore une assistance généreuse que deux faibles créatures se prêtent contre tous les maux de l'humanité, et un mutuel entre-support dans la carrière douloureuse de la vie » (1).

Cet exemple relatif au devoir d'assistance rappelle d'autre part comment le droit agit dans la sphère d'intimité de la vie conjugale, y traçant les frontières à respecter en cas de crise. C'est une action peu efficace, il est vrai ; les bonnes lois n'ont jamais fait les bons ménages. Mais il serait excessif d'en conclure que les relations personnelles des époux sont soustraites à l'ordre juridique. Au reste, l'excès contraire n'est pas moins fréquent. Les tribunaux français ont longtemps permis que les époux soient contraints *manu militari* à la cohabitation (2) bien que le recours à la force leur parût inadmissible dans l'exécution même des contrats lorsqu'il aurait porté atteinte à la liberté du débiteur. Plus modérés, nos juges s'en tenaient aux dommages et intérêts (3). C'est d'ailleurs en vain que l'on chercherait pareille condamnation dans les décisions publiées récemment, et de bons auteurs contestent, à la suite d'AUBRY et RAU (4), que l'époux qui rompt la cohabitation soit passible de dommages et intérêts (5). On observe notamment qu'engageant toute la personne, ce « devoir » est indéterminé, qu'il ne peut donc être assimilé aux obligations, voire qu'il ressortit à la sphère d'intimité soustraite à l'ordre juridique. Mais la réflexion n'est pas exempte d'ambiguïté. Il arrive aussi, singulièrement dans le louage de services, que, prise dans son ensemble, la relation contractuelle paraisse indéterminée parce que formée d'un faisceau complexe d'obligations, et, dans l'absolu, la notion de bon père de famille est proprement ineffable. Or il n'est nullement impossible de définir ce que l'une et l'autre prescrit ou défend selon les circonstances.

(1) *Discours au Corps législatif*, 30 ventôse XI, FENET, t. IX, p. 547.

(2) Paris, 31 mars 1855, *D.P.*, 1855, II, 284; — Chambéry, 27 décembre 1931, *Pas.*, 1933, II, 142.

(3) Cass., 18 mai 1899, *Pas.*, 1899, I, 259.

(4) *Cours de droit civil français*, 3e éd., t. IV, § 471, note 4, lesquels préconisent en revanche l'emploi de la force et la saisie des revenus.

(5) RIGAUX, *Les personnes*, t. Ier, Les relations familiales, n^{os} 1574 à 1578; — quant au droit français contemporain, voy. notamment et comp. : Y. CHARTIER, *Domicile conjugal et vie familiale*, *Rev. trim. civ.*, 1971, p. 510 à 581, spécialement p. 545 à 547; — Paris, 2 février 1973, *D.S.*, 1973, j., 525, note C. I. FOULON-PIGANIOL.

C'est par un procédé analogue que les tribunaux décident que telle conduite est ou non un manquement à la cohabitation et, par suite, autorise ou non un refus de pension ou un divorce pour injure grave. Ceux-ci méritent-ils le nom de sanction ? Peu importe en fin de compte, car il faut en tout cas les tenir pour les effets juridiques d'une faute, de sorte que, loin d'échapper à l'empire de la loi, la cohabitation et, plus généralement, les relations personnelles des époux doivent y être perçues en termes de droits et de devoirs. On se gardera au surplus de minimiser comme d'exagérer le sens de ces mots. Malgré la négation — d'ailleurs superflue en l'espèce — d'un arrêt (1), la cohabitation est d'ordre public, et chacun des époux peut l'exiger nonobstant convention contraire s'il ne la rend pas impossible par sa faute et s'il ne se heurte pas à une autre cause légale de suspension. Mais il n'est pas tenu de le faire, et le doyen SAVATIER en avait même conclu que, essentiellement révocables ad nutum, les séparations amiables et les pactes qui les organisent n'en sont pas moins licites (2).

II. ÉGALITÉ DES ÉPOUX

A. COHABITATION ET USAGE DE LA RÉSIDENCE CONJUGALE

2. Si chacun des époux peut exiger partout l'exécution du devoir de cohabitation, de sorte que « le mari et la femme conservent... tous deux le droit d'être reçus dans toute habitation de leur conjoint, fût-elle occasionnelle » (3) l'égalité instaurée par la loi de 1958 a notamment pour conséquence que, centre de la vie commune, la résidence conjugale est un lieu où chacun des époux est chez soi ; la femme y est, à l'égal du mari, « chef de maison » au sens de l'article 46 du Code d'instruction criminelle. On en a parfois déduit que la réquisition mentionnée dans ce texte doit être faite conjointement par les époux (4). La cour de cassation en conclut au contraire « que, lorsqu'il s'agit de la résidence conjugale où, conformément à l'article 212 nouveau du Code civil, les époux ont le devoir d'habiter ensemble, chacun d'eux possède le droit de requérir l'autorité et que la réquisition d'un seul suffit » (5).

(1) Bruxelles, 20 mars 1959, *Pas.*, 1960, II, 59-1960, 2011, critiqué dans notre Examen de jurisprudence, *Personnes*, *Rev. crit. jur. belge*, 1961, p. 491, n° 27, a.

(2) *Les conventions de séparations amiables entre époux*, *Rev. trim. civ.*, 1931, p. 535 à 550; — comp. : J. MAURY, *La séparation de fait entre époux*, *Rev. trim. civ.*, 1965, p. 515 à 544, spécialement n° 7; — Y. CHARTIER, *o.c.*, n° 48.

(3) Cass., 31 octobre 1960, *Pas.*, 1961, I, 226, *R.W.*, 1961-1962, 277.

(4) Corr. Liège, 9 mai 1959, *J. Liège*, 1958-1959, 283; — Anvers, 6 février 1961, *R.W.*, 1960-1961, 1488.

(5) Cass., 29 octobre 1962, *Pas.*, 1963, I, 283, *J.T.*, 1963, 7; — *adde* DELVA et BAERT, *Overzicht van de rechtspraak*, *T.P.R.*, 1964, p. 365, n° 48.

B. RELATIONS, CORRESPONDANCE ET COMMUNICATIONS TÉLÉPHONIQUES DU CONJOINT

3. Peut-on se prévaloir du système de l'article 215 du Code civil et de l'esprit de la loi du 30 avril 1958 — qui est de rendre les époux égaux dans la collaboration et non dans la licence — pour soutenir que, loin de disparaître, le pouvoir de contrôle jadis reconnu au mari — est désormais réciproque ? (1) Mais c'est opinion contestable. Les prérogatives dont le mari jouissait à cet égard avant 1958 étaient *exorbitantes*; elles ne peuvent dès lors avoir survécu — fût-ce en perdant leur caractère unilatéral — à l'abrogation de l'ancien article 213a, sur lequel on les fondait. La collaboration dans l'égalité peut s'accommoder d'un contrôle réciproque et modéré mais non d'une surveillance rigoureuse comme celle qui compétait au mari sous le Code Napoléon et qui ne pouvait se justifier que par l'idée d'autorité. On comprend donc que l'article 7, § 26, de la loi du 30 avril 1958 ait abrogé quant à la femme mariée l'article 70 de l'arrêté royal du 10 septembre 1936 sur le service postal intérieur.

On sait toutefois que doctrine et jurisprudence admettent depuis longtemps que les parties à une instance en divorce ou en séparation de corps produisent les lettres confidentielles obtenues sans déloyauté. Or il est évident que ce droit, accordé à la femme dès avant 1958, ne peut être aujourd'hui dénié au mari. C'est, semble-t-il, cette solution que l'on cherche à justifier en affirmant que les époux peuvent se surveiller réciproquement.

