

observées pour la prononciation du divorce. Elles résultent de la nature même des choses. Au jour fixé par la citation qui doit être faite à l'époux défendeur, l'époux demandeur se présente devant l'officier de l'état civil; il lui remet le jugement qui autorise le divorce avec une copie de l'exploit de signification qui en a été fait, ainsi que de l'assignation donnée au défendeur. Il doit aussi constater, dans les formes prescrites par le code de procédure (art. 548), qu'il n'y a ni opposition ni appel (1). L'officier de l'état civil déclare ensuite, au nom de la loi, que le mariage est dissous. Il dresse acte de cette déclaration. C'est un acte de l'état civil qui doit être reçu dans les formes ordinaires (2). Si l'un des époux est commerçant, le jugement et l'acte de divorce doivent être rendus publics (code de commerce, art. 66; code de procédure, art. 872).

§ V. *Des mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée.*

N° 1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

252. Pendant le cours de l'instance et jusqu'à la prononciation du divorce, le mariage subsiste avec toutes ses conséquences légales. Le mari conserve donc la puissance maritale, la femme ne peut faire aucun acte sans son autorisation (3). Il conserve également la puissance paternelle. Il en est de même des effets que le mariage produit quant aux biens des époux. Leurs conventions matrimoniales subsistent. En l'absence d'un contrat de mariage, la communauté légale continue à exister entre les époux; par suite, le mari a toujours l'administration des biens de la femme (4). Il n'y a pas à distinguer si le mari est de-

(1) Arrêt de Bruxelles du 17 novembre 1847 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 185).

(2) Toullier, *le Droit civil français*, t. I, 2, p. 35, n° 701, édition de Duvergier.

(3) Arrêt de la cour de cassation du 11 juillet 1809 (Daloz, au mot *Séparation de corps*, n° 446).

(4) Arrêt de La Haye du 14 janvier 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 11).

mandeur ou défendeur en divorce. Toutefois la loi prescrit quelques mesures provisoires que la nature de la demande en divorce rend nécessaires. Mais ces mesures ne portent aucune atteinte aux droits du mari, elles les modifient seulement; en dehors de ces modifications, le mari peut exercer tous les droits qui dérivent du mariage et des conventions matrimoniales.

253. Nous trouvons une application de ces principes dans l'article 271. La loi suppose que les époux sont mariés sous le régime de la communauté. Sous ce régime, le mari peut aliéner les biens, meubles ou immeubles, qui composent la communauté, et il a un pouvoir illimité de l'obliger. Conserve-t-il ce pouvoir étendu pendant la durée de l'instance? La loi décide la question affirmativement, car elle donne seulement à la femme une action en nullité, dans le cas où le mari aurait contracté une dette ou consenti une aliénation en fraude des droits de la femme; et c'est à la femme, qui prétend qu'il y a fraude, à la prouver (1). C'est dire que le mari reste maître et seigneur de la communauté. Quant au droit que l'article 271 reconnaît à la femme, c'est l'application d'un principe général posé par l'article 1167, au profit de tous créanciers quand le débiteur fait un acte en fraude de leurs droits. C'est ce qu'on appelle l'action paulienne.

La loi ne parle que de l'aliénation des immeubles. Faut-il en conclure que la femme n'aurait pas le droit d'attaquer la vente des meubles, si elle était frauduleuse? Non, certes; le principe posé par l'article 1167 est général et s'applique à tous actes frauduleux. Il va sans dire que la femme doit prouver la fraude non-seulement du mari, mais aussi des tiers qui ont contracté avec lui; toujours par application des principes généraux (2).

La rédaction de l'article 271 soulève encore une autre difficulté. Il parle des actes faits par le mari postérieure-

(1) Jugement du tribunal de Lyon du 26 janvier 1867 (Daloz, 1867, 5, 392, n° 8).

