

Jurisprudence

Appel – Jugement prononçant le divorce – Désistement – Délai d'appel – Expiré – Acquiescement – Pas contraire à l'ordre public

Le désistement d'appel formé contre un jugement prononçant le divorce qui intervient à un moment où le délai d'appel a expiré est permis, sauf s'il apparaît qu'il existe entre les époux un accord secret en vue d'obtenir le divorce sans qu'aucun motif légal ne soit avancé à cet effet.

Bruxelles (3^{ème} ch.), 28 octobre 1999

(traduction)

Attendu que le jugement *a quo*, statuant sur la demande principale introduite par madame H., déclare que le divorce ne peut être prononcé *de plano* et autorise madame H. à prouver, par tous moyens de droit, témoignages y compris, une série de 7 faits;

Que le même jugement, statuant sur la demande reconventionnelle introduite par monsieur B. A., prononce le divorce entre les parties contre madame H. sur base des articles 229-231 du Code civil s'appuyant sur le procès-verbal de constat d'adultère contre madame H. en date du 30 décembre 1998; qu'il rejette en outre la demande de madame H. en obtention d'une pension après divorce conformément à l'article 301 du Code civil, dit pour droit qu'après la transcription du jugement prononçant le divorce dans les registres de l'état civil, il sera procédé à la liquidation-partage du patrimoine commun, et réserve la décision sur les dépens;

Attendu que l'intimé n'a formé aucun appel incident contre le premier jugement mais demande à titre principal qu'il soit pris acte qu'il accepte le désistement de l'appel par l'appelante, et postule à titre subsidiaire que son appel soit déclaré non-fondé;

Attendu que compte tenu de la signification du jugement dont appel le 29 juin 1999, le délai d'appel a entre-temps expiré;

Que par conséquent, par l'acceptation du désistement de l'appel, le jugement *a quo* deviendra définitif de sorte que ce désistement implique nécessairement un acquiescement au jugement *a quo*;

Attendu que la jurisprudence et la doctrine estiment généralement que, étant donné que les lois qui régissent l'état des personnes ont été élaborées pour protéger non seulement leur intérêt mais aussi l'ordre public, le fait

qu'un jugement prononçant le divorce soit coulé en force de chose jugée ne peut dépendre de la seule volonté d'une partie appelante, du fait qu'elle se désisterait de l'appel qu'elle a formé contre ce jugement;

Que ces doctrine et jurisprudence dominantes sont au contraire d'avis qu'en cas d'appel contre pareil jugement, les juges ont le devoir de contrôler si le divorce doit être prononcé ou non en tenant compte des règles légales en vigueur (Cass., 26 sept. 1980, *R.W.*, 1980-81, 2477; G., BAETEMAN, *Overzicht van het Personen-en gezinsrecht*, 4^{ème} éd. 1993, n° 692, p. 420; H. DE PAGE, *Traité*, 3^{ème} éd. 1962, n° 875, 2°, pp. 996-998);

Que cet argument est dicté par la protection de la stabilité du mariage qui devrait primer sur toutes les autres considérations (DE PAGE, *o.c.*, p. 998);

Attendu que formulé de façon aussi absolue, ce point de vue n'est plus acceptable à une époque où les tribunaux prononcent annuellement plus de vingt mille divorces;

Que ce point de vue n'est en outre pas compatible avec les modifications que la loi du 30 juin 1994 a introduites dans la législation relative au divorce, en particulier la flexibilité avec laquelle le législateur autorise les époux à mettre fin à leur mariage par consentement mutuel dans un fort court délai (articles 1287-1304 du Code judiciaire);

Que par conséquent, le désistement d'un appel contre un jugement prononçant le divorce et qui intervient à un moment où le délai d'appel a expiré, est recevable, à moins qu'il ne s'avère qu'un accord secret existe entre les époux en vue d'obtenir un divorce sans motif légal (*cf.* Cour d'appel de Mons 23 janv. 1996, *J.L.M.B.* 1996, 969; B. Vanlerberghe, "Berusting en afstand inzake echtscheiding op grond van bepaalde feiten", *Echtscheidings-journaal* 1999, p. 74 et s., n^{os} 25-26);

Attendu qu'en l'espèce, rien n'indique qu'il y aurait eu genre de collusion entre les parties;

Que par conséquent, il convient de donner acte aux parties du désistement de l'appel qui a été proposé par l'appelante et accepté par l'intimé;

Par ces motifs,
La cour,
Statuant contradictoirement,
Déclare l'appel recevable;

Donne acte aux parties du désistement de l'appel proposé par l'appelante et accepté par l'intimé;

Bruxelles, 3^e ch., 28 octobre 1999
Siég.: Mme Mertens de Wilmars, MM. Senaeve et Janssens
Plaid.: Me P. Dervaux *loco* F. Marneffe et Simons *loco* G. Boliau

Note : Le désistement d'appel et l'acquiescement sont-ils (encore) prohibés en matière de divorce ?

