

Een mini-huwelijk met drie : de man, de vrouw en de rechter

Pleidooi voor een coherent beleid in verband met langdurige feitelijke scheidingen van echtgenoten

Carl DE BUSSCHERE

Car il est évident que cette prolifération de situations 'de fait' qui ne concordent pas avec le droit, ne se produirait pas, si l'individu n'y découvrait des avantages supérieurs à ceux que lui procure la structuration juridique parallèle. Ceci explique pourquoi cette prolifération peut apparaître comme un facteur de purification du droit, puisque le réel, en se cristallisant, devient le droit. On admettra avec Georges Ripert que 'tant que cette régulation n'est pas intervenue, l'existence reconnue à ces situations de fait témoigne simplement de la résistance des intéressés à l'application de l'ordre légal et de l'impossibilité d'empêcher cette résistance'.

H. BEKAERT

Maar we weten ook dat een groot aantal mensen gebruik maakt van de 'echtscheiding van de arme' en gewoon uit elkaar gaat.

J.A. PETERSON

Ainsi, là où règne l'indissolubilité, la séparation de fait est l'ersatz forcé du divorce.

J. CARBONNIER

Voorwoord

Een voorgaande bijdrage was gewijd aan de huidige aanpak van de feitelijke scheiding van de echtgenoten, op het gebied van het privaatrecht (1). In deze bijdrage wordt onderzocht in welke mate de wettelijke organisatie van de feitelijke scheiding der echtgenoten (on-)volledig en (in-)consequent is.

Wat de oorzaak is van het uiteengaan van de echtgenoten, en welke de (eventueel) positieve en negatieve gevolgen zijn van de feitelijke scheiding voor de echtgenoten, de kinderen en de maatschappij, zijn niet onmiddellijk juridische vragen, maar wel juridische problemen. De gezinspecialist, de socioloog, de psycholoog, de statisticus en de geneesheer (en de psychiater !) lichten hier de jurist in.

(1) DE BUSSCHERE, C., *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, in : Jura Falconis, 1972/73, vol. V, blz. 29 e.v.

Precieze statistische gegevens over een aantal feitelijke scheidingen bestaan er niet (2). Het lijkt toch opportuun even aan te stippen dat voor de Verenigde Staten van Amerika het aantal feitelijk gescheiden echtgenoten even groot wordt geschat als het aantal uit de echt gescheidenen (3).

De verklaring van de feitelijke scheiding is vooreerst te zoeken in dezelfde redenen als deze die de echtgenoten aanzetten tot echtscheiding : het is de problematiek van het uit elkaar gaan van de echtgenoten en het uiteenvallen van het gezin. De vraag die dan rijst, is : waarom besluit een echtgenoot niet tot echtscheiding ? Waarom blijven de echtgenoten feitelijk gescheiden leven ?

De verklaring dient vooreerst gezocht te worden in de graad van ontbindbaarheid van het huwelijk (4). J. CARBONNIER drukt dit bondig en treffend als volgt uit : «Ainsi, là où règne l'indissolubilité, la séparation de fait est l'ersatz forcé du divorce (5)».

De huidige zienswijze op de echtscheiding brengt mede dat vele echtgenoten feitelijk gescheiden (moeten) blijven leven. De schuldige echtgenoot kan, zonder instemming van zijn medeëchtgenoot, de echtscheiding niet verkrijgen. Vele feitelijke scheidingen blijven verder bestaan na een mislukte echtscheidingsprocedure (6), zodat men zich toch kan afvragen of het wel opportuun is de echtgenoten en de kinderen in een niet georganiseerde (quod est ad demonstrandum) situatie te laten leven. Dit alles wordt bevestigd door de toestand in Engeland, waar een zekere 'sanering' intrad door de Divorce Reform Act van 1969, waarbij aangenomen werd dat een feitelijke scheiding (van twee of vijf jaar) de echtscheiding kan meebrengen. «Environ 250.000 personnes en Grande Bretagne vivaient en marge de la société et attendaient de pouvoir régulariser leur situation».

Niet alleen de limitatieve echtscheidingsgronden, maar ook de kostelijke en lange echtscheidingsprocedure schrikken de echtgenoten af (7). Om deze reden is de feitelijke scheiding meer voorkomend in de minder

(2) Zie hieronder, voetnoot (34 ter.).

(3) BACH, G., en DEUTSCH, R., *Païring, een strijdtechniek voor Intimiteit*, Kapellen, 1973, blz. 46.

(4) Voor een socio-politieke verklaring van de ontbindbaarheid van het huwelijk, zie : KRUIJTHOF, C.L., *Het monogame huwelijk. Overwegingen bij een dwingende sociale instelling*, in : Tijdschrift van de V.U.B., 1970/1971, nummers 3/4, blz. 204 tot 216, voornamelijk blz. 206.

(5) CARBONNIER, J., *Statistique du divorce*, in de bundel *Le lien matrimonial*, Straatsburg, 1970, blz. 21.

(6) MAURY, J., *La séparation de fait entre époux*, in : Rev. Trim. Dr. Civ., 1965, blz. 515.

(7) LIBMANN, J., *De divorce*, uitgave VIA, Casterman, Parijs, blz. 22.

begoede bevolkingsgroepen (8). Daarenboven willen of kunnen vele onschuldig verlaten echtgenoten niet meer de psychologische en psychische inspanning leveren, die vereist is om de echtscheidingsprocedure in te stellen, te volgen en te laten voltooien. Daarnaast zijn er ook echtgenoten die verkiezen elkaar te verlaten 'als goede vrienden' (9), veeleer dan de echtscheidingsprocedure aan te vatten, die de echtgenoten te veel tegen elkaar opzet (10).

Vele feitelijke scheidingen zijn niet definitief, maar slechts voorlopig en voorbijgaand: ondanks een erge crisis, besluiten de echtgenoten niet onmiddellijk tot de echtscheiding omdat zij hopen op een verzoening. Een dergelijke feitelijke scheiding vormt een niet te minachten reflectieperiode (11).

Niemand kan ontkennen dat een groot aantal echtgenoten feitelijk gescheiden leeft en dat ondermeer bovenvermelde redenen deze situatie verklaren. Vandaar dit pleidooi, niet voor de feitelijke scheiding, maar voor de wettelijke organisatie van de feitelijke scheiding van de echtgenoten.

(8) PETERSON, J.A., *Ontbinding van het huwelijk door scheiding, echtscheiding en dood*, in de bundel *Crisis van het gezin, Op zoek naar een nieuw gezinstype*, samengesteld door SEYMOUR FARBER, Hilversum, 1968, blz. 56.

(9) MAURY, J., *La séparation de fait entre les époux*, in: Rev. Trim. Dr. Civ., 1965, blz. 516.

(10) PUELINCKX-COENE, M.A., *De echtscheidingswetgeving in evolutie. Rechtsvergelijkende beschouwingen*, in: R.W. 1971/1972, kol. 1378.

(11) MAURY, J., *La séparation de fait entre époux*, in: Rev. Trim. Dr. Civ., 1965, blz. 516.

I. Inleiding

Is er een situatie, waarin meer rechtsonzekerheid heerst, dan de feitelijke scheiding van de echtgenoten ?

Men is het oneens over welke de bevoegde rechtbank is (1).

Men weet niet wie bepaalde rechtsvorderingen moet inleiden noch hoe ze moeten worden ingeleid (2).

Men is het oneens over de omvang van de ouderlijke macht, en meer bepaald over de rechten van de vader (3).

Men weet niet welke waarde gehecht moet worden aan conventionele scheidingen (des séparations amiables) en aan de begeleidend overeenkomsten (les pactes d'honneur) (4).

Men weet niet welke houding aan te nemen tegenover langdurige feitelijke scheidingen (5).

Men gaat er niet over akkoord in welke gevallen de ouders voor hun kinderen (6) en de man voor zijn vrouw (7) nog aansprakelijk zijn tijdens de feitelijke scheiding.

Erger nog, naargelang het rechtsgebied kunnen de kinderen een verschillend statuut hebben, dat van wettig kind of dat van ontkend natuurlijk kind (8), om dan nog niet te spreken over het feit dat de ene rechtbank U vroeger toelaat te hertrouwen dan de andere (wanneer de feitelijke scheiding in een echtscheiding uitmondde) (9).

Ook op fiscaal gebied, en meer bepaald terzake van de inkomstenbelasting, is er een verschillende houding van de administratie enerzijds en de hoven van beroep anderzijds, voor het belasten van de feitelijk gescheiden echtgenoten (10).

(1) DE BUSSCHERE, C., *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, in : Jura Falconis, 1972/1973, V, blz. 29 e.v., nrs. 10 en 19 en de verwijzingen aldaar.

Deze problematiek zou volgens sommigen moeten opgelost worden door de oprichting van een familierechtbank.

(2) Id., o.c., nr. 17 (art. 203 B.W.), voornamelijk voetnoot 135 f.

(3) Id., o.c., nr. 18, voetnoot 151 met de verwijzingen aldaar. Door sommigen wordt dus een verschillende houding aangenomen ten aanzien van het overwicht van de man tijdens de feitelijke scheiding der echtgenoten, in enerzijds de keuze van de echtelijke verblijfplaats en anderzijds de ouderlijke macht.

(4) Id., o.c., nr. 3 ; zie ook infra.

(5) Id., o.c., nrs. 8c en 9d.

(6) Id., o.c., nr. 23 met verwijzingen.

(7) Id., o.c., voetnoot 11f.

(8) Id., o.c., voetnoot 218 met verwijzingen.

(9) Id., o.c., voetnoot 220 met verwijzingen.

(10) DE SUTTER, M., *Beschouwingen bij enkele recente arresten i.v.m. het begrip uitkeringen tot onderhoud (art. 67,3° en 71 par. 1, 3, W.I.B.)*, in : T. Not., 1973, blz. 81 ; TROISFONTAINES, P., *Le régime fiscal des rentes alimentaires versées en cas de divorce, de séparation de corps et de fait*, in : J.T., 1973, blz. 577 ; KICKPATRICK, J., *Le droit fiscal se fonde sur des réalités. Réflexions sur quelques bons et mauvais usages d'un proverbe de droit*, in : J.P.D.F., 1961, blz. 161.

De eerste verantwoordelijke voor al deze te verregaande rechtonzekerheid is de wetgever. Hij heeft, in tegenstelling met bijv. de Franse wetgever, veel te weinig bepalingen voorzien voor het geval dat het huwelijk een (erge) crisis doormaakt. Er is dus een tekort aan specifieke wettelijke bepalingen en daarenboven zijn vele bestaande bepalingen onduidelijk: wat reeds voldoende blijkt uit de hierboven aangehaalde voorbeelden.

Terecht mag men voorhouden dat de wetgever geen duidelijke en coherente familiale politiek voert terzake van de feitelijke scheidingen. De wetgever moet durven stelling nemen ten aanzien van de kapitale vragen die de feitelijke scheiding oproept. Hij, en niet de rechterlijke macht, en nog minder de fiscale administratie, dient de fundamentele opties te nemen.

Dient de langdurige feitelijke scheiding erkend en derhalve georganiseerd te worden? Bestaat het recht om de echtscheiding niet te eisen; dient men te erkennen dat een echtgenoot niet, zelfs niet onrechtstreeks, mag gedwongen worden de echtscheiding te eisen? M.a.w. heeft een echtgenoot het recht om de echtscheiding niet opgedrongen te worden? Ziedaar twee fundamentele vragen, de principiële kwesties die de achtergrond vormen van de meer concrete rechtsvragen tijdens de feitelijke scheiding van de echtgenoten.