(2) Arrêt de Bruxelles du 9 août 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 73). Jugement du tribunal de Bruxelles du 23 janvier 1856 (*Belgique judiciaire*, t. XIV, p. 188).

ment à l'ordonnance rendue par le président sur la requête du demandeur en divorce (art. 238). Que faut-il décider, si le mari a fait, antérieurement à cette ordonnance, des actes en fraude des droits de la femme? Il est certain que celle-ci ne pourra pas se prévaloir de l'article 271; mais ne peut-elle pas invoquer l'article 1167? Il y a quelque doute. La question est de savoir si la femme commune en biens peut attaquer les actes de son mari, comme étant faits en fraude de ses droits. Il s'agit, bien entendu, d'actes que le mari fait en sa qualité de chef de la communauté. Or, le mari en est maître et seigneur; il peut la dilapider, la ruiner, sans que la femme ait une action quelconque contre lui. Le pouvoir absolu dont il jouit exclut toute idée d'une action fondée sur le préjudice. Mais ne faut-il pas faire exception en cas de fraude (1)? Nous examinerons la question au titre du Contrat de mariage. Si on la décide affirmativement, il faut dire que l'article 271 n'est que l'application du droit commun.

Si l'article 271 n'est que l'application du droit commun, on ne voit pas quelle est l'utilité de cette disposition. Elle s'explique par les travaux préparatoires. Le projet adopté par le conseil d'Etat portait (art. 41) : « A compter du jour de la demande en divorce, le mari ne pourra plus contracter de dettes à la charge de la communauté, ni disposer des immeubles qui en dépendent : toute aliénation qu'il en fera sera nulle de droit. » C'était un moyen énergique de garantir les intérêts de la femme, mais il était injuste puisqu'il présumait la fraude de la part du mari, sans même l'admettre à la preuve contraire. Il se peut cependant qu'il soit de bonne foi, et s'il est de bonne foi, pourquoi lui défendre de s'obliger et d'aliéner? C'eût été porter atteinte aux droits du mari, alors que le mariage subsistait avec ses conséquences légales. Le Tribunal critiqua la disposition du projet et proposa un nouveau système qui ne fut pas accueilli par le conseil d'Etat, mais on abandonna aussi celui du projet pour en revenir

(1) Voyez, en ce sens, un arrêt de Bruxelles du 9 avril 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 42).

au droit commun (1). La disposition actuelle n'a donc d'autre objet que de dire que le mari reste chef de la communauté, qu'il peut s'obliger et aliéner les immeubles, sauf à la femme à attaquer les actes frauduleux, à charge par elle de prouver la fraude, la fraude n'étant plus présumée. Tout cela résulte des principes généraux, et il était inutile de le dire.

NO 2. DES ENFANTS.

254. Aux termes de l'article 267, l'administration provisoire des enfants reste au mari, sans distinguer s'il est demandeur ou défendeur. Quand le divorce est prononcé, la loi confie, en règle générale, les enfants à celui des époux qui l'a obtenu (art. 302). Pendant l'instance, il n'y a pas encore d'époux coupable; il n'y avait donc pas de raison de dépouiller le mari, fût-il défendeur, de l'exercice de la puissance paternelle, ou de modifier cet exercice. La loi veut, en conséquence, que les enfants restent au mari; elle s'exprime en termes impératifs : « l'administration restera. » Toutefois elle admet une exception : « A moins, dit l'article 267, qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande soit de la mère, soit de la famille ou du procureur impérial, pour le plus grand avantage des enfants. » L'exception s'applique aux deux hypothèses prévues par la règle, c'est-à-dire que le mari soit demandeur ou défendeur. Peu importe, en effet; c'est le plus grand avantage des enfants qui doit seul être pris en considération : question que le tribunal décide d'après les circonstances.

Nous disons le tribunal. L'article 267 donne ce pouvoir au tribunal et non au président. Du reste, il a été jugé, et avec raison, que le tribunal peut ordonner que les enfants soient remis à la mère aussitôt après que le demandeur a remis sa requête au président (2). Le président n'a pas ce

(1) Observations du Tribunal, n° 12 (Loché, t. II, p. 555 et suiv.).

(2) Arrêt de Bruxelles du 27 germinal an XIII (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 456, 1°).

droit; et cela se comprend, car il s'agit de modifier la puissance paternelle, qui est d'ordre public. Toutefois, s'il y avait urgence à prendre une mesure en faveur des enfants, le président pourrait, comme juge de référé, ordonner qu'ils soient confiés à la mère; mais le président doit, en ce cas, observer les formes prescrites par le code de procédure (art. 806 et suiv.). S'il statuait comme magistrat conciliateur, en vertu de l'article 232 du code civil, il excéderait ses pouvoirs, et son ordonnance serait annulable (1). La différence n'est pas seulement dans les mots: l'ordonnance de référé est susceptible d'appel, tandis qu'on ne peut pas interjeter appel des mesures que le président prend en vertu de sa mission de conciliateur (2).