Quant aux communications téléphoniques, les époux en violeraient illégalement le secret s'ils branchaient un enregistreur sur la ligne pour se procurer une preuve de l'infidélité du conjoint. C'est à ce sujet que la cour de Bruxelles affirme justement dans un arrêt du 14 février 1961 : « Depuis la réforme de 1958, la puissance maritale dont le mari disposait auparavant et d'où découlait naguère le droit qui lui était reconnu de contrôler la correspondance de sa femme ne lui est plus conféré par la loi » (2).

C. PROFESSION

4. Rareté des décisions publiées et probablement aussi des décisions rendues. Est-ce à cause de la pauvreté des *sanctions* ? Divorce si l'exer-

(1) Anvers, 15 février 1960, *R.W.*, 1960-1961, 1198, note BAETEMAN; — *adde et comp.* Bruxelles, 7e, 25 novembre 1970, *Pas.*, 1971, II, 72.

(2) *J.T.*, 1961, 223, *Rev. dr. fam.*, 1961, 115.

cice de la profession interdite constitue une injure grave. Défense d'user du nom du conjoint dans les relations professionnelles (C. civ., art. 216). Refus ou radiation de l'immatriculation s'il s'agit d'un commerce (1). Impossibilité d'engager la communauté voire la pleine propriété des propres si l'interdiction frappe une épouse commune en biens (C. civ., art. 226quinquies, al. 2, a contrario). Enfin, s'il s'agit d'un louage de services, possibilité de faire condamner à des dommages et intérêts comme tiers complice le patron du conjoint récalcitrant.

L'article 217 du Code civil n'autorise pas les plaideurs à saisir indifféremment le tribunal ou le *juge des référés*; celui-ci n'est compétent que s'il s'agit de prendre d'urgence une décision provisoire sur la profession de l'un des époux, cas exceptionnel en une matière où le tribunal procède avec célérité (2).

D'ailleurs, le recours autorisé par les articles 215 et 217 n'est pas une panacée, et un mari ne pourrait pas en user pour se faire autoriser à constituer sans le concours de sa femme une hypothèque dans l'intérêt de ses affaires (3), ni une épouse pour se faire habilitier à demander un permis d'immigrer dans un pays où elle est engagée et dont la loi subordonne pareille demande à l'autorisation du mari ou de justice (4).

D. PUISSANCE PARENTALE

5. La loi du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse avait transposé dans la puissance paternelle le système de l'article 213 nouveau du Code civil, mais ce régime ne respectait pas l'égalité des parents mariés et il suscitait des difficultés techniques dans l'administration légale (5). La loi du 1er juillet 1974 aggrave ceci en corrigeant cela.

(1) C. civ., art. 217, complété par l'art. 21 de la loi du 16 août 1963, et lois coordonnées du 20 juillet 1964, part. 33.

(2) Civ. Bruxelles, prés., 31 juillet 1962, *J.T.*, 1962, 531.

(3) Liège, 17 juillet 1963, *J. Liège*, 1963-1964, 18; *Examen de jurisprudence, Personnes, R.C.J.B.*, 1965, p. 445, n° 18 : le mari n'a besoin d'aucune autorisation pour hypothéquer ses propres ou les immeubles communs.

(4) Comp. civ. Bruxelles, 22 octobre 1958, *J.T.*, 1959, 98, qui autorise à tort la demanderesse à choisir entre le recours des art. 215 et 217 du C. civ. et celui des art. 861 et 862 du C. proc. civ., lequel était seul adéquat puisqu'il s'agissait d'un acte particulier, distinct de la profession, et que l'épouse était incapable d'accomplir seule en vertu de la loi étrangère compétente; — contra, mais à tort, notre *Examen de jurisprudence, Personnes, R.C.J.B.*, 1961, p. 598 et 599, n° 34.

(5) Voy. notamment : C. DELNOY-MARGREVE, *La puissance paternelle après la loi du 8 avril 1965*, *Ann. dr. Liège*, 1967, p. 189 à 220, spécialement n° 10; — *Examen de jurisprudence, Personnes, R.C.J.B.*, 1971, p. 320 à 323, n° 92.

Il sera facile d'appliquer respectivement les deux alinéas de l'article 373 nouveau du Code civil dans les meilleurs et dans les pires ménages : l'harmonie des premiers s'accommode parfaitement de la gestion concurrente, et il paraît sage, quand les époux sont séparés, de confier l'autorité à celui qui a, en dehors même de toute décision judiciaire, la garde matérielle de l'enfant, dès lors que l'on permet à l'autre de saisir le tribunal de la jeunesse.

La tâche risque d'être moins aisée pour les unions médiocres. Des époux non séparés inscrivent leur fils l'un dans une école laïque et l'autre dans une institution religieuse : sur quels bancs s'assoira l'enfant ? On entend bien que le tribunal de la jeunesse tranchera. Mais que se passera-t-il avant le jugement et quelle serait la situation si les parents négligeaient tous deux de saisir la justice ?

La difficulté croît quand on passe à l'administration légale, supposant par exemple que les père et mère concluent, chacun de son côté et sans fraude ni faute, un bail de neuf ans avec des preneurs différents. Auquel le tribunal de la jeunesse donnera-t-il raison ? La date des contrats est indifférente puisqu'il ne s'agit pas de droits réels. On peut donc imaginer que le juge préfère le locataire le plus solvable ou celui qui a promis le loyer le plus élevé. Mais quelle sera la portée du jugement ? Il ne peut annuler l'un des baux, car les preneurs ne sont pas à la cause. Le tribunal se bornera par conséquent à déclarer que l'un des époux a eu tort d'agir, et il faudra ensuite citer le cocontractant devant le juge compétent pour prononcer la nullité.

Encore convient-il d'observer que le fondement de celle-ci n'apparaît pas clairement. C'est au moment de la formation des actes juridiques que l'on se place pour en apprécier la validité. Or chacun des père et mère avait alors le pouvoir de représenter l'enfant. On répondra peut-être que la décision du tribunal de la jeunesse l'a rétroactivement retiré à l'un d'eux. Mais c'est reconnaître que les pouvoirs concurrents de l'article 389 nouveau du Code civil dépendent en quelque sorte d'une condition résolutoire. Par suite, la prudence conseille à ceux qui traitent avec des parents mariés et non séparés d'exiger les deux signatures. Ainsi la pratique transformera-t-elle la gestion concurrente en gestion conjointe, système qu'avaient d'abord admis le Gouvernement et la Chambre des représentants (1). Au reste, le Rapport au Sénat fait peut-être allusion à cette transformation dans un passage, à vrai dire assez confus, aux termes duquel « il est... nécessaire de

(1) Voy. notamment : Gribomont, Rapport au Sénat, Doc., 1972-1973, n° 372, p. 3, 4 et 6, — Van Lidth de Jeude, Rapport à la Chambre des représentants, Doc., 1969-1970, 662; n° 3, p. 3.

faire intervenir la notion du mandat tacite réciproque et de réserver à l'autre époux un droit de recours » (1).

L'article 389 nouveau du Code civil réserve les « exceptions prévues par la loi », de sorte que le 4^e alinéa de l'article 1186 du Code judiciaire continue à régir les ventes d'immeubles : aujourd'hui comme hier, les père et mère « s'adressent ensemble, par requête, au tribunal de première instance afin d'être autorisés à la vente ». On observera toutefois que ce dernier texte n'érige pas la gestion conjointe en condition sine qua non, exigence qui rendrait absolument impossible toute vente immobilière quand les parents ne s'entendent pas. Il fallait en ce cas décider sous la loi du 8 avril 1965 que le père était habile à saisir le tribunal de première instance et à vendre seul pourvu que le dissentiment fût établi, et la mère avait le même pouvoir lorsque le tribunal de la jeunesse le lui avait accordé sur son recours. La loi du 1^{er} juillet 1974 ayant privé le mari de sa prépondérance, chacun des époux doit désormais se pourvoir de l'autorisation du tribunal de la jeunesse s'il veut se faire habiliter par le tribunal de première instance à vendre un immeuble contre le gré de son conjoint.