II. De langdurige feitelijke scheiding.

Beschouwt de wetgever de feitelijke scheiding als een onregelmatige toestand die van voorlopige en voorbijgaande aard moet zijn en derhalve uitmonden ofwel in een verzoening van de echtgenoten, ofwel in een echtscheiding of scheiding van tafel en bed? Of laat de wetgever daarentegen een derde mogelijkheid open, namelijk de langdurige feitelijke scheiding, met de consequentie dan, dat dergelijke langdurige feitelijke scheidingen toch georganiseerd moeten worden; met de consequentie dus, dat tussen het samenleven binnen het kader van het huwelijk enerzijds, en de echtscheiding of scheiding van tafel en bed anderzijds, een nieuw soort erkende, toegelaten of tenminste gedulde scheiding in leven geroepen wordt.

Een nieuwe erkende scheiding ??

Sommigen twijfelen aan de opportuniteit ervan. Waarom nog een derde scheiding organiseren?

In ieder geval komt zo'n scheiding neer op een 'mini-huwelijk', een huwelijk ontdaan voor een groot gedeelte, van zijn inhoud, waarde en zin; een huwelijk, waarbij de rechter, in het belang van de onschuldige echtgenoot, in het belang van de kinderen, en in het algemeen belang (openbare orde) zijn plaats heeft naast de echtgenoten, als is het een

secundaire plaats. De idee van een mini-huwelijk, een huwelijk met drie : de man, de vrouw, en de rechter, geraakt ingeburgerd (11).

De idee wordt met terughoudendheid en argwaan onthaald.

Maar uiteindelijk komt het er toch op aan te weten of de organisatie van een langdurige feitelijke scheiding zich niet opdringt om eenvoudig menselijke redenen.

In de bundel «Mislukt huwelijk en echtscheiding» schrijft P. DE HAENE dat het kan blijken dat in bepaalde gevallen alleen scheiding verantwoord is omdat zij in feite — ook wanneer beide echtgenoten nog samenwonen — reeds als dusdanig wordt beleefd. Meermaals blijkt dat ook voor de kinderen de feitelijke scheiding een opluchting of oplossing zal zijn (12).

In dezelfde bundel staat P. NIJS de mening voor : «Met echtscheiding scheidt men van de aangetrouwde partner, echter niet van zijn bloed-eigen kinderen, die evenmin van hun ouders scheiden. Alhoewel de scheiding van hun ouders een levensgrote opgave is voor de kinderen, toch is een eenvoudige en snelle echtscheiding blijikbaar te verkiezen boven een huwelijk dat in zijn psychologische opdracht ook voor de kinderen mislukt. Inderdaad, blijikbaar is vooral nefast het aanslepen van wat aan de scheiding voorafgaat : het inleven in een conflictueuze ouderrelatie. Daarin krijgen de kinderen een rol toebedeeld : in een gestructureerd geheel van vooral onbewuste verlangens en fantasieën wijzen de ouders het kind een functie toe (plaatsvervanger) om het conflict te beheersen. In plaats van vleesgeworden liefde, wordt het kind veeleer een geïncarneerd conflict tussen de partners» (13).

Feitelijke scheiding of echtscheiding ? Een moeilijke keuze en in de praktijk een steeds wederkomend probleem. Maar indien zou vaststaan (en dit is 'de lege ferenda') dat de situatie van de kinderen bij een georganiseerde feitelijke scheiding niet minder ongelukkig is dan bij een echtscheiding, rijst de vraag of een goed georganiseerde feitelijke scheiding niet te verkiezen is boven een echtscheiding, omwille van de mogelijkheden van verzoening zonder veel omslachtigheden en omwille van de vrijheid van de echtgenoten om de echtscheiding niet te vorderen.

(11) DUBRU, M., *L'égalité civile des époux dans le mariage, Commentaire de la loi du 30 avril 1958 relative aux droits et devoirs respectifs des époux*, Brussel, 1959, blz. 141 ; LINDON, R., conclusies voor Cass. Civ. 1er fr., 1 juli 1969, in : J.C.P., 1969, II, 16056 ; LINDON, R., noot onder Cass. Civ. 1er fr., 14 maart 1973, in : J.C.P., 1973, II, 17430 ; PERROD, P.A., *Justice et injustices*, Parijs, 1970, uitg. Hachette, blz. 311.

(12) DE HAENE, P., *Individuele begeleiding in huwelijksmoeilijkheden*, in de bundel *Mislukt huwelijk en echtscheiding*, uitg. Sociale verkenningen, blz. 115, vnl. blz. 119 ; in dezelfde zin : GOODE, W.J., *Sociologie van het gezin*, Utrecht, 1966, blz. 179 ; zo ook CHAZAL, S., *Les droits de l'enfant*, uitg. P.U.F., Parijs, 1969, blz. 94 ; LEMAIRE, J.G., *Les conflits conjugaux*, uitg. E.S.F., Parijs, 1966, blz. 178.

(13) NIJS, P., *Huwelijk en echtscheiding : risico's en kansen in de seksuele relatievorming*, in de bundel *Mislukt huwelijk en echtscheiding, o.c.*, blz. 59, vnl. blz. 69.

III. Het recht om de echtscheiding niet te eisen.

De hierboven gestelde problematiek (pro of contra de erkenning van de langdurige feitelijke scheiding) moet gezien worden in het licht van de waarde die gehecht wordt aan het recht om niet uit de echt te scheiden (14).

Het gaat hier opnieuw om een fundamentele principiële vraag.

Heeft een echtgenoot het recht om de echtscheiding niet te eisen? Heeft hij/zij het recht om niet, zelfs niet onrechtstreeks, tot de echtscheiding gedwongen te worden? Meer nog, heeft hij/zij het recht om zich te verzetten tegen het opdringen van een echtscheiding?

Met deze laatste gradatie wordt de problematiek benaderd van de echtscheiding als sanctie of de echtscheiding als oplossing.

Reeds is door de wetgever in een bepaald geval de echtscheiding als oplossing van een ontwricht huwelijk aanvaard, immers volgens artikel 1309 Ger. Wb. kan ieder van de beide echtgenoten na een driejarige scheiding van tafel en bed de omzetting ervan in een echtscheiding vragen. Het recht om de echtscheiding niet opgedrongen te worden heeft dus reeds een wettelijke beperking.

Het voorstel om de echtscheiding toe te laten na vijf of tien jaar duurzame ontwrichting van het huwelijk of feitelijke scheiding maakt deze problematiek weer acuut en aktueel (15). Men kan inderdaad in vraag stellen of de onschuldige echtgenoot te eeuwigden dage mag beslissen over het al dan niet toepassen van de 'sanctie' (echtscheiding).

Indien het statuut van de onschuldige echtgenoot bij echtscheiding even goed ware (tenminste juridisch) als bij een feitelijke scheiding, dan lijkt de vraag zeer pertinent.

IV. Het verband tussen de beide principiële problemen.

Het verband tussen het recht om niet uit de echt te (moeten) scheiden en de organisatie van een langdurige feitelijke scheiding is manifest. H. MAZEAUD drukt dit verband klaar en duidelijk als volgt uit: «Mais on peut penser que le législateur accepterait de prendre des mesures destinées à sauvegarder la liberté de l'époux innocent qui refuse le divorce, et à lutter contre le divorce par consentement forcé. Quelles mesures? Essentiellement, permettre à la femme de vivre en état de séparation de fait. Dans notre droit cette situation est illégale, et le

(14) MAZEAUD, H., *Le divorce par consentement forcé*, in: D., 1963, chron. XXXI, blz. 241; FOULON-PIGANIOL, Cl.-I., *Le droit de ne pas demander le divorce*, in: D., 1970, Chron. XXXI, blz. 140.

(15) Zie PUELINCKX-COENE, A.M., *De echtscheidingswetgeving in evolutie, rechtsvergelijkende beschouwingen*, in: R.W., 1971/1972, kol. 1377 e.v. en 1425 e.v.

législateur contraint l'époux que l'attitude de son conjoint met dans l'obligation de rompre la vie commune, à aller jusqu'au divorce ou à la séparation de corps» (16).

H. MAZEAUD mocht dit inderdaad schrijven in 1963. Maar inmiddels is in Frankrijk de situatie van de feitelijk gescheiden echtgenoten en van hun kinderen rechtstreeks of onrechtstreeks georganiseerd door de wetswijzigingen in verband met bijvoorbeeld de ouderlijke macht (zie bijvoorbeeld de artikelen 372-1 C.c.fr.) en het huwelijksvermogenrecht (zie bijvoorbeeld artikel 1442 C.c.fr.).

Zoals hierna zal blijken geldt de bedenking van H. MAZEAUD nog volledig voor België. België evolueert niet mee; weliswaar bestaan er verscheidene wetsontwerpen en wetsvoorstellen die de onbillijke gevolgen uit een feitelijke scheiding willen temperen, maar de feitelijke scheiding kreeg in België, anno 1974, slechts wettelijke erkenning in het sociale zekerheidsrecht en in enigerlei mate in het familierecht. De al te verregaande rechtsonzekerheid en de onbillijke gevolgen die de huidige wetgeving meebrengt voor de onschuldige echtgenoot en de kinderen vormen een feitelijke dwang tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed (16 bis).

V. De houding van de Belgische wetgever.

Traditioneel onderwijst men dat uit de afwezigheid van specifieke wettelijke bepalingen blijkt dat de wetgever de feitelijke scheiding negeert en niet toelaat.

De wetgever voert een struisvogelpolitiek, indien hij deze relatief veel voorkomende situatie zou miskennen (17). Het is een illusie te menen dat het miskennen van de feitelijke scheiding en het bestaan van een minderwaardig, zelfs gebrekkig statuut voor gevolg zouden hebben dat de feitelijke scheidingen opgedoekt zullen worden (18).

A. Familierecht

1. *Persoonlijke verhoudingen tussen de echtgenoten.*

Deze struisvogelpolitiek voerde de wetgever nog in 1923 toen besloten werd uit het artikel 214 h B.W. alles weg te laten wat de feitelijke

(16) MAZEAUD, H., *Le divorce par consentement forcé*, in: D., 1963, Chron. XXXI, blz. 141.

(16bis) ROLIN, C., *Femmes séparées*, Parijs, 1965, blz. 52.

(17) MAZEAUD, J.H. en L., *Leçons de droit civil*, Vol. I, 5^e uitgave, Parijs 1972, nr. 1565.

(18) BOULOC, B., noot onder Cass. Soc. fr., 3 oktober 1971, in: J.C.P., 1973, II, 17487.

scheiding betrof, daar men niet goed inzag hoe die nieuwe wettelijke scheiding te organiseren (19).

Gelukkig werden in 1932 de dringende en voorlopige maatregelen ingevoerd, waarbij men de situaties voor ogen had, waarin één der echtgenoten grovelijk aan zijn huwelijksplichten tekortkomt.

Ook de invoering van het begrip 'laatste echtelijke verblijfplaats' (19 bis) in het burgerlijk recht en het procesrecht, wijst er op dat de wetgever de feitelijke scheiding niet meer miskent, of niet meer kan miskennen. Zelfs de langdurige scheiding wordt in zekere mate aanvaard : bij de voorbereiding van de wet van 30 april 1958 verklaarde senator G. CISELET dat de rechtspraak die weigert inkomstendelatie toe te staan wegens de langdurigheid van de feitelijke scheiding, niet in overeenstemming is met de geest van de wet (20).

Maar tijdens dezelfde voorbereidende werkzaamheden wordt slechts de voorbijgaande, voorlopige feitelijke scheiding 'erkend', en dit naar aanleiding van de bespreking van het recht (van jurisprudentiële oorsprong) van de echtgenoten om de echtelijke verblijfplaats te verlaten in geval van gegronde redenen : «Ce droit doit être maintenu, non seulement il répond aux conceptions modernes de la vie conjugale, mais encore parce qu'il répond à la préoccupation de ne pas contraindre la femme à demander le divorce ou la séparation de corps ; en réservant la possibilité d'une séparation de fait provisoire, l'éventualité d'une réconciliation se trouve ménagée, ainsi que le fait remarquer le conseil d'Etat» (20 bis).