I. Introduction

1. Il est, en droit, des solutions, pour ne pas dire des vérités, qui sont si fermement admises qu'il est parfois difficile, voire impossible, de les remettre en question. Il en va d'autant plus ainsi lorsque celles-ci rencontrent l'appui d'une jurisprudence, dite "constante", de la Cour de cassation.

Tel est notamment le cas, en droit judiciaire privé, de la prohibition de l'acquiescement à une décision qui fixe des obligations dont la charge est régie par des dispositions d'ordre public ou, plus largement, qui a été rendue dans une matière touchant à l'ordre public¹ et ce, nonobstant le silence du Code judiciaire sur ce point².

Aux termes d'une jurisprudence quasi séculaire³, approuvée par une doctrine presque unanime⁴, il est, sur la base de ce principe, enseigné qu'il est interdit d'acquiescer à un jugement autorisant – depuis la loi du 30 juin 1994, prononçant – le divorce⁵ ou, ce qui revient au même, de se désister de l'appel dirigé contre ce jugement lorsque celui-ci a été signifié et que le délai d'appel de l'article 1051 du Code judiciaire a expiré⁶.

2. L'arrêt annoté s'inscrit dans un courant jurisprudentiel récent qui rompt avec cette solution classique en admettant que le désistement d'appel formé contre un jugement prononçant le divorce qui intervient à un moment où le délai d'appel a expiré est permis, sauf s'il apparaît que ce désistement n'est pas libre et sincère ou qu'il existe un accord secret, une fraude ou une collusion en vue d'obtenir le divorce sans qu'aucun motif légal ne soit avancé à cet effet⁷.

- 1 Cass., 6 déc. 1999, S.1998.151.F., *inédit*; Cass., 28 janv. 1999, *Pas.*, I, n°48; Cass., 17 oct. 1988, *Pas.*, 1989, I, 165; Cass., 19 oct. 1987, *Pas.*, 1988, I, 188; Cass., 9 avr. 1975, *Pas.*, I, 781; Cass., 2 févr. 1967, *Pas.*, I, 671; Cass., 14 mai 1964, *Pas.*, I, 980; Cass., 11 déc. 1958, *Pas.*, 1959, I, 379; Cass., 28 janv. 1957, *Pas.*, I, 626; Cass., 22 sept. 1949, *Pas.*, 1950, I, 10; Cass., 23 sept. 1948, *Pas.*, I, 506; Cass., 29 mai 1946, *Pas.*, I, 168; Cass., 29 janv. 1926, *Pas.*, I, 196.
- 2 Le rapport du Commissaire royal à la réforme judiciaire est totalement muet sur la possibilité ou l'interdiction d'acquiescer à un jugement fondé sur une disposition légale d'ordre public (*Rapport sur la réforme judiciaire*, Doc. Parl., Sénat, S.O. 1963-64, n° 60, p. 243).
- 3 Cass., 12 juin 1959, *Pas.*, I, 1043; Bruxelles, 20 juin 1963, *Pas.*, 1963, II, 239.
- 4 Voy. not. A. BRAAS, *Précis de procédure civile*, T. II, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1945, 605, n° 1160; R.P.D.B., v° *Acquiescement*, 90, n° 33; *Pand. b.* v° *Acquiescement*, 832, n° 68 et 833, n°75; A. LE PAIGE, *Précis de droit judiciaire*, T. IV - Les voies de recours, Bruxelles, Larcier, 1973, 4, n° 8; E. GUTT et A.-M. STRANART-THILLY, "Examen de jurisprudence (1965 à 1970) - Droit judiciaire privé", R.C.J.B., 1974, 574, n° 97; E. POTTEVIN et G. HIERNAX, "Chronique de jurisprudence - Divorce et séparation de corps (oct. 1971-juin 1974)", J.T., 1974, 707, n°76; E. JANSSENS et C. STORCK, "L'acquiescement", *Rép. not.*, Tome XIII, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 1985, 29, n° 53; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge* Tome II, Volume I, 4^{ème} éd. par J.P. MASSON, Bruxelles, Bruylant, 1990, 98; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^{ème} éd., Fac. Dr. Liège, 1987, 474, n° 702; A. DUELZ, *Le droit du divorce*, 2^{ème} éd., Bruxelles, De Boeck, 1996, 125, n°151; D. PIRE, "Divorce pour cause déterminée. Questions de droit judiciaire", in *Actualités de droit familial (1997-1999)*, CUP, vol. XXXIII, Oct. 1999, 171. Cette solution a toutefois été critiquée par G. HORSMANS et J. VAN COMPERNOLLE, "L'acquiescement en matière de divorce et de séparation de corps", J.T., 1964, 459-460 et, plus récemment, par J.-L. RENCHON, "La loi du 20 mai 1997 réparatrice de la réforme des procédures en divorce", J.T., 1997, 761, n° 89.
- 5 Il est cependant permis d'acquiescer à ceux des dispositifs du jugement autorisant le divorce, relatifs à la pension alimentaire (Bruxelles, 22 juin 1971, J.T., 1971, 685) ou encore d'acquiescer à un jugement avant dire droit prononcé en cours de procédure en divorce (Liège, 10 juillet 1952, *Jur. L.*, 1952-53, 91). Il est également possible d'acquiescer à un jugement prononçant le divorce lorsque celui-ci a été admis sur la demande principale et sur la demande reconventionnelle et que l'appel n'est dirigé que contre le jugement prononçant le divorce sur une seule de ces demandes puisque, dans ce cas, le lien conjugal est en tout état de cause rompu (Liège, 25 mai 1998, R.G.D.C., 1999, 261; Bruxelles, 12 janv. 1999, R.G. n°1996/AR/4000, *inédit*). Il est par ailleurs permis d'acquiescer au jugement qui refuse le divorce, au motif que cet acquiescement a pour conséquence de maintenir le mariage dont l'ordre public implique la stabilité (Cass., 12 janv. 1956, *Pas.*, I, 454, précédé des conclusions du procureur général HAYOIT DE TERMICOURT; Liège, 25 mai 1998, R.G.D.C., 1999, 261; Liège, 6 juin 1989, J.T., 1989, 534; Civ. Liège, 28 janv. 1953, *Pas.*, 1954, III, 12; Liège, 28 juill. 1919, *Pas.*, 1919, II, 176; Gand, 4 mars 1908, P.P., 1908, 681. *Contra* : Civ. Nivelles, 20 janv. 1970, *Rec. Niv.*, 1971, 99).
- 6 Cass., 24 mars 1927, *Pas.*, I, 186; Cass., 20 fév. 1947, *Pas.*, I, 73, précédé des conclusions du procureur général HAYOIT DE TERMICOURT, alors avocat général; Cass., 26 sept. 1980, *Pas.*, 1981, I, 94; Mons, 9 janv. 1991, J.T., 1992, 458; Mons, 17 sept. 1991, J.T., 1992, 80; Bruxelles, 25 janv. 1924, *Pas.*, 1925, II, 44; Liège, 28 juill. 1919, *Pas.*, 1919, II, 176; Gand, 4 mars 1908, P.P., 1908, 681. Voy. not. R.P.D.B., v° *Désistement*, 687, n° 17; *Pand. b.*, v° *Désistement*, n° 52; K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Anvers, Maklu, 1995, 330-331, n° 736. Les mêmes principes s'appliquent en matière de désistement d'un pourvoi; l'époux aux torts duquel le divorce a été autorisé ne peut se désister de son pourvoi que si ce désistement n'emporte pas acquiescement à l'arrêt (Cass., 12 juin 1958, *Pas.*, I, 1136). Voy. *contra*, G. HORSMANS et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, 459-460; J. VAN COMPERNOLLE, "Examen de jurisprudence (1971 à 1985) - Droit judiciaire privé. Les voies de recours", R.C.J.B., 1987, 119, n°4; Liège, 5 févr. 1970, *Pas.*, 1970, II, 100.
- 7 Liège, 20 déc. 1999, J.T., 2000, 186, J.L.M.B., 2000, 799, note Y.-H.L., R.R.D., 2000, 165; Bruxelles, 11 févr. 1999, R.W., 1999-2000, p. 986; Bruxelles, 12 janv. 1999, E.J., 1999, 73, note B. VANLERBERGHE, "Berusting en afstand inzake echtscheiding op grond van bepaalde feiten"; Mons, 23 janv. 1996, J.L.M.B., 1996, 969; Mons, 17 janv. 1996, R.G. n°1995/7, *inédit*.