Ainsi que le signalait Ch. VAN REEPINGHEN, le 4^e alinéa de l'article 1186 du Code judiciaire « consacre une règle que la doctrine avait dégagée et à laquelle les tribunaux avaient le plus souvent égard, lorsqu'il s'agit de la vente volontaire de biens appartenant à un mineur qui se trouve sous la puissance paternelle de ses père et mère » (2). On sait d'ailleurs que cette règle prétorienne ne s'est jamais confinée aux ventes immobilières, et, en 1962, DE PAGE lui-même admettait, malgré ses critiques, que l'arrêt de cassation du 6 mai 1943 (3) interdisait au père, administrateur légal, d'accomplir aucun acte de disposition sans l'autorisation du tribunal de première instance (t. I^{er}, 3^e éd., n^o 800, B). Partant, le régime de l'article 1186 du Code judiciaire était celui de tout acte de disposition sous la loi du 8 avril 1965.

En est-il encore ainsi ? Dans l'affirmative, les père et mère ne pourraient saisir le tribunal de première instance et disposer séparément qu'à la condition de s'être pourvus de l'autorisation préalable du tribunal de la jeunesse, système fort lourd, on en conviendra. Dans

(1) p. 6.

(2) Rapport sur la réforme judiciaire, éd. du Moniteur belge, t. I^{er}, p. 417.

(3) Pas., 1943, I, 157.

la négative, on reconnaîtrait à chacun d'eux, conformément à l'article 389 nouveau, le pouvoir de comparaître seul devant le tribunal de première instance et d'accomplir pareillement l'acte permis par celui-ci, mais la solution ne laisse pas d'être embarrassante à cause du recours devant le tribunal de la jeunesse que cette disposition accorde à l'autre époux.

On observera, en faveur de la seconde réponse, que depuis 1804, les mots « administrateur » et « administrer » ont toujours été dans l'article 389 du Code civil synonymes de « gérant » et « gérer », que le nouveau texte ne réserve que « les exceptions prévues par la loi et que l'article 1186 du Code judiciaire ne mentionne que la vente immobilière. Mais les travaux préparatoires seront peut-être jugés propices à la première réponse. Aussi bien la commission de la justice du sénat a longuement discuté le sens du verbe « administrer » dans l'article 389 nouveau du Code civil, et son rapporteur écrit, après avoir rappelé la distinction technique de la disposition et de l'administration, qu'elle « a estimé devoir conserver dans le texte le terme « administre » » parce que « le contenu de l'acte d'administration tant en ce qui concerne la personne que les biens, varie en fonction d'un ensemble d'éléments de fait spécifiques à chaque situation » et qu'il convient dès lors « d'utiliser un terme générique, quitte à rechercher dans chaque cas particulier si l'acte incriminé relève d'un acte d'administration ou de disposition » (1).

Quant à la jouissance légale, l'égalité consacrée dès 1965 par l'article 384 du Code civil subit par la force des choses un tempérament non négligeable. Le mari peut seul exercer l'« usufruit » quand il y a communauté. Ainsi la plupart des épouses n'ont-elles que le droit de faire réprimer, le cas échéant, les abus ou les dissipations du père en alléguant par exemple la fraude ou en se fondant sur les articles 218 et 221 du Code civil. Au reste, ce droit appartient à chacun des époux séparés de biens, et il est d'ailleurs évident que ceux-ci peuvent soumettre à la justice les différends que susciterait entre eux leur jouissance indivise. La puissance parentale étant l'occasion plutôt que l'objet de ces litiges, le tribunal de la jeunesse n'en connaît pas : les parties saisiront tel juge que désigne le droit commun de la compétence (2).

(1) *Doc.*, 1972-1973, n° 372, p. 5.

(2) *Examen de jurisprudence, Personnes, R.C.J.B.*, 1971, p. 309, n° 88, a.

III. INÉGALITÉ DES ÉPOUX

A. CHOIX DE LA RÉSIDENCE CONJUGALE

6. On se gardera de sous-estimer l'importance de la relative inégalité maintenue par l'article 213 du Code civil, car, outre que le choix du mari l'emporte quand aucun motif légitime n'en commande un autre, la femme est contrainte, en cas de désaccord, de prendre l'*initiative de la procédure* (1) et, par conséquent, de *prouver* que tel motif légitime s'oppose à la décision du mari (2).

La prépondérance du mari suppose un *réel désaccord* sur le choix de la résidence conjugale, et cette condition fait défaut quand un homme délaisse femme et enfants pour mener ailleurs une vie indépendante, car son attitude indique qu'il a l'intention de se soustraire à la vie commune et non d'en déplacer le centre (3).

Pareillement, l'épouse aurait tort de se fonder sur les articles 213 et 217 du Code civil, au lieu de saisir le président sur le pied de l'article 221 du Code civil, lorsqu'elle veut prendre une *résidence séparée*. Les tribunaux sont attentifs à cette distinction (4), qui ne se réduit pas à une question de pure forme; indépendamment même des questions de procédure, l'action des articles 213 et 217 est différente de celle de l'article 221: d'un côté, il s'agit d'une femme qui ne se refuse pas à la cohabitation, mais qui prétend que la demeure choisie par le mari est inacceptable; de l'autre, il s'agit d'un époux qui prétend que la vie commune est devenue, au moins provisoirement, insupportable en quelque lieu que ce soit. En pratique cependant, les deux remèdes aboutiront souvent à des résultats identiques. Il faut en effet reconnaître à la femme qui obtient gain de cause dans la procédure prévue par les articles 213 et 217, le droit de suspendre la cohabitation si le mari n'obtempère pas à l'injonction de chercher une résidence convenable. Et la cohabitation serait également suspendue, mais cette

(1) Cass., 22 décembre 1961, *Pas.*, 1962, I, 497; *J.T.*, 1962, 296; *R.W.*, 1961-1962, 1653, rejetant le pourvoi formé contre Bruxelles, 26 janvier 1961, *Pas.*, 1962, II, 104, lequel réformait civ. Bruxelles, 27 novembre 1959, *J.T.*, 1960, 415; *R.P.N.*, 1960, 267.

(2) Cass., 26 février 1960, *Pas.*, 1960, I, 747; — civ. Bruxelles, 14 avril 1970, *Pas.*, 1972, III, 9; — sur le sens de « motif légitime » et de « motif grave », voy. Cass., 14 mai 1965, *Pas.*, 1965, I, 989; *J.T.*, 1965, 674; — *Examen de jurisprudence, Personnes, R.C.J.B.*, 1970, p. 435 et 436, n° 24.

(3) Cass., 4 novembre 1960, *Pas.*, 1961, I, 239; *R.P.N.*, 1962, 100, obs. F.L.; *Rev. dr. fam.*, 1962, 222; *R.W.*, 1961-1962, 831; — Bruxelles, 4 mars 1961, *Pas.*, 1962, II, 106; *R.P.N.*, 1964, 63; — civ. Bruxelles, 13 mars 1964, *Pas.*, 1964, III, 13; — Schaerbeek, 9 décembre 1964, confirmé par civ. Bruxelles, 18 mars 1965, *J.J.P.*, 1965, 191; — Liège, 18 novembre 1970, *J.T.*, 1971, 117.