2. *Het afstammingsrecht.*

De feitelijke scheiding wordt 'de lege lata' nog in grote mate miskend — zij is bijvoorbeeld geen grond tot ontkenning van vaderschap — zodat kunstmatige en onrechtvaardige toestanden in het leven geroepen worden voor kinderen die geboren worden tijdens de feitelijke scheiding.

De mogelijkheid om een band te scheppen tussen het (overspelig) kind en zijn echte vader wordt beperkt, ondermeer door de limitatieve gronden van ontkenning van vaderschap, ten einde, in het belang van het kind, het ideale statuut van wettig kind toe te kennen, ongeacht of de man van de moeder nu werkelijk de vader is of niet.

Het kind wordt geacht meer te hebben aan een prachtig statuut dan aan zijn werkelijke vader.

Terecht wordt meer en meer betwijfeld of dit altijd strookt met het belang van de kinderen.

(19) Pasi., 1932, blz. 261 ; LEFERE, F., *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, Brussel, 1945, blz. 37.

(19bis) In het Franse I.P.R. worden de echtgenoten geacht een gemeenschappelijke verblijfplaats te hebben, wanneer zij in hetzelfde land verblijven, zelfs indien zij niet samenwonen ; MALAURIF, P., noot onder Cass. fr., 8 juli 1969, in : D., 1970, 1.

(20) Pasi., 1958, blz. 640.

(20bis) DUBRU, M., o.c., blz. 150.

Een afstammingsrecht dat billijk zou zijn, veronderstelt, voor kinderen, geboren uit een moeder die niet meer met haar echtgenoot samenleeft, dat men afstand neemt van de huidige basisbeginselen : 1) het statuut van wettelijk kind is het ideale statuut, 2) een hiërarchie tussen de verschillende statuten en 3) monopolie van de vordering van ontkenning van vaderschap in hoofde van de man van de moeder.

G. CHAMENOIS heeft het afstammingsrecht grondig geanalyseerd in zijn verhouding met de feitelijke scheiding van de echtgenoten. Zijn slotconclusie geeft de richting aan waarin het Belgische afstammingsrecht moet evolueren : «Nous croyons qu'il importe, tout d'abord, de faire une condition décente à l'enfant adultérin (en distinguant plus clairement entre l'adultérinité a patre et l'adultérinité a matre) et en conséquence de revoir celle de l'enfant naturel simple. Pour cela, il nous paraît indispensable d'englober dans la réforme de droit des successions, de la puissance paternelle et même de l'obligation alimentaire. Cela permettra de ne plus fausser les règles relatives à l'attribution de la légitimité, dans la croyance illusoire que cela sert toujours l'intérêt de l'enfant. On pourra, alors, aborder dans un état d'esprit différent la refonte des règles du désaveu, prendre position sur la difficile question du monopole marital et définir dans quelles conditions il peut être écarté (séparation de fait et abandon, principalement). Le mariage retrouvera sa véritable fonction. Nous ne pensons pas qu'on le déprécie en cessant de protéger la famille légitime lorsque celle-ci représente plus aucune réalité. Ce n'est que dans ce cadre rénové que la revendication pourra s'insérer harmonieusement et produire tout ses effets bénéfiques» (21).

3. De ouderlijke macht.

'De lege lata' nemen verscheidene Jeugdrechtbanken beslissingen alsof de feitelijke scheiding van voorlopige en voorbijgaande aard moet zijn. Aldus vonniste de Jeugdrechtbank van Brussel op 19 december 1967 (Doc. Min. Just. 1/57) : «La décision devra être essentiellement provisoire et doit éviter de concrétiser sous quelque forme que ce soit la séparation de fait entre les époux».

Deze vrees voor een consecratie of installatie van de feitelijke scheiding is ook terug te vinden bij E. VIEUJEAN (21 bis) : «Prononcer sur la garde afin que les enfants pâtissent le moins possible de la séparation n'est nullement organiser celle-ci, c'est à dire lui donner effet au profit des époux et lui permettre de prendre une tournure légale et durable ; la décision a pour objet le droit et l'avantage du mineur et non ceux des parents».

(21) CHAMPENOIS, G., *Réclamation d'état et revendication d'enfant légitime*, Bibliothèque de droit privé, Parijs, 1971, blz. 307.

(21bis) VIEUJEAN, E., *Examen de jurisprudence (1965-1969), Les Personnes*, in : R.C. J.B., 1971, blz. 312.

In deze materie kan moeilijk één richtlijn gelden : iedere beslissing zal verschillend zijn en eigen aan het concreet geval.

Toch zouden de Jeugdrechtbanken er niet mogen van afschrikken om duurzame maatregelen te nemen met betrekking tot de kinderen, omdat vaststaat dat psychologisch niets meer nefast is voor kinderen, dan het voortdurend heen en weer geslingerd worden tussen de vader, de moeder, of desbetreffend nog een kostschool.

Ook staat het vast dat voor de kinderen de feitelijke scheiding opportuun kan zijn (zie boven : P. DE HAENE en P. NIJS). Een feitelijke scheiding is dus niet uitsluitend voor de echtgenoten 'voordelig'.

In ieder geval is het betreurenswaardig dat de uitoefening van de ouderlijke macht tijdens de feitelijke scheiding ook op talrijke juridische bezwaren botst. Aldus rijst ondermeer de vraag of de Jeugdrechtbank bevoegd is, of de vader beroep kan doen op de Jeugdrechtbank, of de vader nog een overwicht in de ouderlijke macht heeft en welke beslissingen de Jeugdrechtbank mag nemen (22).

Het ware wenselijk dat beide echtgenoten op gelijke voet zouden staan in verband met de uitoefening van de ouderlijke macht, dat beiden zich op dezelfde wijze tot de rechtbank kunnen wenden en dat de jeugdrechtbank niet onbevoegd is, louter wegens de feitelijke scheiding van de ouders (23).

4. *Het echtscheidingsrecht.*

'De lege lata' wordt de feitelijke scheiding niet erkend als grond tot echtscheiding. Alleen een kwaadwillige verlating leidt tot echtscheiding, indien de verlaten echtgenoot het wil. Dat het huwelijk slechts formeel meer bestaat, dat het huwelijk in zijn psychologische opdracht mislukt is, dat er niet de minste affectie meer is tussen de echtgenoten, en dat er geen kans meer is op verzoening, is irrelevant. Het huwelijk kan een gevangenis worden : niet meer van elkaar houden is op zichzelf geen afdoende grond tot echtscheiding (23 bis).

In de ons omringende landen leidt een duurzame ontwrichting van het huwelijk of een feitelijke scheiding gedurende een aantal jaren tot een echtscheiding. Ook in België wordt deze wetswijziging voorgestaan

(22) Zie GERLO, J., *De burgerrechtelijke bepalingen van de wet op de jeugdbescherming. Overzicht van rechtsleer, rechtspraak met rechtsvergelijkende aantekeningen*, in : T.P.R., 1973, blz. 113 ; KEBERS, A., *L'évolution de la puissance paternelle*, in : *Annales de droit*, 1971, blz. 52 ; MASSON, J.P., *Chronique de Jurisprudence, Les personnes (1970-1972)*, in : J.T., 1973, blz. 322, nr. 71.

(23) GERLO, J., *o.c.*, blz. 113, met verwijzingen aldaar.

(23bis) PERROD, P.A., *Justice et Injustices*, Parijs, 1970, uitg. Hachette, blz. 59, *Lapri-son du mariage*.

(23 ter). Deze voorgestelde wetswijziging benadrukt onder andere eens te meer de noodzaak aan een dringende organisatie van de langdurige feitelijke scheidingen, vermits men aanneemt dat ze een grond tot echtscheiding zullen vormen.

B. Huwelijksvermogenrecht

Het primaire huwelijksvermogenrecht (de artikelen 212, 218 en 221 B.W.) leidt tot het besluit dat er, prima facie, geen beletsel is tegen een langdurige feitelijke scheiding, en dat een echtgenoot, zelfs niet onrechtstreeks tot de echtscheiding mag gedwongen worden.

Maar het eigenlijke huwelijksvermogenrecht, in zijn huidige redactie en interpretatie, leidt tot de tegenovergestelde conclusie; het eigenlijke huwelijksvermogenrecht spoort de verlaten echtgenoot aan om de echtscheiding of scheiding van tafel en bed te vorderen, omdat het voor de 'onschuldige' echtgenoot zeer onbillijke gevolgen inhoudt. Het Burgerlijk Wetboek bevat dus een antinomie (24).

1. Drie concrete voorbeelden.

Vooraleer stil te staan bij de algemene vermogensrechtelijke problematiek, drie voorbeelden:

a) Veronderstel dat een man, gehuwd zonder huwelijkscontract, op een zeker ogenblik zijn vrouw verlaat en met een andere vrouw (in concubinaat) gaat leven. De bijzit van de man geniet van zijn persoonlijke goederen, van hetgeen hij verdient en verwerft. De verlaten vrouw werkt, spaart en verwerft bepaalde goederen. Bij de dood van zijn vrouw kan de man, die jarenlang niet omzag naar zijn vrouw, zijn aandeel in de gemeenschap opeisen, waarin de vruchten van de persoonlijke goederen van de vrouw, haar goederen die ze verwierf, enz., moeten begrepen worden. De man gaat zich dus verrijken op de rug van zijn vrouw die hij in de steek liet.

b) Veronderstel dat deze man die zijn vrouw verlaat, een ernstig auto-ongeval veroorzaakt, in omstandigheden die volgens het verzekeringsrecht een 'zware fout' uitmaken (bijv. dronkenschap). De verzekerings-

(23ter) PUELINCKX-COENE, A.M., o.c., vgl. PETIT, C., *Naar een nieuw echtscheidingsrecht in Nederland*, in: T.P.R., 1970, biz. 1. Op biz. 9 wordt de problematiek scherp gesteld: «(...) De andere echtgenoot(...) behoeft zich niet een echtscheiding te laten opdringen op grond van een duurzame ontwrichting welke de verzoeker in overwegende mate zelf heeft veroorzaakt, opzettelijk wellicht».

(24) Een scheiding van goederen zou vele problemen oplossen: de gemeenschap wordt ontbonden zodat de ene echtgenoot zich niet meer zal verrijken ten koste van de andere. De vrouw verwerft de passende beheersbevoegdheid. De man kan de gemeenschap niet meer verblinden. En voor de uitgaven voor het gezin, zouden krachtens het dwingend primair huwelijksvermogenrecht, de beide echtgenoten instaan. Deze idee stond F. LAURENT reeds voor in 1883, in zijn *Avant-projet de révision du Code civil*, Brussel, 1883, Deel II, biz. 74 e.v.

maatschappij zal de goederen van de man kunnen aanspreken, alsook de goederen die de vrouw bij haar heeft en die tot de gemeenschap behoren. De vrouw heeft weliswaar recht op een vergoeding bij de ontbinding van de gemeenschap, voor de geldboete, maar niet voor de schadevergoeding die met gemeenschapsgelden werd betaald (25). Wat heeft een vrouw aan een vordering tegen haar man wegens verrijking zonder oorzaak (26), indien de man onvermogend is? Spooft een dergelijke voortdurend-actuele bedreiging de vrouw niet aan tot echtscheiding (27)?

c) In zijn arrest van 24 oktober 1969 (28) heeft het Hof van Cassatie scherp laten aanvoelen dat het faillissement van de man ook voor de feitelijk en van goederen gescheiden vrouw nefaste gevolgen kan hebben. De feiten waren de volgende: man en vrouw huwen onder het stelsel van scheiding der goederen. Na dertien jaar ontstaat er een feitelijke scheiding. De vrouw vordert onderhoudsgeld en legt klacht neer tegen haar man wegens familieverlating. Twee jaar na het ontstaan van de feitelijke scheiding gaat de man failliet. De curator vordert van de vrouw dat zij, krachtens art. 555 Wb. Kh., het onroerend goed, dat ze kocht van haar zuster tijdens de feitelijke scheiding, zou inbrengen in de failliete boedel. De vrouw wordt immers normaliter vermoed het goed aangekocht te hebben met penningen die ze van de man kreeg. Maar dit vermoeden gaat toch niet op wanneer de echtgenoten in een conflicttoestand en feitelijk gescheiden leven. Ondanks alles bleef het Hof van Cassatie vereisen dat de (feitelijk en) van goederen gescheiden vrouw het in artikel 226 septies, § 5 voorgeschreven bewijsmiddel aanbracht om op rechtsgeldige wijze aan te tonen dat het onroerend goed een voorbehouden goed was; de aankoopakte had dus een verklaring nopens de oorsprong van de gelden en de clause van wederbelegging moeten bevatten. De feitelijk gescheiden vrouw zag dan ook haar onroerend goed, dat ze tijdens de feitelijke scheiding verwierf, overgaan naar de schuldeisers van haar man, die haar reeds dertien jaar in de steek gelaten had. Dit voorbeeld toont aan hoe gevaarlijk het is zonder reden de onregelmatige toestand, die de feitelijke scheiding is, te aanvaarden. Dit voorbeeld wijst er ook op dat de kwestieuze notaris voorzichtig had moeten zijn en de feitelijk gescheiden vrouw het nodige advies had moeten verstrekken opdat zij een dergelijke schade niet zou lijden.