Cette jurisprudence dissidente s'appuie sur des motivations de deux ordres.

Sans fondamentalement remettre en cause la jurisprudence de la Cour de cassation, certaines décisions, à l'instar de l'arrêt annoté, considèrent que, en raison des "atteintes" portées par le législateur à l'institution du mariage, notamment l'adoption de dispositions rendant sa dissolution de plus en plus souple et rapide, le maintien du lien conjugal ne touche plus à l'ordre public. L'acquiescement et le désistement d'appel sont dès lors autorisés puisqu'ils ne portent plus sur un jugement rendu dans une matière relevant de l'ordre public.

D'autres juridictions se fondent, en revanche, sur la thèse, plus correcte selon nous, que l'acquiescement ou le désistement d'appel n'emportent en réalité pas de disposition par les parties de leur état de mariage, lequel seul est modifié par la décision prononcée en première instance.

3. Avant d'étudier le bien-fondé des justifications retenues par cette jurisprudence dissidente (III), nous rappellerons brièvement les fondements proposés à l'appui de la thèse traditionnelle et les critiques que l'on a pu leur adresser (II). Après avoir examiné la manière concrète de mettre en œuvre le nouvel enseignement jurisprudentiel (IV), nous serons ainsi en mesure de conclure que seule une analyse processualiste de l'acquiescement et du désistement d'appel permet de justifier l'abandon de la solution classique (V).

II. Les fondements de la solution traditionnelle et leur critique

4. Il revient à G. HORSMANS et J. VAN COMPERNOLLE d'avoir, les premiers, remis en cause la jurisprudence classique de la Cour de cassation en proposant d'envisager la question de l'acquiescement et du désistement d'appel en matière de divorce non sous l'angle du fond du droit mais bien à l'aune des principes du droit judiciaire privé⁸. Il serait à la fois inutile et présomptueux de vouloir reproduire ici les parti-

nelles considérations émises par les deux auteurs. Aussi se bornera-t-on à les résumer en les confrontant aux arguments émis en faveur de la solution traditionnelle. Cette brève analyse nous permettra ensuite de nous prononcer sur la pertinence des motivations retenues à l'appui de la jurisprudence dissidente.