(4) Voy. les réf. cit. dans nos *Examens de jurisprudence, Personnes, R.C.J.B.*, 1961, p. 493 et 494, n° 27, c, et 1970, p. 438, n° 24.

fois par le mari et illégalement s'il refusait de suivre la femme dans la résidence choisie par elle — et qui aurait seule la qualité de résidence conjugale — dans l'hypothèse où le tribunal se serait borné à confirmer ce choix.

On opérera une distinction analogue entre l'action des articles 213 et 217 — qui est propre à la femme — et celle des articles 215 et 217 — qui compétent également au mari — lorsque la profession des époux ou de l'un d'eux complique le choix de la résidence conjugale (1).

B. RELATIONS PATRIMONIALES ET ACTES JURIDIQUES

7. L'inégalité maintenue dans l'article 213 paraît presque négligeable au regard de celle que la femme subit encore dans les rapports patrimoniaux et dans l'usage de sa capacité. Le mari demeure « seigneur et maître » de la communauté, et celle-ci confond les biens des époux dans une union si étroite que les relations personnelles en sont elles-mêmes affectées. On aura beau dire par exemple que la suppression de la puissance maritale ôte au mari la direction de l'association conjugale et le pouvoir de régler seul le train de sa maison, il n'en demeurera pas moins le maître puisque lui seul peut détenir les fonds communs — c'est-à-dire le plus clair des ressources familiales —, en disposer et engager la communauté, prérogatives qui lui permettent, sauf recours judiciaire de la femme en cas d'abus (C. civ., art. 218, par exemple), d'ordonner à sa guise la vie matérielle et par là, dans une large mesure, la vie morale de la famille. Il conserve également le premier rôle en matière de secours et de contribution aux charges du mariage puisque le mode d'exécution de ces devoirs dépend du régime matrimonial.

Le principe de l'égalité se concilie en revanche avec la réciproque indépendance où la séparation de biens place les époux. On rappellera toutefois que dans ce régime même, la femme demeure *incapable* de donner entre vifs sans l'assistance ou le consentement spécial de son mari, ou sans y être autorisée par la justice (2).

Plus grave est l'inégalité maintenue dans l'article 555 de la loi sur les faillites, d'autant que la cour de cassation a récemment alourdi

(1) Voy. *Examen de jurisprudence, Personnes*, R.C.J.B., 1970, p. 437 et 438, n° 24.

(2) C. civ., art. 905; — sur le maintien de cette disposition, voy. et comp. VIEUJEAN, *Pouvoirs et capacité de la femme commune en biens*, *Ann. dr. Liège*, 1961, spécialement p. 421 à 426, et *Examen de jurisprudence, Personnes*, R.C.J.B., 1965, p. 466, n° 23, et les réf. cit.; — quant à l'acceptation des successions, l'incapacité de l'épouse séparée de biens a subsisté jusqu'à la loi du 5 décembre 1963 : voy. *Examen de jurisprudence, l.c.*

la charge de la preuve imposée à l'épouse en décidant, à propos d'un propre acquis au moyen de revenus professionnels, que la femme séparée de biens « ne peut fournir la preuve de la provenance et de la consistance des biens immobiliers réservés par toutes voies de droit, sauf par la commune renommée, que si l'acte d'acquisition contient la déclaration susmentionnée », à savoir la déclaration requise par l'article 226septies, § 5, alinéa 3, du Code civil (1).

IV. CONTRIBUTION AUX CHARGES DU MARIAGE ET SECOURS

A. PRINCIPES

1. Contribution aux charges du mariage

8. Associés dans l'accomplissement des fins du mariage, les époux doivent en principe en partager les charges, chacun d'eux eût-il les moyens de les supporter seul.

C'est tout d'abord par le travail au foyer qu'ils s'acquittent de leur contribution. Il convient de le souligner bien que la loi n'en parle pas, sans doute à cause de la difficulté de définir cet aspect de la vie conjugale en des normes précises (2). Aussi bien le seul principe que l'on puisse énoncer à cet égard est que les époux doivent collaborer le mieux possible, selon leurs talents et facultés, à l'œuvre commune que constitue la vie conjugale ou familiale. Le devoir de contribution rejoint ainsi le devoir d'assistance, tant il est vrai que la vie est rétive à toute classification rigide.

Quelle que soit son importance, cette forme de collaboration ne suffit pas. Elle doit être complétée par une *contribution financière*. En raison, celle-ci est un effet *nécessaire* du mariage; elle devrait donc être régie par le « régime matrimonial impératif de base » ou « régime primaire », ensemble de règles d'ordre public dont notre droit contient l'embryon et auquel tous les gens mariés seraient *automatiquement* soumis (3). Tel n'est pas, même depuis la réforme de 1958, le système du Code civil. La répartition des charges financières y est, suivant l'observation

(1) 24 octobre 1969, Pas., 1970, I, 173, cassant Bruxelles, 16 octobre 1968, Pas., 1969, II, 7; — contra notre *Chronique de droit belge*, *Rev. trim. civ.*, 1972, p. 217 à 220, n° 4.

(2) Comp. le projet de loi remplaçant le titre V du livre III du Code civil, amendements présentés par le Gouvernement, *Doc. Sénat*, 1965-1966, n° 281, p. 4, art. 4 : « Chaque époux contribue aux charges du mariage selon ses facultés et son état, tant par son activité domestique qu'au moyen de ses revenus ».

(3) Cl. RENARD, *Le régime matrimonial de droit commun*, Bruxelles, 1960, p. 43 à 51 et 65 à 81.

de De Page et Dekkers (1), l'élément essentiel du *régime matrimonial*, quel qu'il soit. L'étendue et les modalités des contributions respectives sont réglées par lui (2) — c'est-à-dire, le cas échéant, par le *contrat de mariage* — et *subsidiairement* par le 1er alinéa de l'article 218 du Code civil, lequel joue en outre un rôle *supplétif* depuis que la loi du 22 juin 1959 a supprimé la disposition finale de l'article 1537 du Code civil. Il suffit pour s'en convaincre de relire celui-ci : « Chacun des époux contribue aux charges du mariage *suivant les conventions contenues dans leur contrat* ».

Quant aux *modalités de la contribution*, il convient de rappeler que le régime sans communauté, le régime dotal et le régime en communauté n'imposent pas à la femme une dette véritable à payer successivement au cours du mariage; ils concentrent *automatiquement* les ressources du ménage entre les mains du mari. Ainsi le rôle de l'épouse est-il passif : elle se borne à apporter sa dot au moment du mariage. Celui du mari est, au contraire, éminemment actif : il détient les fonds, communs ou non, qui sont grevés d'une affectation aux charges du mariage; c'est donc lui qui doit les employer — seul ou avec le concours de la femme s'il lui confère le mandat domestique — à satisfaire les besoins de l'association conjugale.

N'ayant pas apporté de dot, la femme *séparée de biens* prélève successivement sa contribution sur ses revenus. La *puissance maritale* l'obligeait à verser ces prélèvements au mari (3). Celui-ci n'ayant même plus aujourd'hui la qualité de chef de famille, cette obligation s'est transformée : chacun des époux séparés de biens emploie lui-même sa contribution à satisfaire les besoins de l'association conjugale, de sorte que le rôle de l'épouse est à cet égard identique à celui qu'elle avait déjà — quel que fût son régime matrimonial — sous la loi du 20 juillet 1932, dans la mesure où elle devait une contribution sur ses biens réservés (art. 224b ancien dont la disposition est reproduite par l'article 226septies, § 2, nouveau).

En pratique, la *contribution* proprement dite est un aspect secondaire de ce que l'on nomme « devoir de contribution aux charges du mariage ». Ce devoir consiste surtout en une obligation de faire, *l'obligation d'entretien* dont traitait l'article 214 du Code Napoléon et qui incombe au mari dans tous les régimes et à chacun des époux en cas

(1) T. X, n° 2.