(25) SUETENS-BOURGEOIS, G., *De vergoedingen in het huwelijksvermogenrecht en de muntontwaardingen*, in: T.P.R., 1972, blz. 2.

(26) BAETEMAN, G., DELVA, W., en Vlieghe-CASMAN, H., *Overzicht van rechtspraak (1961-1974) Huwelijksvermogenrecht*, in: T.P.R., 1972, blz. 540; RENAULD, J.G., *Droit patrimonial de la famille*, vol. I, Régimes matrimoniaux, Brussel, 1971, nr. 1257.

(27) Tijdens de feitelijke scheiding blijft de man ook aansprakelijk voor zijn vrouw, i.v.m. art. 67 van het K.B. 16 maart 1968: zie mijn bijdrage in *Jura Falconis*, 1972/1973, nr. 5, blz. 47 en 48.

(28) Cass. 24 oktober 1969, Pas., 1970, I, 1973, T. Not., 1969 met advies van advocaat-generaal E. KRINGS; DECHAMPS, R. en Y., *L'arrêt de cassation du 24 octobre 1969 et les biens réservés de la femme séparée de biens*, in: R.P.N., 1970, blz. 177.

2. Een meer uitgewerkt voorbeeld.

Hoe ziet de situatie van de feitelijk gescheiden echtgenoten er uit op ruimer vlak? Als voorbeeld nemen we een door haar man verlaten echtgenote die haar kinderen alleen heeft grootgebracht. Nu dat zij een gevorderde leeftijd bereikt, vraagt zij zich af of het voor haar en haar kinderen niet wenselijk ware dat zij uit de echt of van tafel en bed scheidt. Zij vreest dat zij, of bij haar overlijden, haar kinderen, nog door haar man zullen lastig gevallen worden.

Is het voor haar nuttig dat zij nog financieel (28 bis) en voornamelijk psychologisch veeleisende procedure tot echtscheiding aanvat?

a) Deze verlaten vrouw zal nooit kunnen veroordeeld worden tot *onderhoudsgeld* omdat zij bij hypothese de 'onschuldige' echtgenoot is (29 en 29 bis). Ook van zijn kinderen zal de man geen onderhoudsgeld kunnen vorderen: de rechtspraak neemt immers aan dat wanneer een ouder nooit bijdroeg tot de kost, het onderhoud en de opvoeding van de kinderen, hijzelf geen onderhoudsgeld mag vragen wanneer hij behoeftig wordt. Vanuit deze optiek dringt de echtscheiding zich dus niet op.

b) Bij het overlijden van de verlaten vrouw heeft de man recht op de helft van de *erfenis* van zijn vrouw in vruchtgebruik: principieel immers heeft de feitelijke scheiding (nog) geen invloed op het erfrecht. De man kan dan ook eisen van de erfgenamen dat hij de gewezen echtelijke woning kan betrekken met de meubelen de de huisraad die er zich bevinden. Men kan de vrouw aanraden een testament op te maken waarbij zij beschikt over al haar goederen: de man heeft nu niets meer

(28bis) «Maar we weten ook dat een groot aantal mensen gebruik maakt van de echtscheiding van de arme, en gewoon uit elkaar gaat»: PETERSON, J.A., *Ontbinding van het huwelijk door scheiding, echtscheiding en dood*, in de bundel *Crisis van het gezin, Op zoek naar een nieuw gezinstype*, samengesteld door SEYMOUR FARBER, Hilversum, 1968, blz. 56.

(29) Cass., 14 mei 1970, Pas., 1970, I, 808, R.W. 1970/1971, kol. 505, T.Vred., 1971, blz. 108, J.T., 1970, blz. 133; Cass., 14 januari 1971, Pas. 1971, I, 1708, R.W., 1970/1971, kol. 1708, J.T., 1971, blz. 216; Cass., 27 mei 1971, R.W., 1971/1972, kol. 1484.

(29bis) Met het schuldelement weet men niet goed weg. Er gaan stemmen op om de schuldgedachte te doen verdwijnen, niet alleen uit het echtscheidingsrecht, maar ook uit de juridische aanpak van de feitelijke scheiding. Het is inderdaad een moeilijk probleem, waarvoor een antwoord moet komen op de eerste plaats van de gezins-specialisten. Aldus meent J.T. LANDIS dat: «Toch zou de scheidingsprocedure volledig moeten herzien worden. Er zouden gezinsrechtbanken moeten komen, waar niet gedacht wordt in termen van zonde, schuld en verwijten, maar waar men er op uit is na te gaan wat het beste is voor het gezin», in *Het gezin en de veranderingen in de maatschappij: een positief gezichtspunt*, in de reeds geciteerde bundel *Crisis van het gezin*, blz. 159.

Het standpunt van de Minister van Justitie, H. VANDERPOORTEN, blijkt uit het verslag van een interview onder de titel *Recht moet zeden op de voet volgen*, in: Notarius, 1973, blz. 361: «In ons land is de echtscheiding nog steeds verbonden aan de schuld-vraag. Men kan het betreuren. Maar ik meen, dat het nodig is in de huidige sociale toestand, o.m. omdat het zo belangrijk is voor de gevolgen van het huwelijk: voor de kinderen, voor het onderhoudsgeld.»

te verwachten : in theorie heeft hij een vruchtgebruik op de helft van de nalatenschap (er zijn bij hypothese kinderen), vruchtgebruik dat hij slechts kan uitoefenen op het beschikbaar deel waarover niet werd beschikt, en aan de echtgenote werd nu precies aangeraden over alles te beschikken. Hier opnieuw dringt de echtscheiding zich niet op : het beoogde effect wordt bereikt met het testament. Het is zelfs voordeliger de echtscheiding niet te vorderen, vermits de vrouw haar erfrecht behoudt op de helft van de nalatenschap van de man, indien hij tenminste (ook) geen testament opmaakt.

c) Het *huwelijksvermogenrecht* kan nochtans een echtscheiding of scheiding van tafel en bed verantwoorden. Alles hangt af van het huwelijkscontract met zijn aanvullende bedingen. Bij de dood van de onschuldige echtgenoot zal de schuldige echtgenoot de uitvoering van de huwelijksvoordelen kunnen vorderen. De feitelijke scheiding is geen beletsel. Dat kan nochtans zeer onbillijk zijn. De onschuldige echtgenoot kan preventief dit zeer nadelig gevolg vermijden door de echtscheiding te vorderen, zodat dan toepassing wordt gemaakt van de artikelen 299 en 300 B. W., waardoor de schuldige echtgenoot de huwelijksvoordelen verliest. Soms zal ook de onschuldige echtgenoot de huwelijksvoordelen dan verliezen wanneer de aanvullende bedingen in het huwelijkscontract in die zin opgesteld zijn geworden. Een dergelijke clause luidt dan bijvoorbeeld als volgt : «Met het oog op het huwelijk, maar alleen voor het geval dat het huwelijk door overlijden wordt ontbonden, verklaren de aanstaande echtgenoten elkaar gifte onder levenden te doen, hetgeen zij wederkerig aannemen, van ...» (30).

Dergelijke clauses hebben bovendien het nadeel dat zij geen bescherming bieden bij het vooroverlijden van de onschuldig verlaten echtgenoot. In de huidige notariële praktijk worden in het huwelijkscontract geen clauses voorzien voor het geval dat de echtgenoten feitelijk gescheiden leven.

3. Een gedeeltelijke oplossing door het huwelijkscontract.

Het is de vraag of het notariaat deze onbillijke toestand niet zou kunnen helpen mee oplossen door in het huwelijkscontract de huwelijksvoordelen te koppelen aan de *voorwaarde* dat de echtgenoten niet in een toestand van feitelijke scheiding leven. De volgende clause kan dan ook voorgesteld worden : «In aanzien van het huwelijk verklaren de aanstaande echtgenoten elkaar wederkerig schenking onder de levenden

(30) RENS, J.L. en VAN OOSTERWIJCK, G., *De toestand van de langstlevende echtgenoot*, in de bundel, *Het notariaat, bron van recht en rechtszekerheid*, uit. door de Koninklijke federatie van de Belgische notarissen, Brussel, 1973, blz. 343.

(31) Dus analogisch met de situatie waarin een echtgenoot gedwongen wordt de echtscheiding te vorderen : zie RENS, J.L. en VAN OOSTERWIJCK, G., o.c., blz. 344, vgl. m. het voorstel van wet tot wijziging van sommige artikelen in het burgerlijk wetboek betreffende de echtscheiding, in *Notarius*, 1972, blz. 149.

te doen, de eerststervende aan de niet uit de echt, van tafel en bed of *feitelijk gescheiden* overlevende, hetgeen zij respectievelijk verklaren te aanvaarden van ...». Deze clausule zou de onschuldig verlaten echtgenoot geen nadeel mogen berokkenen omdat toepassing moet gemaakt worden van art. 1178 B.W. dat inhoudt dat wanneer de schuldenaar zelf de voorwaarde verhinderd heeft (31), de voorwaarde geacht wordt vervuld te zijn. De echtgenoot die geen schuld heeft aan de feitelijke scheiding zou 'dan, indien hij/zij het langst leeft, de huwelijksvoordelen bekomen, ondanks de feitelijke scheiding. Hetzelfde resultaat zou ook moeten aangenomen worden wanneer de echtscheiding of de scheiding van tafel en bed gevorderd wordt. De voordelen in het huwelijkscontract worden aldus verbonden aan de voorwaarde : toebedeling aan de langstlevende op voorwaarde dat hij niet uit de echt, van tafel en bed, noch feitelijk gescheiden leeft. Deze voorwaarde moet gemilderd worden in het voordeel van de onschuldige echtgenoot door toepassing te maken van artikel 1178 B.W. (31 bis).

4. De ontoereikendheid van het huidige recht.

Het blijkt dus dat, de lege lata, de regelen van de ontbinding en vereffening van de huwgemeenschap, precies omdat zij onvoldoende genuanceerd zijn, onbillijke gevolgen meebrengen voor het geval dat de echtgenoten feitelijk gescheiden leven.

Maar ook terzake van de beheersbevoegdheid van de man, wordt de onschuldige verlaten vrouw nog onvoldoende beschermd.

Weliswaar beschikt zij over verscheidene rechts(lap- ?)middelen : zij kan 'de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg verzoeken om voorlopige en dringende maatregelen (art. 221 B.W.), zij kan haar wettelijke hypotheek uitoefenen ; het wordt betwist of zij een zegellegging zou kunnen vorderen (32) ; de vrouw kan ook in bepaalde omstandigheden vorderen dat door haar man gestelde rechtshandelingen haar niet tegengesteld kunnen worden (33) ; de scheiding van goederen schijnt niet zeer gebruikelijk (34).