A. *L'acquiescement aboutirait à un divorce par consentement mutuel en dehors des cas prévus par la loi*

5. Selon la Cour de cassation, l'acquiescement à un jugement autorisant (actuellement prononçant) le divorce serait illégal car il aurait pour effet "de créer par consentement mutuel, une situation que la loi a entendu placer en dehors et au-dessus des conventions des parties"⁹. "Un divorce pour cause déterminée ne peut être autorisé que par le juge; la demande en divorce doit être instruite et jugée dans les conditions déterminées par la loi et le divorce ne peut être autorisé que dans les seuls cas qu'elle prévoit. La cour d'appel ne saurait donc fonder sur l'acquiescement d'une partie la confirmation d'un jugement autorisant le divorce"¹⁰.

Cette thèse repose sur une confusion entre l'acquiescement à la demande et l'acquiescement au jugement¹¹.

6. L'acquiescement à la demande, qui emporte reconnaissance du bien-fondé des prétentions de l'adversaire et renonciation à l'action, ne doit en effet pas être possible quand l'ordre public est intéressé, parce qu'il ne peut dépendre d'un accord entre particuliers de régler une question qui touche à l'ordre public. C'est ainsi qu'en droit judiciaire français, le Nouveau Code de Procédure Civile ("N.C.P.C.") dispose logiquement que l'acquiescement à la demande, n'est admis que pour les droits dont la partie a la libre disposition (art. 408, alinéa 2, du N.C.P.C.)¹².

En application de ces principes, il est, partant, interdit pour un des époux d'acquiescer à la

8 G. HORSMANS et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, 459-461.

9 Cass., 24 mars 1927, *Pas.*, I, 186.

10 Concl. av. gén. HAYOT DE TERMICOURT, avant Cass., 20 fév. 1947, *Pas.*, I, 75.

11 G. HORSMANS et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, 459.

12 Voy. not. L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 2^{ème} éd., Paris, Litec, 1998, 396, n°922; G. COUCHEZ, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1998, 409, n° 1116.

demande en divorce introduite par son conjoint¹³. Pareil acquiescement est nul et sans effet¹⁴.

7. En revanche, l'acquiescement au jugement prononçant le divorce n'emporte pas disposition par les parties de leur état de mariage, mais uniquement renonciation par l'un des époux à l'exercice des voies de recours dont il pourrait user ou qu'il a déjà formées contre ce jugement (article 1044, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire). Par l'acquiescement, la partie défenderesse qui succombe en première instance renonce à critiquer en appel le jugement qui a modifié son état; elle ne dispose pas elle-même de cet état, lequel a été fixé par la décision du premier juge. Il n'y a donc aucune renonciation à un droit né et existant mais bien acquiescement à une décision de justice qui a déjà disposé de ce droit. *"L'acquiescement au jugement doit être possible, parce que, quand il y a jugement, la question a été soumise au contrôle de la justice; dès lors, il est tout naturel que l'on acquiesce à une décision judiciaire, même intéressant l'ordre public"*¹⁵.

Si le divorce a eu lieu, c'est parce que le premier juge l'a prononcé et non parce que le défendeur aurait marqué son consentement sur celui-ci. Par hypothèse, le litige a été soumis à la justice et a fait l'objet d'une décision à laquelle il s'agit seulement de se soumettre en acquiesçant. Dès lors, *"le principe que le divorce ne peut pas résulter de la volonté des parties est tout à fait hors cause; car, après l'acquiescement, le divorce n'en demeure pas moins l'œuvre de justice. Le défendeur a tout simplement renoncé à l'exercice d'une voie de recours établie par la loi dans son intérêt, et dont nul ne pouvait le forcer à se servir"*¹⁶.

Il est, partant, inexact d'exposer que, lorsqu'un appel a été interjeté contre le jugement pronon-

çant le divorce, la cour d'appel devrait d'office, et même si l'appelant ne fait valoir aucun moyen, examiner le bien-fondé de la demande originaires¹⁷ dès lors que celle-ci a déjà été vérifiée et admise par le premier juge.

Il s'agit du reste de la solution retenue en droit français de la procédure civile. L'acquiescement au jugement, lequel emporte soumission aux chefs de celui-ci et renonciation aux voies de recours, est toujours admis, sauf disposition contraire (art. 409, alinéa 2, du N.C.P.C.)¹⁸. L'article 1120, alinéa 1^{er}, du N.C.P.C. dispose cependant que le jugement qui prononce le divorce à la demande d'un des époux est susceptible d'acquiescement, sauf lorsqu'il est rendu contre un époux faisant l'objet d'une mesure de protection ou en application de l'article 238 du Code civil français (c'est-à-dire contre une personne dont les facultés mentales sont gravement altérées). Dans ces mêmes cas, le désistement d'appel est également nul¹⁹.