(2) C. civ., art. 1409, 5°, 1448, 1530, 1537, 1540 et 1575.

(3) DEMOLOMBE, t. IV, n° 87; — RODIERE et PONT, 2e éd., t. III, n° 1996 et 2185; — PLANIOL, RIPERT et NAST, *Traité pratique*, t. IX, n° 1018; — DE PAGE et DEKKERS, t. X, n° 1351 et 1352.

de séparation de biens ou lorsque la femme a des biens réservés. C'est cette obligation qui est l'objet de la plupart des contestations relatives aux charges du mariage. Elle doit en principe « s'exécuter au lieu de la résidence conjugale » (1), c'est-à-dire être *payée en nature* par les dépenses que l'époux débiteur fait pour subvenir aux besoins du ménage et dont l'époux créancier profite grâce à la cohabitation. Quand celle-ci est rompue, l'exécution en nature devient impossible, et si cette impossibilité lui est imputable, l'époux débiteur doit s'acquitter par équivalent en servant une pension au conjoint délaissé (mêmes arrêts).

2. *Secours*

9. Unis pour le meilleur et pour le pire, les époux sont voués à la solidarité la plus étroite, de sorte, par exemple, qu'il ne leur est permis de solliciter l'aide de leurs parents ou alliés qu'à défaut de pouvoir compter l'un sur l'autre (2). Cette solidarité est consacrée par l'article 212 du Code civil, *texte d'ordre public* aux termes duquel les époux se doivent mutuellement *secours*. C'est la *dette d'aliments* suivant la terminologie usuelle (3). Elle ne naît que si les époux sont l'un dans la gêne et l'autre dans l'aisance. Mais le contrat de mariage ne peut les en dispenser, fût-ce partiellement, et il arrive dès lors que l'un des conjoints soit encore débiteur d'aliments et doive, *en cette qualité*, financer l'association conjugale, bien qu'il se soit déjà conformé aux dispositions légales ou conventionnelles sur la répartition des charges du mariage. Ainsi le devoir de secours corrige-t-il les règles du contrat de mariage ou du régime matrimonial sur la contribution auxdites charges. Ces règles ne doivent être respectées que si les époux ont l'un et l'autre les moyens de payer la contribution qu'elles leur imposent et si la somme des deux contributions suffit aux besoins domestiques, eu égard à la condition des conjoints. Sinon l'époux aisé doit augmenter sa contribution en supportant la dépense commune au delà de la part que lui assigne son régime matrimonial (4).

(1) Cass., 4 novembre 1960, *Pas.*, 1961, I, 239; *R.W.*, 1961-1962, 831; — Cass., 19 juin 1970, *Pas.*, 1970, I, 927; — Arlon, 23 juin 1970, *J. Liège*, 1970-1971, 44; — Cass., 14 janvier 1971, *J.T.*, 1971, 216; *Pas.*, 1971, I, 447; *R.W.*, 1970-1971, 1708.

(2) Cass., 27 juin 1969, *Pas.*, 1969, I, 998; *J.T.*, 1969, 582.

(3) Comp. sur la terminologie de Cass., 18 octobre 1963, nos observations, *Examen de jurisprudence, Personnes*, *R.C.J.B.*, 1965, p. 446 à 448, n° 19.

(4) *Examen de jurisprudence*, *R.C.J.B.*, 1965, p. 447, 451 et 452, n° 19 et 20, ainsi que les réf. cit. p. 451 et 452.

Concrètement et si l'on néglige le régime dotal, le régime sans communauté et le cas exceptionnel du secours dû par l'épouse commune en biens et dépourvue de biens réservés, la contribution complémentaire due à titre de secours prend la même forme que la contribution ordinaire due en vertu du contrat de mariage ou du régime matrimonial : *c'est une obligation d'entretien*. Aussi bien cette modalité des aliments n'est anormale qu'entre personnes auxquelles on ne peut imposer la cohabitation (2). Elle est de règle au contraire entre les époux puisque ceux-ci sont tenus de vivre ensemble, et *l'obligation de faire* ne se résout en une dette de pension que si l'exécution en nature devient impossible par le fait du débiteur, c'est-à-dire si ce dernier abandonne son conjoint ou le force à quitter la résidence conjugale.

3. Connexité des deux devoirs

10. Il suffit de se rappeler ces principes pour comprendre que contribution et secours sont étroitement liés, quoique distincts, et qu'il peut être difficile de dissocier dans la réalité quotidienne les prestations qu'ils requièrent respectivement, d'autant que les charges du mariage englobent les besoins personnels des époux, de sorte qu'en y contribuant selon ses facultés et son état, le conjoint aisé remplit du même coup son devoir de secours. La dissociation ne s'opère nettement, *dans la séparation comme dans la vie commune* (3), que pour le conjoint auquel le régime matrimonial assigne un *forfait* : tout ce qu'il fournit en sus tient nécessairement au secours (1). Il est d'ailleurs évident que chacun des deux devoirs prend tout son relief si l'autre fait défaut, par exemple lorsque des époux aisés se doivent la contribution mais non le secours ou quand une femme riche, séparée de biens et conventionnellement dispensée de contribuer aux charges est obligée d'aider son mari, qui est dans le besoin. Mais il est non moins évident qu'il en est ainsi même si les époux sont séparés de fait et alors du moins que la rupture n'est pas imputable au créancier.

(1) Voy. C. civ., art. 210 et 211.

(2) Voy. à ce sujet la critique de civ. Liège, 2 février 1965, dans notre *Examen de jurisprudence, Personnes, R.C.J.B.*, 1970, p. 443, n° 27.

(3) Quant à la contribution forfaitaire, voy. notre *Examen de jurisprudence, Personnes, R.C.J.B.*, 1965, p. 451, n° 20, b.

B. CONTRIBUTION AUX CHARGES DU MARIAGE ET SÉPARATION DE FAIT

II. Construisant la séparation de fait à l'image de la séparation de corps, certains croient qu'elle suspend le devoir de contribution *même au détriment de l'époux innocent* ou du moins qu'il en est ainsi dès que l'on ne peut plus espérer raisonnablement le retour à la vie commune (1). De Page et Dekkers, par exemple, écrivent à propos de la séparation de biens conventionnelle : « L'article 1537 est de toute manière écarté, non seulement en cas de séparation de fait *amiable*, mais même en cas de séparation de fait *imputable à faute* à l'un des époux, et subsistant comme telle, quelle que soit l'attitude que prenne l'époux innocent. *Seuls les articles 212 et 203 demeurent applicables à la situation nouvelle créée par la séparation de fait* », car les dispositions légales ou conventionnelles sur la contribution sont alors sans objet : on n'a pas à contribuer aux charges « d'une vie commune qui n'existe plus » (2).

La raison alléguée étant toute générale, on ne peut limiter la conclusion au cas particulier de l'article 1537 (3). Il faudrait par conséquent décider que la séparation de fait suspend le devoir de contribution, quelles que soient les modalités de celui-ci, quel que soit le régime matrimonial et qu'il s'agisse du mari ou de la femme, de l'époux coupable ou de l'innocent (4). Mais ce serait décider l'impossible, car la séparation de fait est sans incidence sur le régime matrimonial. Les articles 218 et 221, il est vrai, permettent d'en altérer certains mécanismes. Mais ils ne le permettent que pour réprimer les manquements aux obligations du mariage, de sorte que la séparation de fait ne peut jamais priver le mari innocent des biens que la femme lui apporte ou apporte à la communauté pour soutenir les charges du mariage. Ainsi, malgré la séparation de fait, le mari innocent bénéficie *nécessairement* de la contribution financière de la femme s'il y a communauté, régime dotal ou régime sans communauté. Pourquoi n'en bénéficierait-il pas également s'il est séparé de biens ? Et pourquoi la femme injustement abandonnée ne pourrait-elle exiger l'exécution de la créance d'entretien *fondée sur le devoir de contribution* ? Serait-ce

(1) Voy. notamment : civ. Liège, 2 février 1965, *Pas.*, 1965, III, 57; *J. Liège*, 1964-1965, 212; — Bruxelles, 11 juin 1965, *J.T.*, 1965, 601; *Ann. Not. Enr.*, 1965, 221; *Pas.*, 1966, II, 167; — Courtrai, 30 novembre 1971, *R.W.*, 1971-1972, 1216.