(31 bis) Vgl. Gent, 15 februari 1973, R.W. 1973/1974, kol. 430, met noot.

(32) Vred. Antwerpen, (2^o kanton), 28 augustus 1970, R.W., 1970/1971, kol. 527 ; Anders : Vred. Nijvel, 3 juli 1966, Pas., 1966, III, 297, T. Vred., 1968, blz. 297, BAETEMAN, G., DELVA, W. en VLIEGHE-CASMAN, H., o.c., blz. 494 ; MOUGENOT, R., *L'apposition des scellés sur les biens de la communauté*, in : T. Vred., 1969, blz. 3 ; RENAULD, J.G., o.c., blz. 628.

(33) BAETEMAN, G., DELVA, W., en VLIEGHE-CASMAN, H., o.c., blz. 488.

(34) Ook de beschermingsmaatregelen van het gemeenrecht zijn adequaat en doeltreffend. Aldus werd beslist dat de vrouw derdenverzet kan doen tegen het vonnis dat de uitdrijving van de echtgenoten uit het door de man verkocht gemeenschappelijke huis gelast, wanneer die uitdrijving het gevolg is van een procedure die tegen de man, met zijn medeweten en tot bedrieglijke benadeling van de vrouw (die feitelijk alleen met de kinderen het huis bewoonde) gevoerd werd (Vred. Maaseik, 18 nov. 1966, T. Vred., 1967, blz. 285, R.W. 1966/67, kol. 2020).

Maar niettemin is dit alles onvoldoende : de vrouw is beschermd tegen rechtshandelingen die de man met bedrieglijk inzicht zou stellen, maar hoe is zij beschermd tegen een ernstig verkeersongeval of tegen het faillissement van haar man ?

De wetswijziging terzake van het huwelijksvermogenrecht moet hieraan verhelpen. Specifieke bepalingen moeten voorzien worden in verband met het beheer van de gemeenschap tijdens de feitelijke scheiding en in verband met het statuut van de goederen die sedert de feitelijke scheiding worden verworven.

Een wetswijziging die de feitelijke scheiding miskent, is onvolledig en hierdoor reeds onvolmaakt.

5. *Het wetsvoorstel Decroo.*

Het wetsvoorstel DECROO (34 bis) houdt ongetwijfeld *impliciet* een beter statuut in voor de feitelijke gescheiden echtgenoten. Dit blijkt uit de bepalingen i.v.m. het beheer van de gemeenschap, de mogelijkheid van verandering van het huwelijksstelsel, enzomeer. Maar specifiek in verband met de feitelijke scheiding is niets voorzien. Het wetsvoorstel is blijkbaar *uitsluitend* afgestemd op normale gezinnen waarin een positieve samenwerking tussen de echtgenoten bestaat. Dit is wellicht fout. De meeste patrimoniale conflicten doen zich voor ten gevolge van de spanningen tussen de echtgenoten. Het huwelijksvermogenrecht dient bijgevolg ook afgestemd te zijn op het relatief groot aantal ontwrichte gezinnen (34 ter), die meer dan de conflictloze normale gezinnen, behoefte hebben aan een degelijk en rechtvaardig patrimoniaal statuut.

Ook werd beslist dat, wanneer de echtgenoten gehuwd zijn onder het stelsel van scheiding der goederen, gezamenlijk een woning aankopen die de bestemming krijgt van echtelijke verblijfplaats, een van de echtgenoten art. 815 B.W. niet zal kunnen inroepen om een einde te stellen aan de onverdeeldheid, zolang deze onverdeeldheid de bestemming van echtelijke woning behoudt ; zie BAETEMAN, G., *Le statut juridique des immeubles acquis conjointement par deux époux séparés de biens*, in : R.C.J.B., 1971, blz. 210, nr. 11 : Rb. Brussl, 6 januari 1973, in : Rev. Prat. Not., 1973, blz. 513. (34 bis) Parl. Hand., 542 (1972/1973), nr. 1.

(34 ter) Bij ons weten bestaan er geen statistische gegevens over het aantal feitelijke scheidingen. Ook hangt alles af van wat onder feitelijke scheiding wordt verstaan. Voor het privaatrecht is het afzonderlijk wonen van de echtgenoten niet voldoende, een psychologisch-intentioneel bestanddeel is vereist : het niet willen samenleven met zijn echtgenoot. Dit psychologisch element is natuurlijker moeilijker vast te stellen dan het materiële, feitelijke element : het niet samenwonen van de echtgenoten.

Niettemin is het relevant de statistische gegevens van tabel XXXIII uit het werk van J. RENAULD, *Le statut civil du conjoint survivant*, te vermelden. Deze tabel handelt over : «Répartition des personnes vivant seules, d'après leur état civil en 1930, 1947, 1961». Voor 1961 ziet de toestand er als volgt uit : 508.607 alleenwonende personen, namelijk 126.482 ongehuwden (24,87 %), 60.966 gehuwden (11,99 %), 289.756 weduwnaren en weduwen (56,97 %), en 31.403 uit de echt gescheiden (6,17 %). De absolute en relatieve cijfers i.v.m. de alleenwonende gehuwden moeten gerelativeerd worden : vele echtgenoten leven niet samen wegens mentale of fysieke ziekten, er zijn ook gevangenen. Het betreft dus niet alleen feitelijk gescheiden echtgenoten. Maar de absolute cijfers nopens de feitelijke scheidingen zullen in het laatste decennium zeker en vast toegenomen zijn : zie PETERSON, J.A., o.c., blz. 51 e.v.

6. *Het Franse recht.*

De hervorming van het Franse huwelijksvermogenrecht door de wet van 13 juli 1965 kan België tot voorbeeld strekken. Er werd een bijzondere aandacht besteed aan de gezinnen in crisistoestand ten gevolge van een feitelijke scheiding van de echtgenoten of ten gevolge van de onkunde of onmogelijkheid van één der echtgenoten om zijn wil te uiten. De wetgever heeft dan ook terecht in specifieke bepalingen voorzien. Naast de mogelijkheden geboden door de artikelen 217 en 220-1, kan, krachtens artikel 1426 C.c.fr., het beheer over de gewone gemeenschappelijke goederen («les biens communs ordinaires») overgedragen worden aan de vrouw.

De feitelijke scheiding vormt nog geen grond tot ontbinding van de gemeenschap, maar zij heeft een belangrijke invloed op de gevolgen van de ontbinding van de gemeenschap. Artikel 1442, 2° lid van de C.c.fr. bepaalt immers : «Si, par la faute de l'un des époux, toute cohabitation et collaboration avaient pris fin entre eux dès avant que la communauté ne fût réputée dissoute selon les règles qui régissent les différentes causes prévues à l'article précédent, l'autre conjoint pourrait demander que, dans leurs rapports mutuels, l'effet de la dissolution fût reporté à la date où ils avaient cessé de cohabiter ou de collaborer».

De Franse wetgever heeft terecht willen verhelpen aan zekere onbillijke gevolgen van het vroegere Franse recht, dat thans nog steeds het Belgische recht is : het gebeurt immers al te vaak, dat de echtgenoot die de feitelijke scheiding veroorzaakte, na tal van jaren, bij de ontbinding van de gemeenschap, door de dood van de onschuldige echtgenoot of door echtscheiding of scheiding van tafel en bed, zijn deel vraagt in de aanwinsten, die de onschuldige echtgenoot gerealiseerd of verworven heeft tijdens de feitelijke scheiding. Artikel 1442, 2° lid C.c.fr. biedt nu aan de onschuldige echtgenoot of zijn erfgenamen, de mogelijkheid om te vorderen van de rechter dat de gemeenschap zou geacht worden ontbonden te zijn vanaf het ogenblik waarop de feitelijke scheiding ontstond : de vruchten van de persoonlijke goederen, het loon van de arbeid, en de goederen die de echtgenoten verwierven sedert de feitelijke scheiding, vallen niet in de gemeenschap, of beter, worden niet geacht ertoe te behoren.

Deze Franse regeling is aan kritiek onderhevig : er is vooreerst het steeds wederkerend bezwaar dat artikel 1442, 2° lid C.c.fr. de feitelijke scheiding zou consacrer en organiseren ; dit bezwaar is gemakkelijk weerlegbaar. Wel moet aanvaard worden dat artikel 1442, 2° lid C.c.fr. in de praktijk tot enkele moeilijkheden aanleiding zal geven. Zo rijst de vraag of artikel 1442, 2° lid C.c.fr. zal toegepast kunnen worden wanneer beide echtgenoten schuld hebben aan de feitelijke scheiding.

Er bestaat ook betwisting nopens de vraag of de rechter een zekere appreciatiebevoegdheid heeft of daarentegen steeds moet ingaan op de vordering van de onschuldige echtgenoot. Ook zal het in bepaalde

gevallen moeilijk zijn om te bewijzen op welk ogenblik precies de feitelijke scheiding een aanvang heeft genomen.

Al deze bezwaren wegen niet op tegen het enorme voordeel van artikel 1442, 2^o lid C.c.fr. dat een einde zal stellen aan een zeer onbillijke situatie : de schuldige echtgenoot zal zich nu niet meer kunnen verrijken op de rug van zijn onschuldige echtgenoot voor wie hij jarenlang geen interesse (of beter affectie) meer betoonde.

C. Het erfrecht

Het huidige erfrecht miskent de feitelijke scheiding van de echtgenoten (35). Dit leidt tot allerlei onbillijke gevolgen : de echtgenoot die schuld heeft aan de feitelijke scheiding kan, door het uitoefenen van zijn erfrechtelijk vruchtgebruik op de nalatenschap van zijn vooroverleden echtgenoot, naar wie hij/zij jarenlang niet meer omzag, de kinderen in hun vertrouwd kader (huis, meubelen, huisraad) storen. De schuldige echtgenoot kan ook aan zijn overlevende echtgenoot het vruchtgebruik over de helft van zijn nalatenschap ontnemen en aldus de onschuldige echtgenoot beroven van zijn/haar vertrouwd levensmilieu.

Het is daarom verheugenswaardig dat, anno 1973, de wetgever deze struisvogelpolitiek wil laten varen. In het wetsontwerp tot wijziging van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot (36) wordt dan ook terecht rekening gehouden met de feitelijke scheiding. Men mag inderdaad de bepalingen v o o r n a m e l i j k afstemmen op normale gezinnen, maar niet uitsluitend : de ontworpen gezinnen mogen niet vergeten worden omdat zij, meer nog dan de normale gezinnen, behoefte hebben aan een wettelijke regeling.

(35) ENGELS, R., *Les effets du divorce, de la séparation de corps et de la séparation de fait, sur les personnes et les patrimoines*, tekst voor het XI congres van de Internationale Vereniging van het latijns Notariaat te Athene, 1971, blz. 35 ; de feitelijke scheiding heeft wel invloed op de interpretatie van een testament als extrinsiek interpretatieëlement : DILLEMANS, R., *Testamenten*, 1972, blz. 317 ; Brussel, 22 maart 1902, Rev. Prat., Not., 1902, blz. 666.

(36) Doc. Senaat, Zitting, 1973/1974, 24 oktober 1973, *Ontwerp van Wet tot wijziging van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot*, Verslag namens de Commissie van Justitie, uitgebracht door de heer R. VANDEKERCKHOVE. Vlieghe-Casman, H., *Het patrimoniaal statuut van de langstlevende echtgenoot*, in : R.W., 1973/1974, kol. 401, is het hiermee niet eens : «Ook in het ontwerp van 1969 is de reserve verworpen op grond van de overwegingen (...) dat de bevoegdheid tot onterving de huwelijksband zou verstevigen, terwijl het bestaan van een reserve tot echtscheiding kan aanzetten (alsof de bevoegdheid tot onterving grieven tussen echtgenoten voldoende kan opvangen om echtscheiding te vermijden (kol. 424)». Een zelfde mening staat P. STIENON voor : *La position du conjoint survivant en droit comparé*, in : Rev. Prat. Not., 1968, blz. 175. Wij zijn het volledig eens met de ratio legis van het wetsontwerp. Voor een globale kritiek op het wetsontwerp, zie DELNOY, P., *Le conjoint survivant ne mérite-t-il pas mieux ?* in : J.T., 1973, blz. 724.