B. Le désistement d'appel permettrait également aux parties de disposer de leur état

8. Le désistement de l'appel dirigé contre un jugement prononçant le divorce serait quant à lui prohibé au motif *"qu'il ne peut dépendre de la seule volonté de la partie appelante qu'un jugement autorisant le divorce acquière force de chose jugée par le fait que cette partie se désiste de son appel dirigé contre ledit jugement"*²⁰. *"Entre la simple expiration du délai d'appel et le désistement d'appel interjeté"*, la distinction serait que *"dans le premier cas, la décision de première instance devient définitive par l'autorité que la loi attache aux jugements, tandis que, dans le second cas, elle le devient, par la seule volonté de la partie qui se désiste"*²¹.

13 Sur la distinction entre l'acquiescement (prohibé) à la demande en divorce et le "référé à justice" (autorisé) sur le bien-fondé de celle-ci, voy. G. HORSMANS et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, 459.

14 Depuis la loi du 30 juin 1994, la preuve de la durée de la séparation de fait de plus de cinq (actuellement deux) ans peut être rapportée par toutes voies de droit, à l'exclusion du serment. Cette preuve peut, partant, résulter de l'aveu de la partie défenderesse. S'agit-il d'une forme autorisée d'acquiescement à la demande en divorce? Nous ne le pensons pas. L'aveu ne peut en effet porter que sur la durée de la séparation de fait et non sur la réunion des autres conditions prévues par l'article 232 du Code Civil qui doivent toujours être vérifiées par le juge. En outre, l'auteur ne peut être collusoire (J.P. Masson, *La loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures de divorce*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 84, n°46).

15 J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 24^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1996, 731, n°1191.

16 G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, T. I, 12^{ème} éd., Paris, Sirey, 1919, 318, n°654.

17 Concl. av. gén. HAYOT DE TERMICOURT, avant Cass., 20 février 1947, *Pas.*, I, 75.

18 Voy. not. L. CADIEU, *Droit judiciaire privé*, 2^{ème} éd., Paris, Litec, 1998, 397, n°923; G. COUCHEZ, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1998, 410, n° 1117.

19 Voy. not. J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 24^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1996, 731, n° 1191.

20 Cass., 26 sept. 1980, *Pas.*, 1981, I, 94.

21 Cass., 24 mars 1927, *Pas.*, I, 186; concl. av. gén. HAYOT DE TERMICOURT, avant Cass., 20 févr. 1947, *Pas.*, I, 75.

9. A nouveau, la thèse est inexacte.

Par l'effet du désistement d'appel, les choses sont remises dans le même état que si le recours n'avait pas été exercé (article 826 du Code judiciaire). Le jugement *a quo* qui prononce le divorce est donc réputé n'avoir jamais été attaqué et avoir toujours conservé ses pleins et entiers effets. Les époux se trouvent donc toujours en présence d'une décision judiciaire prononçant leur divorce. Le désistement d'appel, pas plus que l'acquiescement, ne crée "le divorce par consentement mutuel". C'est le jugement qui prononce le divorce qui dispose du droit des parties et non le désistement décidé par celles-ci²².

La circonstance que ce jugement est, après le désistement d'appel, le cas échéant, coulé en force de chose jugée n'est pas la conséquence du désistement mais bien de l'expiration des délais de recours.

III. Les justifications de la jurisprudence dissidente

A. L'évolution de l'ordre public

10. Selon l'arrêt annoté, rejoint par plusieurs autres décisions, l'acquiescement et le désistement d'appel seraient maintenant permis en matière de divorce au motif que "si ce qui touche à l'état des personnes est d'ordre public et qu'une volonté unilatérale ou consensuelle ne peut y porter atteinte, il y a lieu de constater que ce qui relève de l'ordre public dans l'état de mariage a été fort battu en brèche depuis quelques années"²³. Pour conclure de la sorte, ces arrêts constatent que le législateur a facilité "toujours plus" le divorce en réduisant le délai de séparation de fait dans le cadre de l'article 232 du Code civil, en admettant l'aveu en tant que preuve de la durée de cette séparation (article 1270bis du Code judiciaire) ou encore en autorisant de manière plus souple et rapide le divorce par consentement mutuel. La cour d'appel de Liège constate que le législateur a été jusqu'à favoriser l'installation des relations hors mariage entre personnes de sexes différents

ou de même sexe par la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale²⁴. De l'ensemble de ces éléments, il résulterait "une désinstitutionnalisation du mariage"²⁵. Dès lors, "l'on ne peut plus considérer que l'ordre public exige de favoriser le maintien du lien conjugal"²⁶.

Cette thèse rejoint l'opinion d'une partie de la doctrine suivant laquelle "on voit de plus en plus mal comment on pourrait soutenir que l'acte juridique privé par lequel un époux accepte d'acquiescer à un jugement prononçant le divorce serait contraire à l'ordre public, au sens où il bouleverserait les bases sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral d'une société déterminée"²⁷.