(2) T. X, n° 1354, 4°; — adde et comp. Liège, 17 juin 1911, *Pas.*, 1911, II, 255, décision dont les motifs très généraux dépassent l'hypothèse de séparation amiable dont la cour était saisie, et, sur pourvoi, Cass., 29 février 1912, *Pas.*, 1912, I, 139.

(3) Comp. toutefois DE PAGE, t. Ier, 3e éd., n° 706bis, B.

(4) Voy. par exemple civ. Bruxelles, 4 avril 1952, *J.T.*, 1952, 384.

parce que l'on préfère autoriser l'époux coupable à se prévaloir de sa faute — rupture de la cohabitation — pour se soustraire à ses autres devoirs ?

Au reste, on lit dans un arrêt de cassation du 28 mars 1969 : « Il ressort de l'article 218 du Code civil » que l'obligation de contribuer aux charges du mariage « incombe aussi à l'époux coupable de la séparation de fait ». En refusant d'appliquer cet article par le motif que la séparation et sa durée ne peuvent être considérées comme accidentelles et passagères, « le juge du fond considère... que ledit article ne s'applique pas lorsque la séparation de fait est définitive même si la durée de celle-ci est due à la faute de l'époux débiteur ; — cependant le bénéfice de cette disposition légale ne pourrait être refusé au demandeur si celui-ci avait apporté la preuve que la durée de la séparation est imputable à faute à la défenderesse » (1).

C. DÉLÉGATION DE SOMME ET CONDAMNATION AU SERVICE D'UNE PENSION

12. Qu'il fût question de secours ou de contribution aux charges du mariage, l'inexécution de l'obligation d'entretien n'était jadis susceptible que d'une sanction : la condamnation au service d'une pension. La loi du 20 juillet 1932 en a créé une seconde, la délégation de somme, et la cadette a bientôt supplanté l'aînée. Aussi bien l'exécution de celle-ci demeure soumise au droit commun des saisies. La lenteur qui en résulte trouve, il est vrai, une compensation : l'époux saisissant est admis à concourir avec les autres créanciers ; simple représentant, il devrait au contraire subir leurs poursuites à l'égal de son conjoint s'il avait choisi la délégation. Mais la sanction établie par l'article 218 offre à son tour un avantage que ne comporte pas sa rivale : « mandat de justice », elle peut avoir pour objet même les créances déclarées insaisissables pour cause d'aliments (2). D'ailleurs la portée pratique des deux dernières différences est atténuée par l'article 1412 du Code judiciaire. Partant la délégation l'emporte neuf fois sur dix parce qu'elle est la voie la plus rapide et la moins onéreuse. On a parfois contesté que le demandeur ait toujours le choix entre les deux sanctions. La cour de cassation a jugé en la cause d'époux

(1) *Pas.*, 1969, I, 673; *J.T.*, 1969, 387; — *adde* Cass., 18 octobre 1963, sol. impl., *Pas.*, 1964, I, 179; *J.T.*, 1964, 72, et nos observations à propos de cet arrêt, *Examen de jurisprudence, Personnes*, 1965, p. 446 à 449, n° 19.

(2) Cass., 13 octobre 1938, *Pas.*, 1938, I, 315; — Berchem, 5 décembre 1967, *R.W.*, 1967-1968, 1188.

séparés de corps que le caractère de l'autorisation de percevoir des sommes dues au conjoint, « savoir le caractère d'un simple mandat de justice, conféré dans l'intérêt du ménage commun, et ne donnant naissance à aucune créance propre au requérant, s'oppose à ce que ladite autorisation soit donnée alors qu'en droit il n'existe plus de ménage commun aux époux, c'est-à-dire lorsque l'exécution du devoir de cohabitation... a légalement pris fin » (1).

Ce motif a, semble-t-il, inspiré une thèse qui eut un certain succès—encore qu'elle soit contestable à la fois sur le plan de la pratique et au regard des principes (2) — et au nom de laquelle des juges refusent parfois encore une délégation en laissant entendre que le requérant aurait peut-être eu gain de cause s'il avait réclamé une pension (3).

Partant de l'idée, incontestable en soi, que secours et contribution sont deux obligations différentes, on allègue à l'appui de cette thèse que la différence se marque jusque dans la sanction : n'étant autorisée que par l'article 218, qui traite de la contribution aux charges du ménage, la délégation serait étrangère au secours ou dette d'aliments lequel est régi par l'article 212 et ne pourrait fonder qu'une condamnation au service d'une pension. Par conséquent, il faudrait, dans la pureté des principes, réserver la première mesure aux époux qui cohabitent et n'accorder que la seconde à ceux que leur conjoint a chassés ou délaissés. Aussi bien la rupture de la vie commune ferait disparaître le « ménage » dont parle l'article 218 et, par suite, l'obligation de contribuer à ses charges et le droit d'obtenir une délégation ; elle laisserait exclusivement subsister le secours, lequel ne permettrait de réclamer qu'une pension. La mention de la « dernière résidence conjugale » dans l'article 218 indique pourtant que ce texte demeure applicable en cas de séparation. On est dès lors contraint de composer et l'on admet l'octroi d'une délégation à l'époux séparé pourvu qu'il maintienne autant que possible le « ménage » malgré la défection de son conjoint, fait plausible, par exemple, s'il conserve la résidence conjugale ou s'il continue à vivre avec les enfants communs, mais non si la rupture est ancienne et la réconciliation improbable (4). Au reste,

(1) 21 novembre 1941, *Pas.*, 1941, I, 437.

(2) *Examen de jurisprudence, Personnes, R.C.J.B.*, 1970, p. 449 à 452, n° 30.

(3) Voy. par exemple : Dinant, 24 novembre 1960, *J. Liège*, 1960-1961, 237; — Hasselt, 7 juin 1961, motifs, *R.W.*, 1961-1962, 1265; — Courtrai, 30 novembre 1971, *R.W.*, 1971-1972, 1296.

(4) Voy. : RENARD, *Examen de jurisprudence, Personnes, R.C.J.B.*, 1950, p. 159 et 160, n° 13, et 1957, p. 69 et 70, n° 18, c; — BAETEMAN et LAUWERS, *Devoirs et droits des époux*, n° 241.

il s'agit bien d'une concession, ainsi que le soulignent certains jugements (1).

Le tribunal de Bruges n'affirmait rien d'autre dans un jugement du 11 février 1967 aux termes duquel, en l'absence d'enfant à charge, l'article 218 n'est applicable en cas de séparation de fait que si celle-ci provient de causes « accidentelles et passagères ». Mais cette décision a été cassée par un arrêt du 28 mars 1969, dans lequel la cour reconnaît non seulement que l'époux coupable reste débiteur de sa contribution aux charges du mariage malgré la séparation (2), *mais encore que cette dernière ne permet jamais, parût-elle définitive, de refuser une délégation à l'époux innocent* (3). Quant aux conditions d'octroi de la pension ou de la délégation, on observera encore qu'il incombe au demandeur d'établir qu'il y a manquement au devoir de secours ou au devoir de contribution (4) et, le cas échéant, que la séparation de fait ne lui est pas imputable (5).