De feitelijke scheiding, ondermeer, verklaart waarom in het wetsontwerp aan de langstlevende echtgenoot geen reserve wordt toegekend (37). Dit is een wenselijk principe, indien men wil vermijden dat de onschuldige echtgenoot onrechtstreeks zou gedwongen worden tot echtscheiding, ten einde te vermijden dat de schuldige echtgenoot aanspraken zou kunnen laten gelden en de rust van de kinderen zou verstoren.

Verder bepaalt het voorgestelde artikel 745 bis, § 3, dat de echtgenoten het vruchtgebruik hebben op de ganse nalatenschap van de overleden echtgenoot, indien er afstammelingen zijn. Een (feitelijk gescheiden) echtgenoot kan nu met een testament de andere echtgenoot het vruchtgebruik op de nalatenschap ontnemen, maar niet het vruchtgebruik op de preferentiële goederen (echtelijke woning, bekleding, huisraad, huur-rechten). De overlevende (onschuldige) echtgenoot is dus enigszins beschermd. Indien de (schuldige) echtgenoot overleeft, is hij/zij slechts van rechtswege uitgesloten van zijn recht van vruchtgebruik op de nalatenschap van zijn overleden echtgenoot, indien de aan de ouderlijke macht verbonden rechten hem gedeeltelijk of geheel ontnomen zijn (38). De onschuldige echtgenoot kan bij testament de overlevende echtgenoot beroven van zijn erfrechtelijk vruchtgebruik op zijn nalatenschap, met uitzondering van de preferentiële goederen. Dit betekent niet dat de schuldige echtgenoot het vruchtgebruik over de preferentiële goederen zal kunnen uitoefenen : het hiernavermelde artikel 745 bis, § 7 biedt hiervoor de passende en billijke oplossing.

Indien de (onschuldige) echtgenoot geen testament opmaakte, waarbij aan de overlevende het erfrechtelijk vruchtgebruik ontnomen wordt, kan de (schuldige) overlevende echtgenoot zijn aanspraken laten gelden alsof het huwelijk niet ontworicht was.

De wetgever wil nochtans niet, in al deze hypothesen, dat het normale kader ontnomen wordt aan de overlevende onschuldige echtgenoot en aan de kinderen. Daarom schrijft het voorgestelde artikel 745 bis, § 7 voor : «In geval er bij het overlijden van een der echtgenoten feitelijke scheiding bestaat, of een eis tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed wordt ingeleid, mag de overlevende echtgenoot de toekenning vorderen van het recht van vruchtgebruik van het onroerend goed dat de laatste echtelijke woonplaats uitmaakt en van de meubelen die ze bekleeden, evenals van huurrechten, hetzij de erfgenamen bewijs leveren

(37) Verslag VANDEKERCKHOVE, o.c., blz. 8 en 9.

(38) Artikel 745 bis, par. 9 B.W. zou bepalen : «Wanneer er afstammelingen van de overledene bestaan, is de langstlevende uitgesloten van zijn recht van vruchtgebruik of verliest hij dit recht : 1° Indien de aan de ouderlijke macht verbonden rechten hem geheel of gedeeltelijk ontnomen zijn ; 2° Indien hij wegens kennelijk wangedrag uitgesloten is van de voogdij over de kinderen die uit zijn huwelijk met de overleden echtgenoot geboren zijn.

dat de scheiding aan de eiser is toe te schrijven, en van aard is om de echtscheiding op te leggen» (39).

D. Fiscaal recht

Op fiscaal gebied heerst de lege lata niet alleen een rechtsonzekere maar zelfs een onwettelijke toestand (40) : rechtsonzekerheid in verband met het belasten van de genietter van de onderhoudsbijdrage of de inkomstendeleгатie en in verband met de mogelijkheid om deze bedragen af te trekken van het belastbaar inkomen van de schuldenaar ; een onwettelijke toestand, doordat de fiscale administratie de wet en de arresten van de hoven van beroep naast zich legt, en weigert de belastbare inkomens van de feitelijk gescheiden echtgenoten te cumuleren (41). De administratieve praktijk gaat duidelijk in tegen de wet en de rechtspraak. Niettemin wordt de mening voorgestaan dat de huidige fiscale praktijk door de wetgever zou overgenomen worden. De fiscus baseert zich immers op reële situaties.

J. KIRCKPATRICK stipt echter terecht aan dat de huidige administratieve praktijk, die de wetgever zou moeten overnemen, voor zonderling gevolg zou hebben, dat het inkomen van de feitelijk gescheiden man, die in concubinaat leeft, met het inkomen van de concubine moet gecumuleerd worden daar zij een feitelijk gezin uitmaken. M.a.w., de concubine wordt verkozen boven de feitelijk gescheiden echtgenoot (42).

E. De sociale zekerheid

De feitelijke scheiding werd door de wetgever het eerst erkend op het gebied van de sociale zekerheid (43).

(39) Art. 1288 Ger. Wb., gewijzigd door de wet van 1 juli 1972 wordt aangevuld met het volgende lid : 'De echtgenoten die een geding tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming indienen, moeten bij geschrift hun overeenkomst omtrent het vruchtgebruik in preferentiële goederen vaststellen, voor het geval dat één van hen mocht komen te overlijden». (Tekst voorgedragen door de Commissie, Art. 26, Verslag VANDEKERCKHOVE, o.c., blz. 37).

(40) Zie hierover o.m. DE SUTTER, M., *Beschouwingen bij enkele recente arresten i.v.m. het begrip uitkeringen tot onderhoud (art. 67,3° en 71, par. 1,3° W.I.B.)*, in : T. Not., 1973, blz. 81 ; TROISFONTAINES, P., *Le régime fiscal des rentes alimentaires versées en cas de divorce, de séparation de corps et de fait*, in : J.T., 1973, blz. 577 ; Zie ook de parlementaire vraag en het ministeriële antwoord nopens *Uitkeringen tot onderhoud - Aftrekbaarheid*, in : *Notarius*, 1973, blz. 209.

(41) De Minister van Financiën betoogde onlangs hierover dat de administratie geplaatst is voor een geheel van ingewikkelde problemen, waarvoor thans naar een oplossing wordt gezocht. Zie DE SUTTER, M., o.c.

(42) KIRCKPATRICK, J., *Le droit fiscal se fonde sur des réalités. Réflexions sur quelques bons et mauvais usages d'un proverbe de droit*, in : J.P.D.F., 1961, blz. 161, vnl. 167.

(43) Voor de bibliografie, zie mijn bijdrage in *Jura Falconis*, 1972/1973, nr. 5, blz. 73, voetnoot 231 ; adde : NAUDTS, P., *Draagwijdte van het artikel 67 van het K.B. van 21*

Ook hier is een realistische aanpak van de feitelijke scheiding, die meestal met een scheiding van tafel en bed wordt gelijkgesteld.

Het schuldelement is irrelevant.

Men ziet naar de economische omstandigheden zonder acht te slaan op de oorzaak van deze feitelijke situatie.

VI. De houding van de belgische rechter.

De verscheidenheid in de rechtspraak terzake van de feitelijke scheiding is wellicht te wijten aan de concrete feiten van ieder geval, maar ook aan het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid van de wet, wat voor de rechter geen voorwendsel mag zijn om geen recht te spreken, op gevaar van rechtsweigeren (art. 5 Ger. Wb.). Het gevaar van dergelijke situatie blijkt uit de beschouwingen van H. SOLUS, bij het rapport van het Franse Hof van Cassatie van het gerechtelijk jaar 1971/1972: «Il en résulte ce que les auteurs du rapport dénomment un vide juridique. Avec raison, ils le déplorent, car dans certains cas, il fait obstacle à l'application de la loi ; et, dans d'autres, il oblige le juge, sous peine de déni de justice, à dépasser le stade de l'interprétation des textes pour se substituer en quelque sorte aux pouvoirs législatif ou réglementaire» (44).

In verband met de langdurige feitelijke scheiding zijn er rechters die slechts willen tussenkomen zo de feitelijke scheiding niet definitief blijkt te zijn. Zo de feitelijke scheiding aansleept kennen zij geen onderhoudsgeld of inkomstendelegatie toe, of kennen zij deze slechts toe voor een bepaalde termijn. Deze rechtspraak aanvaardt dus niet dat feitelijke scheidingen geconsolideerd worden: de echtgenoten moeten zich maar verzoenen of uit de echt of van tafel en bed scheiden.

Het Hof van Cassatie heeft tegen deze rechtspraak gereageerd: art. 218 B.W. is toepasselijk, ook al is de feitelijke scheiding definitief, maar op voorwaarde dat het voortduren van de feitelijke scheiding aan de verweerder te wijten is (45). Hieruit blijkt dus dat artikel 218 B.W., zoals trouwens de artikelen 212 en 221 B.W., de feitelijke scheiding zullen helpen organiseren.

Wordt de feitelijke scheiding in de hand gewerkt door het toekennen of door het (onwettig) weigeren van onderhoudsgeld of inkomstendelegatie ?

december 1967 als de rechter statueert bij toepassing van de artikelen 218, 221 van het B.W.B. en art. 587 van het G.W.B. in het geval dat de echtgenoten in felte gescheiden zijn, in: T. Soc. Z., 1973; blz. 1117 e.v.; De gescheiden vrouw en het pensioen van de man (Parlementaire vraag), in: Notarius, 1971, nr. 6, blz. 477; Arb. Rb. Verviers, 29 september 1972, Jur. Liège, 1972/1973, blz. 303; Cass., 28 maart 1973, R.W., 1973/1974, kol. 1047, met noot.

(44) SOLUS, H., *Le rapport de la Cour de Cassation, année judiciaire 1971/1972*, opgemaakt door eerste-voorzitter AYDOLOT, Procureur-Generaal TOUFFAIT en eerste-advocaat-generaal LINDON, in: J.C.P., 1973, I, 2575.

(45) Cass., 28 maart 1969, I, 673, R.W., 1969/1970, kol. 421, J.T. 1969, blz. 387.

Volgens E. VIEUJEAN moet het toekennen van een inkomstendelegatie voor gevolg hebben dat de echtgenoot niet volhardt in zijn fout en in het zich onttrekken van zijn verbintenissen (46).

Het toekennen van een inkomstendelegatie zou dus voor gevolg moeten hebben dat de feitelijke scheiding in de ene of andere zin wordt opgedoekt.

E. VIEUJEAN wenst dus dat men zich schikt in een van de bestaande georganiseerde situaties : de feitelijke scheiding aanvaardt hij niet.

VII. De houding van de Franse rechter.

Het Franse Hof van Cassatie heeft in de laatste jaren verscheidene zeer interessante arresten gewezen, waarin het stelling neemt ten aanzien van de diepere problematiek van de feitelijke scheiding.

Het heeft hierbij vaak de arresten van hoven van Beroep verbroken, wat er op wijst dat deze materie zeer delicaat en moeilijk is.

Uit de twee cassatiearresten die geanalyseerd worden, blijkt dat de langdurige feitelijke scheiding erkend en georganiseerd wordt, en dat een echtgenoot niet, zelfs niet onrechtstreeks, tot de scheiding mag gedwongen worden, waaruit sommige rechtsgeleerden concluderen dat het Franse Hof van Cassatie nog steeds de echtscheiding als een sanctie beschouwt.

Ook wordt er naar gestreefd dat op de eerste plaats de echtgenoten zelf hun samenleven zouden organiseren.

De rechter heeft dus een subsidiaire rol.