255. Le tribunal peut-il ordonner que les enfants soient confiés à une tierce personne? L'affirmative ne souffre aucun doute. D'après l'article 267, l'administration provisoire des enfants reste au mari, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal. La loi ne dit pas que les enfants doivent être remis à la femme; elle est conçue à dessein en termes très-vagues, *autrement ordonné*, ce qui laisse toute latitude au juge. Rien de plus naturel d'ailleurs, le principe étant que le tribunal doit se décider dans son choix, *pour le plus grand avantage des enfants*. Ce qui lève tout doute, c'est qu'après l'admission du divorce, le tribunal peut ordonner que les enfants soient confiés aux soins d'une tierce personne. Pourquoi ce qui se fait définitivement après la dissolution du mariage ne pourrait-il pas se faire, à titre de mesure provisoire, pendant l'instance en divorce (3)?

Les mesures que le tribunal prend à l'égard des enfants sont essentiellement temporaires, en ce sens qu'il peut toujours en prendre d'autres, si l'intérêt des enfants l'exige. Il en est ainsi des mesures dites définitives que le

(1) Arrêts de Grenoble du 2 mai 1864 (Daloz, 1865, 2, 145) et de Caen du 1^{er} juillet 1867 (Daloz, 1867, 5, 390, n° 2).

(2) Arrêt de Paris du 5 janvier 1848 (Daloz, au mot *Séparation de corps*, n° 131).

(3) Voyez, en ce sens, les arrêts cités par Daloz, au mot *Séparation de corps*, n° 123.

tribunal ordonne quand le divorce est admis (1). A plus forte raison le juge peut-il revenir sur des mesures provisoires. Bien entendu que le tribunal ne peut rien décider que sur la demande des parties intéressées. Sont telles, aux termes de l'article 267, les père et mère, la famille, c'est-à-dire le conseil de famille et le ministère public.

256. Il s'est présenté des difficultés sur l'exécution des décisions prises par le tribunal. L'huissier chargé d'exécuter la décision du tribunal peut se faire assister par les agents de la force publique. Cela ne fait aucun doute; c'est le droit commun. La jurisprudence consacre un moyen de coercition moins violent, la saisie des revenus de l'époux récalcitrant (2). Au point de vue des principes de droit, la question est douteuse. Nous l'avons déjà rencontrée, quand il s'agit de forcer la femme à rentrer dans le domicile conjugal. Dans notre espèce, elle est encore plus douteuse. La femme qui refuse de réintégrer le domicile conjugal viole une obligation qu'elle a contractée en se mariant; elle est donc débitrice dans le sens le plus large du mot, et l'on conçoit à la rigueur qu'elle soit contrainte de remplir son devoir par les voies de la saisie. Mais dans notre espèce, la femme n'est pas débitrice; il s'agit uniquement d'exécuter par la force une décision judiciaire. Ne faudrait-il pas un texte de loi qui autorise le juge à ordonner la saisie? Nous le croyons (3). Les tribunaux ont encore choisi une autre voie pour arriver au même but. Ils condamnent l'époux qui refuserait d'exécuter le jugement à des dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard (4). Cette voie d'exécution nous laisse également des scrupules. Peut-il être question de dommages-intérêts en cette matière? Quelle est la perte qu'éprouve la mère à qui on refuse de remettre les enfants? quel est le gain dont elle est privée? A vrai dire, il ne s'agit pas des parents, il s'agit de l'avantage des enfants. La chose

(1) Arrêt de Bordeaux du 9 juin 1832 (Daloz, au mot *Séparation de corps*, n° 327).

(2) Arrêt de Colmar du 10 juillet 1833 (Daloz, au mot *Mariage*, n° 761).

(3) Voyez plus haut, p. 121, n° 91.