V. MANQUEMENTS GRAVES AUX DEVOIRS DU MARIAGE

A. POUVOIRS DU PRÉSIDENT

1. Délégation de somme et pension

13. Les cours de Liège et de Gand ont refusé d'annuler des ordonnances qui accordaient des pensions, et la seconde approuve en outre l'octroi d'une délégation (6). Pourtant les pouvoirs du président sont limités par les attributions des autres juges ; il lui est interdit d'« empiéter illégalement » sur celles-ci, c'est-à-dire de prendre des mesures « que le législateur aurait réservées à un autre juge » (7), et l'on en conclut généralement qu'il ne peut adjuger ni pension ni délégation, mais seulement des *provisions*, simples avances imputables sur les condamnations ultérieurement prononcées par le juge de paix (8).

(1) Par exemple : civ. Liège, 2 février 1965, *Pas.*, 1965, III, 57; *J. Liège*, 1964-1965, 212.

(2) Sur cette partie de l'arrêt, voy. ci-dessus, p. 21 et 22, n° 2.

(3) *Pas.*, 1969, I, 673, *J.T.*, 1969, 387.

(4) Voy. *Examen de jurisprudence, Personnes, R.C.J.B.*, 1965, p. 456 à 458, n° 21, d, et 1970, p. 454 à 456, n° 31, b.

(5) Voy. *Examen de jurisprudence, Personnes, R.C.J.B.*, 1961, p. 497, n° 28, d, et p. 498, n° 29, b, 1965, p. 454 et 455, n° 21, c, et 1970, p. 452 à 454, n° 31, a.

(6) Liège, 9 novembre 1965, *Pas.*, 1966, 263; — Gand, 26 mai 1966, *R.W.*, 1966-1967, 1484; — comp. Bruxelles, 23 février 1971, *Pas.*, 1971, II, 163, suivant lequel l'octroi d'une délégation serait intolérable lors même que celui d'une pension serait tolérable.

(7) Cass., 1er avril 1960, *Pas.*, 1960, I, 894.

(8) *Examen de jurisprudence, Personnes, R.C.J.B.*, 1961, p. 502 et 503, n° 32, a, et 1965, p. 459 et 460, n° 22, a; — DELVA et BAERT, *Overzicht van de rechtspraak, T.P.R.*, 1964, p. 381 et 382, n° 53, a; — BAETEMAN, note sous Gand, 21 janvier 1963, *R.C.J.B.*, 1964, p. 418 à 445, spécialement n° 16, p. 438.

Aussi bien les arrêts précités ne le contestent pas ; leur thèse est simplement que ce principe ne fait pas obstacle aux prorogations de juridiction que la *connexité* ou la *reconvention* (1) autorisent selon le droit commun. Elle n'en est pas moins remarquable, car ledit principe passait jusque là pour absolu : il paraissait justifier le rejet des demandes de pension ou de délégation connexes à des mesures prises par le président.

Hayoit de Termicourt a dénoncé de longue date les inconvénients de la règle que le président doit délaissier les demandes de *délégation* au juge de paix. Mais il fut, semble-t-il, l'un des premiers à reconnaître à cette règle un *caractère absolu de lege lata* (2), et l'on s'autorise souvent de lui pour établir que la connexité même ne permet au président d'accorder ni pension ni délégation. L'éminent magistrat paraît se fonder sur le texte de l'ancien article 214b (passage exactement reproduit dans l'article 218 nouveau). Pourtant, si celui-ci attribue formellement la compétence au juge de paix, il n'indique pas qu'elle soit *exclusive*, et pareille indication ne figure pas davantage dans l'article 3, 11^o, de la loi sur la compétence civile ni dans l'article 591, 7^o et 8^o, du Code judiciaire. Il ne s'agit donc pas, semble-t-il, de mesures que le législateur aurait, suivant la formule de la cour de cassation (1er avril 1960 précité), « réservées » au magistrat cantonal, de sorte que le tribunal pourrait connaître d'une demande de pension ou de délégation connexe à un litige dont il serait saisi. Pourquoi son président ne le pourrait-il pas également ?

Objectera-t-on que le président est un « juge d'exception » ? L'article 566 du Code judiciaire étend, suivant l'ordre qu'il indique, des juridictions d'exception aux affaires connexes.

Ne faut-il pas du moins voir un obstacle dans le caractère spécial de la mission du président ? On répète à l'envie que le règlement des manquements graves a une nature particulière qui le soustrait au droit commun. Mais cette « nature particulière » résiste apparemment aux analyses les plus minutieuses (3), et il s'en faut que le régime des prérogatives présidentielles soit clairement défini dans la loi, celle-ci dût-elle être complétée à l'aide des travaux préparatoires. Il appartient aux juges d'achever ce que le législateur a ébauché et de déterminer

(1) Comp. Bruxelles, 25 avril 1969, *J.T.*, 1969, 441, qui, refusant d'annuler une ordonnance, se fonde à la fois sur le fait que la pension était demandée reconventionnellement et sur celui qu'elle a été accordée pour six mois seulement, « durée possible d'une instance en justice de paix ».

(2) *La femme devant la loi civile*, *Pand. pér.*, 1939, p. 1 à 41, spécialement p. 25 et 26.

(3) Voy. notamment BAETEMAN, *note précitée*, nos. 2 à 9.

quand et comment ledit régime s'écarte du droit commun, eu égard aux besoins de la pratique, à la qualité des parties et à la nécessité de rendre aussi simple et discrète que possible une procédure que l'on qualifie volontiers de « familiale », encore que ce qualificatif, étranger aux catégories de notre droit judiciaire, soit rien moins qu'une directive sûre et précise. La simplicité et l'efficacité ne requièrent-elles pas que le président vide les demandes de pension ou de délégation connexes aux mesures qu'il prend ?

On objecte encore que le délai de quinze jours imparti au président par l'article 221, § 2, est trop bref pour l'instruction de pareille demande, que le législateur aurait fixé un terme plus long s'il avait permis que l'ordonnance porte sur les manquements aux devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage et que cette permission aurait au surplus fait l'objet d'une disposition formelle, ainsi que l'établit a contrario le texte des 5e et 6e alinéas de l'article 268 du Code civil, aujourd'hui reproduit dans le 5e alinéa de l'article 1280 du Code judiciaire (1). Mais l'obligation de prononcer dans la quinzaine n'interdit pas de tenir, au besoin, la décision en suspens jusqu'à ce que la cause soit entièrement débattue (2), d'autant que des mesures temporaires peuvent être ordonnées en attendant que l'affaire soit en état. Quant au silence de la loi, on risque d'en exagérer l'importance si l'on ne se souvient, par exemple, qu'aucun texte ne déclare l'ordonnance insusceptible d'appel et d'opposition, et l'argument déduit de l'article 268 du Code civil est loin d'être décisif, car cette disposition a été modifiée par la loi du 30 avril 1958 non pas dans le dessein de proroger la juridiction des référés à des demandes de délégation connexes, mais bien pour augmenter les pouvoirs du juge sur des objets qui sont directement de sa compétence.

Encore convient-il de reconnaître que le système des cours de Gand et de Liège pourrait imprimer une déformation à la juridiction présidentielle. La seconde le pressent peut-être lorsqu'elle relève que « le droit à la pension... revêt un caractère aussi urgent et aussi provisoire que les mesures prévues par l'article 221. L'observation est exacte mais inutile. Par définition, le magistrat dont la compétence est prorogée devient habile à connaître de demandes qui échappent à ses attributions propres. Ainsi la prorogation admise par les cours de Gand et de Liège pourrait en fin de compte autoriser le président à ordonner des mesures qui ne seraient ni urgentes ni provisoires mais seulement connexes à des mesures urgentes et provisoires.