A. De feitelijke scheiding en artikel 1382 C.c.fr.

Parijs, 27 juni 1963, verbroken door Cass. Civ. fr., 9 november 1965 (47).

Een man verlaat zijn vrouw. De vrouw eist schadevergoeding op basis van artikel 1382 C.c.fr.. Het Hof van Beroep van Parijs overweegt : «*que le manquement aux obligations légales qui résultent du mariage a pour sanction la séparation de corps ou le divorce ; ... que la responsabilité civile d'un conjoint qui souffre d'un tel manquement et s'abstient de provoquer la sanction adéquate en demandant la séparation de corps ou le divorce, est irrécevable à prétendre à une réparation sous forme de dommages-intérêts ...*'

Uit het arrest van het Hof van Beroep van Parijs blijkt dus dat het toepassingsveld van artikel 1382 C.c.fr. beperkt is tussen de echtgenoten.

(46) VIEUJEAN, E., *Examen de jurisprudence (1960-1964), Les Personnes*, in : R.C.J.B., 1965, blz. 456.

(47) Parijs, 27 juni 1963, in : D.H., 1965, blz. 112, met noot PONSARD, A.J.C.P., 1963, II, 13360, met noot R.B., verbroken door Cass. Civ. 1er. fr., 9 november 1965, D., 1966, blz. 80, met noot MAZEAUD, J. ; J.C.P. 1965, II, 14462 ; Rev. Trim. Dr. Civ., 1968, blz. 288, met noot van RODIERE.

Bij niet naleven van de samenwoningsplicht door een van de echtgenoten, wordt de andere gedwongen echtscheiding te eisen, omdat deze sanctie, volgens het Hof van Beroep van Parijs, de adequate sanctie is ; de onschuldige echtgenoot wordt dus gedwongen zich neer te leggen bij de situatie of de echtscheiding te vorderen : schadeloosstelling kan ze niet verkrijgen.

Op 9 november 1965 heeft het Franse Hof van Cassatie dit arrest verboden : «... qu'en statuant ainsi, alors que le seul préjudice réparé par ces textes (art. 311 of art. 301 C.c.fr.) est celui qui résulte de la rupture ou du relâchement du lien conjugal et qu'il appartient à l'époux victime d'une faute de son conjoint de réclamer réparation du préjudice étranger au divorce ou à la séparation de corps selon le droit commun, l'arrêt attaqué a violé le texte susvisé (art. 1382 C.c.) par refus d'application.» Dit cassatiearrest is op de eerste plaats van groot belang voor het leerstuk van de onrechtmatige daad, omdat het poneert in welke mate art. 1382 C.c.fr. geldt tussen de echtgenoten. In verband met het onderwerp van deze bijdrage, blijkt uit het cassatiearrest, dat een echtgenoot zelfs niet onrechtstreeks kan gedwongen worden tot echtscheiding. Het recht om de echtscheiding niet te vragen wordt dus erkend. Dit alles leidt dus tot de 'installatie van de feitelijke scheiding'. Impliciet houdt het Franse Hof van Cassatie het nog steeds bij de idee van de echtscheiding als sanctie : een onschuldige echtgenoot kan niet tot de echtscheiding gedwongen worden.

B. De feitelijke scheiding en artikel 215 C.c.fr.

Cass. Civ. fr., 1 juli 1969 (48).

Cass. Civ. fr., 14 maart 1973 (49).

Het eerste cassatiearrest (1 juli 1969) is minder interessant dan het tweede (14 maart 1973). In het eerste cassatiearrest werd de scheiding van artikel 215 C.c.fr. ingeroepen, toen het nog zeer gebrekkig opgesteld was en waardoor het leidde tot gekunstelde rechtspraak waarvan het cassatiearrest van 1 juli 1969 het summum is.

De wet van 4 juni 1970 heeft het artikel 215 C.c.fr. een nauwkeurigere redactie gegeven. Het aldus gewijzigde artikel is het thans geldende recht. In zijn arrest van 14 maart 1973 diende het Franse Hof van Cassatie het artikel 215 C.c.fr. te interpreteren.

Het beschikkend gedeelte luidt als volgt : «Mais attendu qu'ayant rappelé que Piris, pour s'opposer à la demande de pension de sa femme, avait fait sommation à celle-ci de le rejoindre après vingt-cinq années de

(48) Cass. Civ. fr., 1 juli 1969, J.C.P., 1969, II, 16058, met conforme conclusies van eerste-advocaat-generaal LINDON, R., en met noot.

(49) Cass. Civ. fr., 14 maart 1973, J.C.P., II, 17430, met noot van eerste-advocaat-generaal LINDON, en met noot.

séparation imputable au mari, qui s'était dérobé systématiquement à ses obligations de cohabitation et d'entretien de sa famille, la Cour d'appel était fondé, compte tenu de ces circonstances particulières, et sans méconnaître les dispositions de l'article 215 du Code civil, à décider 'qu'avant d'imposer brutalement à la femme' une reprise de la vie commune, Piris était tenu de 'faire montre d'un minimum d'égards envers elle et (de) se mettre d'accord avec celle-ci sur les conditions dans lesquelles cette reprise pourrait avoir lieu, et qu'en l'état il devait payer une pension à dame Piris, par application de l'article 214 C.c.' ».

Naar aanleiding van dit cassatiearrest wijst eerste-advocaat R. LINDON er op dat de nieuwe tekst van artikel 215 C.c.fr. van de samenwoningsplicht geen imperatieve plicht maakt voor de vrouw, dit in tegenstelling met het vorige recht. Bij onenigheid tussen de echtgenoten wordt een derde oplossing aanvaard: de duurzame feitelijke scheiding.

Dit is ook de geest van de wetgever: «L'article 215 du Code civil leur (aux époux) permettra, sans aller devant le juge du divorce — et l'on sait le drame que tout divorce représente pour les enfants — d'organiser amiablement cette séparation ...» (50).

Volgens de verslaggever zou een feitelijke scheiding, die de echtgenoten zelf mogen organiseren, gunstiger zijn voor de kinderen.

VIII. De conventionele feitelijke scheiding.

1. Een overeenkomst ter organisatie van de feitelijke scheiding is nietig. De rechtspraak is het hierover eens. In de rechtsleer gaan er stemmen op om dergelijke praktijken een zekere geldigheid te verlenen (51). Minder eensgezindheid bestaat over de geldigheid van de er uit vloeiende overeenkomsten nopens de onderhoudsbijdrage, de bewaring en het bezoekrecht van de kinderen. De nietigheid ervan wordt voorgesteld op basis van het rechtsbeginsel «Accessorium sequitur principale» (52). De vraag is of deze radicale houding niet voor nuancering vatbaar is.
2. Kan men niet voorhouden dat de conventionele regelingen inzake onderhoud geldig zijn in de mate dat ze het minimum, opgelegd door de wet of dat de rechter zou vereisen, eerbiedigen. Men kan toch moeilijk beweren dat deze overeenkomsten ongeoorloofd zijn, aangezien een

(50) LINDON, noot onder Cass. Civ. fr., 14 maart 1973, aangehaald in voetnoot (49).

(51) FOULON-PIGANIOL, C.-I., *Les premières orientations jurisprudentielles de l'article 220-1 C.c.*, in: D., 1967, Chron., blz. 207; SAVATIER, R., *Les conventions de séparation entre les époux*, in: Rev. Trim. Dr. Civ., 1931, blz. 335. Meer genuanceerd en zelfs terughoudend: MAURY, J., *La séparation de fait entre époux*, Rev. Trim. Dr. Civ., 1965, blz. 515. Voor België, zie LEFERE, F., *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, Brussel, 1945, blz. 60 tot 67.

(52) Vred. Sint-Joost-ten-Node, 9 april 1957, T. Vred., 1957, blz. 334.

echtgenoot zich bovendien conventioneel verbindt tot datgene waartoe hij wettelijk gehouden is (53).

3. Dient er niet meer belang of juridische waarde gehecht te worden aan overeenkomsten i.v.m. de bewaring en het bezoekrechten der kinderen? Aldus bepaalt de franse Code civil dat waarde gehecht moet worden aan «la pratique qu'ils avaient précédemment pu suivre dans des occasions pareilles» (art. 372-1 C.c.fr.) en aan «les pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet (la garde et l'éducation)» (art. 376 - 1 C.c.fr.) (54).

Ware het niet juister dergelijke 'modus vivendi'-regelingen niet a priori te veroordelen maar integendeel hun tenminste een precaire geldigheid toe te kennen in die zin dat dergelijke overeenkomsten steeds herroepbaar zijn door ieder der echtgenoten en continu onderworpen blijven aan het toezicht van de rechter. Dit controlerechten van de rechter dringt zich op, omdat een conventionele regeling i.v.m. de kinderen misschien een conflict oplost tussen de ouders, maar waarbij het kind vaak vergeten wordt (55).

Eenmaal het belang van het kind (voor zoveel als dit in feite mogelijk is) gevrijwaard, ziet men niet in waarom de rechter dergelijke minnelijke regelingen niet zou bekrachtigen (56).

4. De echtgenoten wensen bovendien vaak op een definitieve wijze hun *patrimoniale rechten* te regelen en sluiten hiertoe een akkoord dat een zogenaamde vereffening en verdeling van de huwgemeenschap inhoudt. Welke waarde moet gehecht worden aan dergelijke paktten?

De rechtspraak (57) verklaart over het algemeen deze paktten nietig omdat zij strijdig zijn met het beginsel van de onveranderlijkheid van de huwelijksvoorwaarden.

F. LEFERE houdt voor dat vooral in geval van feitelijke scheiding streng aan dat beginsel moet vastgehouden worden daar de conventionele scheiding de beïnvloeding van de ene echtgenoot door de andere vergroot, wat de artikelen 1395 en 1443 B.W. precies willen vermijden (58).

(53) SAYAG, A., *Essai sur le besoin créateur de droit*, Bibliothèque de droit privé, nr. 94, Parijs, 1969, blz. 172: Vergelijk met art. 86 van het Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek: «Wonen de echtgenoten bij onderling overleg niet samen, dan is de man verplicht aan zijn vrouw voldoende gelden ter beschikking te stellen ten behoeve van de gewone gang van haar huishouding».

(54) FOULON-PIGANIOL, C.-I., noot onder Cass. Civ. fr., 26 september 1973, D.S., 1973, blz. 524; LEGAIS, R., *Droit civil*, Vol. I, Parijs, 1971, blz. 413.

(55) DE GROOTE, W., *Bezoekrecht*, in: A.P.R., 1958, nr. 59.

(56) DE GROOTE, W., o.c., met verwijzingen.

(57) LEFERE, F., o.c., blz. 68 met verwijzing naar Ktg. Kortrijk, 2 maart 1939, in: Jur. Fl., 1939, blz. 24; Gent, 12 maart 1930, B.J., 1930, blz. 399.

(58) LEFERE, F., o.c., blz. 68.

Maar is deze stelling nu nog houdbaar, nu meer en meer betwist wordt dat dit beginsel (59) van openbare orde is (60) ?

Het belang van deze zienswijze ligt vooral hierin, dat tussen de echtgenoten de bevestiging en de vrijwillige uitvoering na de ontbinding van hun huwelijk, van een tijdens dit huwelijk gesloten overeenkomst, waarbij de belangen van de echtgenoten anders geregeld worden dan door hun huwelijksstelsel, rechtsgeldig zouden zijn (61).

Terzake besliste het Franse Hof van Cassatie in zijn arrest van 4 mei 1966 dat «*si l'acte nul de nullité absolue ne peut être rétroactivement confirmé, il est loisible aux parties de renouveler leur accord ou de maintenir leur commune volonté lorsque la cause de nullité a cessé*» (62).