(4) Arrêts de la cour de cassation du 4 avril 1865 et du 8 novembre 1864 (Daloz, 1865, 1, 387 et 390).

est de toute évidence quand c'est sur la demande du ministère public que les mesures sont prises. Il n'est donc pas exact de dire que l'époux récalcitrant cause un dommage et qu'il est tenu de le réparer. En réalité, le tribunal prononce une peine pécuniaire; or, peut-il y avoir une peine sans loi pénale?

N° 3. DE LA RÉSIDENCE PROVISOIRE DE LA FEMME.

257. L'article 268 porte : « La femme demanderesse ou défenderesse en divorce pourra quitter le domicile du mari pendant la poursuite. » On comprend que l'obligation de la vie commune ne peut subsister pendant l'instance en divorce; la paix de la famille serait troublée à chaque instant, la sûreté même de la femme serait compromise. La femme devait donc avoir le droit de quitter le domicile conjugal. Nous disons que c'est un droit pour elle. En effet, le code dit qu'elle *pourra* quitter le domicile du mari. Est-ce à dire que le tribunal ne doit pas intervenir? L'article 268 ajoute : « Le tribunal indiquera la maison dans laquelle la femme *sera tenue* de résider. » Puisque la femme, en quittant le domicile conjugal, ne peut pas résider où elle veut, elle doit nécessairement s'adresser à la justice pour que le tribunal lui indique la maison qu'elle devra habiter. Le président ne pourrait-il pas assigner à la femme un domicile provisoire? Comme juge de référé, oui, et à titre de mesure d'urgence, mais non comme magistrat conciliateur, car la loi ne lui donne pas ce droit. Il y a, sous ce rapport, une différence entre le divorce et la séparation de corps (code de procédure, art. 878); nous y reviendrons.

La loi dit que le tribunal indiquera la maison où la femme sera tenue de résider. Il a été jugé, en matière de séparation de corps, que la résidence de la femme devait être fixée dans le ressort du tribunal. Cela est sans doute utile, car le mari, conservant la puissance maritale, a le droit et le devoir de surveiller sa femme; mais il est évident que ce n'est pas là une question de droit, c'est un point de fait que le tribunal décidera d'après les circon-

stances et les convenances. Il y a des arrêts en ce sens⁽¹⁾.

258. L'article 268 suppose que c'est toujours la femme qui quitte le domicile conjugal. On demande si le tribunal ne pourrait pas autoriser la femme à y rester, en ordonnant au mari de le quitter? Il a été jugé que la femme ne peut être autorisée à expulser le mari, alors même que la maison conjugale serait un bien paraphernal de la femme⁽²⁾. Mais la jurisprudence s'est prononcée pour l'opinion contraire, ainsi que la doctrine. Sans doute, le tribunal doit, en règle générale, maintenir le mari dans la maison conjugale, car ce domicile est le sien, et la femme, légalement, n'en a pas d'autre (art. 214); aussi l'article 268 dit-il que la femme pourra quitter le domicile du mari; il ne dit pas que la femme peut expulser le mari. Toutefois il ne le défend pas; il permet de suspendre la vie commune, dès lors peu importe où le mari réside; en droit, la puissance maritale n'est pas lésée si le mari réside dans telle maison plutôt que dans telle autre. Le juge peut donc considérer les circonstances, les convenances et l'intérêt de la famille; ainsi, si la femme exerce une industrie ou un commerce dans la maison conjugale, l'équité exige qu'elle y reste et que le mari la quitte⁽³⁾.

259. La loi fait une obligation à la femme de résider dans la maison qui lui a été assignée par le tribunal. Aux termes de l'article 269, la femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée toutes les fois qu'elle en sera requise. A défaut de cette justification, le mari pourra refuser la provision alimentaire qu'il doit lui payer, et si la femme est demanderesse en divorce, elle peut être déclarée non recevable à continuer ses poursuites. Nous parlerons plus loin de la pension alimentaire. Quant à la fin de non-recevoir, c'est une espèce de peine que la loi attache à l'inexécution de l'obligation qu'elle impose à la

(1) Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 136. *Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 1382.

(2) Arrêt de Limoges du 21 mai 1845 (Dalloz, 1849, 2, 45).

(3) Voyez les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 141, et arrêts de Colmar du 23 mai 1860 (Dalloz, 1860, 2, 200), de Bruxelles du 14 juillet 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 210) et de Gand du 9 juin 1866 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 279).