(1) Prés. Bruges, 21 avril 1967, *R.W.*, 1967-1968, 406.

(2) Bruxelles, 20 mars 1959, *Pas.*, 1960, II, 59; *R.W.*, 1958-1959, 2011.

Enfin, il n'est pas sans intérêt de se souvenir que, suivant une jurisprudence très ferme, les termes de l'article 391bis du Code pénal comprennent « la condamnation à fournir une pension alimentaire prononcée dans le cadre des mesures urgentes et provisoires... qui font l'objet d'une ordonnance rendue par le président du tribunal en application de l'article 221 du Code civil » (1).

2. Attributions respectives du président et du tribunal de la jeunesse

14. Naguère encore, le 1er alinéa de l'article 221 du Code civil portait : « Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs, le président du tribunal de première instance de la dernière résidence conjugale ordonne les mesures urgentes et provisoires qu'exige l'intérêt de l'autre époux et des enfants ». Quoique ce texte fût parfaitement clair et permît manifestement au président de régler la garde des enfants, d'aucune en doutaient, semble-t-il, depuis la loi du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse, et on lit dans les développements de l'une des propositions de loi qui ont donné naissance à la loi du 1er juillet 1974 que, tel qu'il était alors rédigé, l'article 221 du Code civil « visait... essentiellement les «biens» de la communauté et des enfants » (2). Voilà pourquoi ledit article 221 commence aujourd'hui par cette phrase : « Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs, le président du tribunal de première instance de la dernière résidence conjugale connaît des mesures urgentes et provisoires, relatives à la personne et aux biens des époux et des enfants ».

Comment départager les attributions respectives du président et du tribunal de la jeunesse ? Quand les limites tracées par la notion de manquement grave et par les articles 373 et 389 du Code civil n'y suffisent pas, il faut se souvenir que le second n'est pas institué pour arbitrer les démêlés conjugaux. Il ne lui appartient pas de départager les époux sur leurs droits et devoirs respectifs et il doit se défendre de le faire, fût-ce indirectement et sous couleur de prononcer sur l'exercice de la puissance paternelle. En d'autres termes, il est sans pouvoir lorsque, suite et non cause de la désunion, le dissentiment relatif au mineur prend figure de *simple incident*, l'intérêt de l'enfant n'étant en somme qu'une arme dans la guerre que se font les conjoints (3).

(1) Cass., 1^{er} mars 1965, *Pas.*, 1965, I, 665; R.W., 1965-1966, 1754; — adde Cass., 4 et 18 septembre 1967, sol. impl., *Pas.*, 1968, I, 1 et 75.

(2) Proposition DE RIEMAECKER-LEGOT, *Doc. chambre*, 1969-1970, 662, n° 1, p. 2; — adde VAN LIDTH DE JEUDE, *Rapport, Doc. chambre*, 1969-1970, 662, n° 3, p. 2.

(3) Voy. *Examen de jurisprudence, Personnes, R.C.J.B.*, 1970, p. 312 à 314, n° 89, et les réf. cit.

B. INTERDICTION D'ALIENER DES IMMEUBLES

15. Un fait est, dit-on, plus fort qu'un lord-maire. C'est que les lords-maires sont moins puissants que les présidents de nos tribunaux. Telle est du moins la conclusion à laquelle conduit la lecture d'ordonnances qui interdisent à des maris de vendre ce qu'ils ont déjà vendu (1).

De bons auteurs ont approuvé des décisions, alléguant notamment que l'épouse ne peut être « privée du recours rapide et immédiat au président du seul fait qu'un compromis sous seing privé aurait été signé entre son mari et le tiers, ce qui... aurait pour conséquence d'énerver considérablement l'efficacité de l'article 221 » (2).

Ainsi la *fait accompli* ne désarmerait pas le président. Celui-ci pourrait donc interdire une vente transcrite depuis des années. On se récriera en entendant cette déduction : il s'agit de compromis, non de vente transcrite ! Où est la différence ? Les droits de l'acheteur sont identiques dans les deux cas. On objectera peut-être que la transcription de la vente rend l'acquéreur propriétaire erga omnes et qu'elle est au surplus précédée de la rédaction de l'acte authentique, lequel donne date certaine à l'aliénation. L'objection serait pertinente si l'épouse commune en biens était un tiers au sens de l'article 1er de la loi hypothécaire ou de l'article 1328 du Code civil. Mais elle ne l'est pas. Elle n'a pas « contracté sans fraude », et il n'y a aucun risque qu'elle soit *trompée* par son ignorance de l'acte (3). Mais c'est trop peu dire. Il faut non seulement dénier à la femme commune en biens la qualité de tiers au sens de ce texte, mais encore reconnaître qu'elle n'a pas davantage celle de tiers tout court. Elle est représentée par son mari ; les actes de celui-ci lui sont « opposables ». Entendons qu'elle est, quant à ces actes *et en tant que femme commune en biens*, dans une situation assimilable à celle de l'ayant cause qui recueille une universalité ou une quotité d'universalité. Les faits et actes du mari lient en principe la femme ou ses héritiers *sans qu'ils puissent même alléguer le défaut de date certaine* (4). Cette dernière précision, consacrée par la loi interprétative du 28 avril 1850, indique que la femme est *partie*

(1) Prés. Arlon, 2 mai 1964, *J.T.*, 1966, 407; — Prés. Verviers, 5 mai 1966, cité par Verviers, 19 décembre 1966, *J.T.*, 1967, 577, note DELNOY-MARGRÈVE.

(2) RENAULD, *Examen de jurisprudence, Régimes matrimoniaux*, R.C.J.B., 1969, p. 63, n° 10; — adde BAETEMAN, DELVA et Vlieghe-CASMAN, *Overzicht van rechtspraak, Huwelijksvermogensrecht*, T.P.R., 1972, p. 493 et 494, n° 107.

(3) Voy. et comp. Cass., 8 avril 1957, R.C.J.B., 1958, p. 95, et DABIN, note sous cet arrêt, spécialement, p. 108 et 109.

(4) VIEUJEAN, *La sauvegarde des intérêts familiaux par l'épouse commune en biens*, R.C.J.B., 1964, p. 111 à 143, spécialement n° 4 et les réf. cit.

même à un « compromis de vente » signé par le mari. Envers elle comme à l'égard du mari, la vente est parfaite et l'acquéreur propriétaire dès la signature du « compromis ». Partant, si le président peut l'interdire après ce moment, il faut, sauf à rompre avec la logique, décider qu'il lui est encore permis de le faire après la transcription du titre.

La thèse critiquée déforme la règle de l'article 221, car la mission du président dans le domaine des aliénations est d'empêcher l'époux coupable de faire des actes, de contracter des engagements, de prendre des initiatives qui consommeraient un manquement grave, mais non de dispenser, fût-ce momentanément, le mari de ses obligations envers les tiers, d'autant que ces obligations ne peuvent être méconvenues ni par ceux qu'elles lient *ni par le juge* tant que les conventions dont elles procèdent ne sont pas déclarées nulles ou inopposables après avoir été discutées *en présence des créanciers* (1).

C. INTERDICTION D'ALIENER DES MEUBLES

16. Que vaut une vente de meubles consentie par un mari au mépris d'une interdiction d'aliéner prononcée par le président? L'ordonnance prive le mari du *pouvoir* d'aliéner. La vente sera donc déclarée *inopposable* à la femme, mais celle-ci doit saisir le tribunal à cet effet : la sanction n'est pas automatique (2).

(1) *Examen de jurisprudence, Personnes, R.C.J.B.*, 1970, p. 462 à 472, n° 34.

(2) Voy. notre note sous civ. Liège, 1^{er} février 1963, et Hasselt, 26 février 1964, *R.C.J.B.*, 1964, p. 111 à 143.