Cette motivation ne remet pas en cause la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la prohibition de l'acquiescement dans les matières d'ordre public. Elle se borne à contourner le domaine d'application de celle-ci en considérant que le maintien du lien conjugal ne touche plus à l'ordre public.

11. Cette justification, qui aurait pour conséquence de permettre l'acquiescement – non seulement au jugement qui prononce le divorce, ce qui nous semble possible, mais également à la demande en divorce elle-même –, ne nous paraît pas pouvoir être approuvée. Même sur demande conjointe des époux, le divorce doit toujours être prononcé par un juge. La simplification des procédures de divorce, la réduction du délai de séparation de fait de cinq à deux ans ou encore l'admission de l'aveu comme preuve de cette séparation n'ont pas pour conséquence que l'état de mariage pourrait être modifié du simple accord des parties. Celui-ci ne peut l'être que dans les formes et moyennant le respect des conditions fixées par la loi. Ces formes et conditions tiennent incontestablement à l'ordre public dans la mesure où elles intéressent la société et assurent, le cas échéant, la protection des époux et des tiers²⁸.

22 G. HORSMANS et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, 461.

23 Voy., dans ce sens, Liège, 20 décembre 1999, *J.T.*, 2000, 186, *J.L.M.B.*, 2000, 799, note Y.-H.L., *R.R.D.*, 2000, 165; Bruxelles, 11 fév. 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 986; Bruxelles, 12 janv. 1999, *E.J.*, 1999, 73, note B. VANLERBERGHE.

24 Liège, 20 déc. 1999, *précité*.

25 J.-L. RENCHON, *op. cit.*, *J.T.*, 1997, 761, n° 89.

26 Liège, 20 déc. 1999, *précité*.

27 J.-L. RENCHON, *op. cit.*, *J.T.*, 1997, 761, n° 89.

28 Cette partie de la jurisprudence dissidente nous paraît à cet égard contradictoire en tant qu'elle décide que le maintien du lien conjugal ne touche plus à l'ordre public mais exige simultanément qu'il n'existe pas entre les époux un accord secret pour modifier leur état "sans qu'aucun motif légal ne soit avancé à cet effet".

B. L'autorité de la chose jugée du jugement prononçant le divorce

12. D'autres cours d'appel fondent également²⁹ ou exclusivement³⁰ la validité de l'acquiescement ou du désistement d'appel en matière de divorce sur la considération que "le dispositif du jugement déféré autorisant le divorce des parties sera transcrit dans les registres de l'état civil non par l'effet de la volonté de l'appelante mais bien par le fait de l'expiration des délais de recours, d'une part, en vertu de l'autorité qui, depuis sa prononciation, s'attache à la décision du premier juge, d'autre part"³¹.

13. Cette solution, qui s'inscrit dans le droit fil de la doctrine de G. HORSMANS et J. VAN COMPERNOLLE et du droit judiciaire français, nous paraît devoir être approuvée sans réserves. Tant l'acquiescement au jugement prononçant le divorce que le désistement de l'appel interjeté contre celui-ci n'emportent pas disposition par les parties de leur état de mariage mais uniquement renonciation à exercer les voies de recours contre la décision judiciaire qui a modifié cet état. Ce n'est pas en raison de la volonté des parties que l'état de mariage est rompu mais en vertu d'une décision qui, par suite de l'acquiescement, devient coulée en force de chose jugée. De même, en cas de désistement d'appel, ce n'est pas l'accord des époux qui confère, le cas échéant, cette qualité au jugement mais bien l'écoulement du délai pour interjeter appel.

C. Considérations d'opportunité

14. Ce sont enfin des considérations d'opportunité qui conduisent à admettre le désistement d'appel contre un jugement prononçant le divorce. En effet, "on ne conçoit pas que si un appelant veut se désister de son appel parce qu'il se rend compte de la faiblesse, voire de l'inexistence de ses moyens d'appel et désire éviter une condamnation à des dommages et intérêts pour appel téméraire et vexatoire ou à une amende pour fol appel, il ne pourrait pas le faire en matière de divorce et

serait contraint, malgré lui, de perpétuer le préjudice auquel il souhaite mettre fin"³².

IV. La mise en oeuvre concrète de la solution "nouvelle"

A. La réunion des autres conditions de validité de l'acquiescement ou du désistement d'appel

15. La circonstance que l'acquiescement et le désistement d'appel sont, en principe, valables à l'égard d'un jugement prononçant le divorce ne dispense évidemment pas les juges d'appel de vérifier que les autres conditions de validité de ceux-ci sont remplies. "Aussi bien, appartiendrait-il au tribunal ou à la Cour éventuellement saisie par le recours exercé par la partie qui a acquiescé, d'apprécier la validité intrinsèque de cet acquiescement et la pertinence, en l'espèce, de l'exception d'irrecevabilité que soulèverait la partie adverse"³³.

Ainsi, en va-t-il notamment du contrôle de la forme de l'acquiescement, de la capacité et de la libre volonté (laquelle doit être exempte d'erreur, de dol ou de violence) de celui qui acquiesce au jugement de divorce ou encore de l'absence de collusion entre les parties pour obtenir le divorce "sans qu'aucun motif légal ne soit avancé à cet effet". Dans ce dernier cas, l'on aboutirait en effet à admettre l'acquiescement à la demande en divorce, lequel, on l'a dit, demeure prohibé.

Enfin, lorsqu'il s'agit d'un désistement d'appel, celui-ci devra, en principe, être accepté par la partie intimée (article 825 du Code judiciaire). La cour d'appel devra également vérifier si ce désistement est libre et sincère et s'il n'y a pas eu fraude ou collusion entre les époux.

B. L'application de l'article 1275, § 2, du Code judiciaire

16. Dès lors qu'il prend acte du désistement d'appel ou constate l'acquiescement, l'arrêt de la cour d'appel peut dire pour droit que le dispositif du jugement dont appel en ce qu'il prononce le

29 Liège, 20 déc. 1999, précité.

30 Mons, 23 janv. 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 969.

31 Mons, 23 janv. 1996, précité.

32 Liège, 20 déc. 1999, précité. *Adde*, G. HORSMANS et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, 461.

33 G. HORSMANS et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, 460.

divorce entre les parties sera adressé par le greffier du tribunal de première instance qui a prononcé le divorce³⁴ à l'officier de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré conformément à l'article 1275 du Code judiciaire³⁵.

De même, les parties devraient, dans une procédure de divorce pour cause déterminée, pouvoir déposer entre les mains du greffier aux fins de l'établissement de l'extrait prévu à l'article 1275, § 2, du Code judiciaire non seulement une copie de l'exploit de signification de la décision prononçant le divorce mais aussi – afin d'éviter des frais d'exploit d'huissier – un acte d'acquiescement des époux à cette décision³⁶.

C. L'effet rétroactif du désistement d'appel et le sort des provisions alimentaires versées après la date à laquelle le jugement de divorce est coulé en force de chose jugée

17. En vertu de l'article 826 du Code judiciaire, le désistement d'appel opère avec effet rétroactif. Le jugement qui a prononcé le divorce est dès lors censé ne jamais avoir été attaqué par la voie de l'appel. Cette décision acquiert rétroactivement force de chose jugée, un mois après sa signification. Le désistement d'appel fait en effet disparaître *ex tunc* l'effet suspensif de la voie de recours.

Il en découle que le devoir de secours entre époux a pris fin non à la date du désistement d'appel ou de l'arrêt décrétant celui-ci mais bien à la date à laquelle le jugement de divorce est (rétroactivement) passé en force de chose jugée³⁷, c'est-à-dire un mois après sa signification.

A compter de cette dernière date, toutes les provisions alimentaires qui auraient encore été versées par l'un des époux à l'autre, par exemple durant l'instance d'appel, avant le désistement, l'ont été de façon indue et doivent, partant, être remboursées à l'époux qui a continué de les verser³⁸.

V. Conclusions

18. La question de l'acquiescement à un jugement prononçant le divorce et du désistement d'appel interjeté contre ce dernier doit, à l'inverse de la solution retenue par l'arrêt annoté, être examinée exclusivement sous l'angle de la procédure et non sous l'angle du droit matériel.

Il échet en effet de mesurer les conséquences des justifications que l'on assigne à l'admission de l'acquiescement et du désistement d'appel en matière de divorce. Si, comme le décide l'arrêt annoté, c'est parce que le maintien du lien conjugal ne serait plus, en raison de l'évolution des mœurs, considéré comme touchant à l'ordre public, l'acquiescement à la demande en divorce devrait dès lors être permis.

Cette solution ne nous paraît pas légalement justifiée puisque, même sur demande conjointe des époux, le divorce doit toujours être prononcé par un juge moyennant le respect des formes et conditions légales. Elle est en outre inutile pour permettre l'acquiescement au jugement prononçant le divorce ou le désistement de l'appel interjeté contre celui-ci. En effet, même si le divorce et l'état de mariage tiennent toujours à l'ordre public, ce n'est pas, dans ces hypothèses, la volonté des parties qui permet à elle seule de modifier cet état mais bien la décision qui a prononcé le divorce et qui, par l'acquiescement ou par le désistement d'appel alors que le délai de recours a expiré, devient coulée en force de chose jugée.

Cette thèse suppose bien entendu une remise en cause de la jurisprudence "constante" de la Cour de cassation suivant laquelle l'acquiescement et désistement d'appel sont prohibés dans les matières touchant à l'ordre public ainsi que l'adoption par la Cour suprême d'une thèse plus conforme aux principes de la procédure civile et identique à celle consacrée par l'article 409 du

34 Après réception par ce dernier d'une copie libre ou de l'expédition de l'arrêt qui décrète le désistement ou constate l'acquiescement, sans qu'il soit nécessaire de produire un exploit de signification de cet arrêt ou encore un certificat de non pourvoi en cassation contre celui-ci.

35 Liège, 20 déc. 1999, *précité*.

36 J.-L. RENCHON, *op. cit.*, *J.T.*, 1997, 761, n° 89.

37 Cass., 30 avril 1964, *J.T.*, 1964, 425.

38 L'arrêt décrétant le désistement d'appel ainsi que l'exploit de signification du jugement prononçant le divorce nous paraissent constituer, ensemble, un titre exécutoire permettant de récupérer, le cas échéant, de façon forcée, ces montants.

N.C.P.C. : l'acquiescement au jugement et le désistement d'appel sont possibles en toutes matières, sauf lorsque la loi les interdit expressément.

Ce n'est pas le cas en matière de divorce.

Hakim BOULARBAH
Avocat au Barreau de Bruxelles
Assistant à l'U.L.B.

Divorce – Désignation des notaires – Recevabilité

Le juge des divorces peut autoriser, en même temps qu'il prononce un divorce, la liquidation-partage du régime matrimonial des époux pour autant que la décision prononçant le divorce devienne définitive.

Bruxelles (chambre 1bis), 28 septembre 2000

Attendu que par citation du 14 mai 1999 Monsieur R. demandait au premier juge de prononcer le divorce entre parties pour séparation de fait de plus de cinq ans;

Que la demande tendait également à entendre dire pour droit que par suite du divorce, le régime matrimonial légal de communauté existant entre parties serait dissous, et partant, à entendre désigner un notaire pour procéder aux opérations de liquidation-partage de la communauté;

Attendu que Madame D. s'était référé à justice quant à la demande formulée par Monsieur R.;

Attendu que le premier juge a prononcé le divorce entre parties sur pied de l'article 232 C.C., mais a déclaré – d'office et sans donner la possibilité aux parties de prendre position quant à ce – la demande en désignation de notaire irrecevable, "la preuve n'étant par rapportée *in concreto* de l'existence d'un intérêt né et actuel";

Attendu que l'appel tend à réformer le jugement *a quo* en ce qu'il a déclaré la demande de désignation de notaire irrecevable;

Que Madame D. ne s'oppose pas à l'appel;

Attendu que l'intérêt au sens de l'article 18 du Code Judiciaire consiste en tout avantage, matériel ou moral, effectif mais non théorique que le demandeur peut retirer de la demande au moment où il la forme, même si la reconnaissance du droit ou la gravité du dommage n'est établie qu'à la prononciation du jugement (VAN REEPINGHEN, Ch., "Rapport de la réforme judiciaire", Moniteur Belge, 1964, p. 41; FETTWEIS, A., "Manuel de Procédure civile", p. 37, n° 27);

Attendu qu'un des époux a déjà un intérêt né et actuel à demander au tribunal, lors des débats contradictoires sur le fondement d'une action en divorce, d'ordonner la liquidation et le partage de la communauté, même si le droit à faire procéder à cette liquidation ne naîtra qu'à la prononciation du divorce (Comparez: Liège (1^e Ch.), 11 janvier 1988, *R.T.D.F.*, 1989, 476);

Qu'aucun article de loi n'empêche le juge de divorce d'autoriser la liquidation-partage de la communauté pour autant – bien entendu – que le jugement, prononçant le divorce devienne définitif (article 1278 C. Jud.) (Comparez: Cass., 6 février 1976, *Rev. Not. B.*, 1978, 1978, 242; Pas., 1976, I, 638);

Attendu que, lors des travaux préparatoires de la loi du 30 juin 1994, un amendement fut introduit tendant à faire mettre expressément dans la loi que le juge de divorce peut ordonner la liquidation-partage de la communauté; que cet amendement fut inspiré par la pratique de l'époque du tribunal de première instance de Bruxelles, qui refusait systématiquement de désigner dans le jugement de divorce un notaire pour procéder aux opérations de liquidation-partage; que cet amendement tendait à faire mettre un terme à cette pratique 'particulière', appliquée uniquement par le tribunal de première instance de Bruxelles; que la commission de la Chambre était toutefois d'avis que la disposition expresse proposée sur ce point était surabondante (SENAEVE, P. et PINTENS, W. (eds), "De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen", Anvers, 1994, p. 121-122, n° 269-273);

Attendu que la décision du premier juge oblige les parties à lancer une deuxième citation ou à comparaître volontairement, ce qui entraîne une perte de temps inutile et des frais supplémentaires;

Par ces motifs,
 La Cour,

Confirme le jugement entrepris, mais ordonne de plus la liquidation et le partage du régime légal de la communauté existant entre parties;

Désigne à cet effet, le notaire F. Jacquet, rue de la Vallée, 65, b15 à 1000 Bruxelles;

Dit, pour autant que les biens ne soient communément partageables, qu'au préalable, il sera procédé à leur licitation par ce notaire;

Commet le notaire J.-F. Poelman, avenue E. Max, 165 à 1030 Bruxelles, chargé de représenter la partie défaillante ou récalcitrante et de signer en ses lieu et place, les actes et procès-verbaux avec pouvoir de recevoir les prix d'adjudication et autres créances en principal et accessoires, d'en donner quittance avec ou sans subrogation et, en conséquence de ces paiements, de donner mainlevée de toute inscription prise ou à prendre ou tout autre transcription de commandement et saisie, ainsi que toute opposition s'il y a lieu, en un mot, d'accomplir tout acte nécessaire pour parvenir au partage;