Er kan dan ook gepleit worden om aan deze patrimoniale regelingen, afgesloten tussen conventioneel feitelijk gescheiden echtgenoten, een relatieve, voorlopige, dus toch 'een zekere' waarde te geven. Een *voorlopige* waarde, daar deze pakten geenszins bindend zijn voor de echtgenoten (tijdens het huwelijk). Een *relatieve* waarde, omdat deze pakten geenszins tegentseibaar zijn aan derden (te goeder trouw ?). Maar toch een *zekere* waarde, wanneer namelijk de echtgenoten dit akkoord in feite naleven als een erepakt (63) en vooral wanneer dit akkoord overgenomen wordt in de overeenkomst die bij het begin van de procedure van echtscheiding of scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming moet opgesteld worden (64). Zou op dit gebied het notariaat geen creatieve rol kunnen vervullen (65) ?

De door hen opgemaakte inventarissen, «vereffeningen en verdelingen» zouden dan op een voorlopige wijze de patrimoniale verhoudingen tussen de echtgenoten regelen, en deze verrichtingen zouden dan een volledige geldigheid verwerven wanneer zij in de voorafgaande overeenkomsten tot scheiding van tafel en bed en echtscheiding door onderlinge toestemming opgenomen worden.

(59) DE PAGE, H., *Traité élémentaire de Droit civil belge*, Vol. X, Brussel, 1949, nr. 140 ; Gent, 12 maart 1930, B.J., 1930, blz. 399 ; vgl. Cass. Civ. fr., 8 maart 1949, R.P.N., 1950, blz. 169 ; Brussel, 4 januari 1952, J.T., 1952, blz. 570.

(60) RENAULD, J.G., *Droit patrimonial de la famille, I, Régimes matrimoniaux*, Brussel, 1961, nr. 388. Het beginsel van de onveranderlijkheid van de huwelijkse voorwaarden behoort niet tot de Belgische Internationale Openbare Orde : Brussel, 24 maart 1954, Pas., 1956, II, blz. 20 ; R.C.J.B., 1955, blz. 107 met noot van VAN HECKE, G.

(61) BAETEMAN, G., DELVA, W., en VLIEGHE-CASMAN, H., o.c., in : T.P.R., 1972, blz. 438.

(62) Cass. Civ. fr., 4 mei 1966, D.H., 1966, blz. 553, met noot MALAURIE, Ph.

(63) De echtgenoten beschouwen dan als persoonlijk al wat zij verwerven sedert hun scheiding.

(64) Zie art. 1287 Ger. Wb., gewijzigd door de wet van 1 juli 1972.

(65) WALLEMACQ, A., *Divorce et séparation par consentement mutuel dans la pratique notariale*, in de bundel *Het notariaat, bron van recht en rechtszekerheid*, uitg. door de Koninklijke federatie van de Belgische notarissen, n.a.v. het Congres te Brussel van 2 tot 5 april 1973 wegens het vijftigjarig bestaan van het Comité voor studie en wetgeving.

5. De hervorming van het huwelijksvermogenrecht zal aan de conventioneel feitelijk gescheiden echtgenoten toelaten hun patrimoniale verhoudingen te regelen.

Het middel hiertoe is de verandering van de huwelijksvoorwaarden. Uit het wetsvoorstel DECROO blijkt dat de wijzigingen van het huwelijksstelsel ook mogelijk moeten zijn bij de feitelijke scheiding van de echtgenoten, vermits het wetsvoorstel bepaalt dat de akte tot wijziging van het huwelijksstelsel moet voorgelegd worden aan de Rechtbank van eerste aanleg van de laatste echtelijke verblijfplaats (66).

6. Het is wenselijk en het ligt in de evolutie van het recht, dat ook de conventionele organisatie van de feitelijke scheiding zou erkend worden. Volgens MAZEAUD wegen de argumenten contra niet op tegen de argumenten pro : «La séparation aimable elle-même devrait être prise favorablement en considération. Sans doute, admettre une telle convention, c'est consacrer la violation d'une règle légale impérative, relative à l'état des personnes : l'obligation de cohabitation qui pèse sur les époux ; sans doute également ; la vie séparée présente des dangers pour la famille. Il ne faut cependant pas interdire aux époux d'organiser une situation sans conséquence grave, à laquelle ils pourront mettre fin facilement, et qui n'exige pas ...un scandaleux étalage de torts réciproques, pénibles pour les deux familles. D'autre part, une période plus ou moins longue de séparation peut amener les époux à plus de sagesse, et conduire à la reprise de la vie commune» (67).

IX. Besluiten

A. Een toenemende erkenning van de langdurige feitelijke scheiding en eerbied voor het recht om de echtscheiding niet te eisen, zonder dat misbruik gemaakt wordt van dit recht.

De analyse van de vonnissen en arresten die concrete antwoorden moeten geven op twistpunten over onderhoudsgeld, bewaking der kinderen, bezoekreht, pensioenen, kinderbijslagen, belastingen, enzomeer, toont aan dat al deze uitspraken een antwoord impliceren op de meer fundamentele problematiek die de feitelijke scheiding bevat, namelijk mag een feitelijke scheiding georganiseerd worden of moeten de echtgenoten die geen normaal huwelijk meer zullen uitbouwen niet (desgevallend onrechtstreeks) gedwongen worden tot de echtscheiding.

De visie over de feitelijke scheiding is correlatief met de visie over de echtscheiding (68). Een negatieve houding t.a.v. de langdurige feitelijke

(66) Art. 1253 bis, par. 2, Ger. Wb., dat zou ingevoerd worden door art. 6 van het wetsvoorstel DECROO, Parl. Hand., 542 (1972/1973), nr. 1.

(67) MAZEAUD, H., *Le divorce par consentement forcé*, in : D., 1963, Chron. XXXI, blz. 141.

(68) FOULON-PIGANIOL, C.-I., *Le droit de ne pas demander le divorce, A propos de la dispense de cohabitation et de l'arrêt de Civ. 1er, 1er juill. 1969, D. 1970, 148 ; D.S., 1970, Chron. XXXI, blz. 140, vnl. de laatste twee alinea's.*

scheiding houdt in (of zou moeten inhouden) dat men positief staat tegenover de echtscheiding als oplossing voor een ontwricht huwelijk (divorce-remède) (69). Een positieve houding (70) ten opzichte van de langdurige feitelijke scheiding impliceert een opvatting over de echtscheiding als sanctie (divorce-sanction), namelijk de echtscheiding wordt uitgesproken tegen de schuldige echtgenoot: de schuld (subjectief) en niet het ontwricht-zijn van het huwelijk (objectief) is een voorwaarde tot echtscheiding.

De Belgische wetgever en de Belgische rechtspraak opteren meer en meer voor de erkenning en organisatie van de langdurige feitelijke scheiding (71). Men blijft opteren voor de echtscheiding als sanctie: een echtgenoot kan niet gedwongen worden tot echtscheiding: het recht om de echtscheiding niet te eisen, het recht om de echtscheiding niet, zelfs niet onrechtstreeks, opgedrongen te worden, wordt erkend, wat blijkt ondermeer uit de voorbereidende werken van de wet van 30 april 1958.

En toch, het recht om de echtscheiding niet te eisen kan misbruikt worden door de 'onschuldige' echtgenoot die de echtscheiding niet wil vragen.

Daarom lijkt het opportuun aan te nemen dat wanneer het huwelijk vijf of tien jaren duurzaam is ontwricht, de echtscheiding kan worden toegestaan op vordering van één van beide echtgenoten, dus zelfs op vordering van de 'schuldige'. Dit is wellicht de adequate oplossing om te voorkomen dat van het recht om echtscheiding niet te eisen, misbruik wordt gemaakt. Ook dit recht is niet 'absoluut'.

B. De creatieve maar subsidiaire rol van de rechter.

Bij het onderzoek van deze problematiek rijst vaak de vraag of de werkgever het huwelijk wel moet regelen en of de rechter wel mag tussenkomen.

Welk is het domein van de wetgever, van de rechter, en van de echt-

(69) Trib. de paix de Lagny, 29 januari 1956, Gaz. Pal., 1956, I, 312; Parijs, 27 juni 1963 (geciteerd in voetnoot (47)2) maar verbroken door Cass. Civ. fr., 9 november 1965 (geciteerd in voetnoot (47)).

Zo ook, maar dan wegens de toenmalige gebrekkige redactie van art. 215 C.c.fr., Cass. Civ. fr., 1 juli 1969 (geciteerd in voetnoot 48).

Zie ook het artikel n.a.v. dit arrest, van FOULON-PIGANIOL, C.-I., *Le droit de ne pas demander le divorce*, geciteerd in voetnoot (68).

(70) Cass. Civ. fr., 9 november 1965, geciteerd in voetnoot (48); Cass. Civ. fr., 14 maart 1973, geciteerd in voetnoot (49); Parijs, 2 februari 1973, D.S., 1973, blz. 524.

(71) Dit werd hierboven aangetoond. De Franse wetgever en de Franse rechtspraak is op dit punt explicieter en duidelijker.

genoten (72) ? Zeer interessant op dit punt is het arrest van het Hof van Beroep van Parijs van 2 februari 1973 : «(la) communauté de vie ... reste le fondement de la cellule familiale» en verder «il est certain que cette communauté de vie ne revêt ni la même forme, ni la même intimité pour chaque foyer ; qu'il appartient non pas à la loi, mais à chaque ménage de régler les modalités de cette communauté de vie entre époux qui peuvent avoir des sérieuses difficultés et dont les possibilités personnelles et matérielles sont souvent très diverses» (73). Het principe van het samenleven wordt dus door de wetgever geponeerd, maar de modaliteiten ervan worden vastgesteld bij onderlinge toestemming tussen de echtgenoten. De vraag is natuurlijk : waar is de grens ?

Wellicht betekent dit niet dat de echtgenoten in hun huis een soort feitelijke scheiding mogen organiseren (facade-huwelijken) of, om nog verder te gaan, dat conventionele scheidingen nu ook erkend zullen moeten worden, maar dit wordt betwist (74).

Wat er ook van weze, de rechter heeft in dergelijke gevallen geen primaire, maar wel een subsidiaire rol : «En tout cas, il ne convient pas de décider prématurément au lieu et à la place des époux eux-mêmes» (75).

De rechter kan en mag ook niet de wettelijke bepalingen, die in feite niet voorzien zijn voor de feitelijke scheidingen, op een gestreng, logisch-deductieve wijze toepassen. Vele van de wettelijke bepalingen zijn onaangepast om onmiddellijk deze situaties te beheersen, omwille van hun rigiditeit en strakheid.

Rechterlijke creativiteit, begrip en mildheid zijn hier primordiaal (76).

(72) Wellicht is dit te absoluut en ongenueanceerd : het gaat niet om twee precies afgebakende terreinen. Er is een middenveld : dat van de concertatie en de dialoog : de echtgenoten trachten overeen te komen, en de rechter komt slechts tussen als controle (er zijn nog andere belangen dan deze van de echtgenoten), om deze overeenstemming te bevorderen, of om te beslissen wanneer de echtgenoten niet tot een aanvaardbaar akkoord kunnen komen.

(73) Parijs, 2 februari 1973, D.S., 1973, blz. 524.

(74) FOULON-PIGANIOL, C.-I., noot onder Parijs, 2 februari 1973, D.S., 1973, blz. 524.

(75) Parijs, 2 februari 1973, D.S., 1973, blz. 524.

(76) Terecht stipt FOULON-PIGANIOL, C.-I., aan dat : «les données juridiques classiques paraissent inadaptées à la situation humaine...» (noot onder Parijs, 2 februari 1973, D.S. 1973, blz. 524). En deze aanmerking geldt dus te meer voor de feitelijke scheidingen die blijven voortduren na een mislukte procedure tot echtscheiding. De gestreng, rigide toepassing van de wet wordt als onmenselijk en onaanvaardbaar aanvoeld.

Aldus stelt MASSON, J.P., (geciteerd in voetnoot (22)) de vraag of het aanvaardbaar is dat de man opnieuw het overwicht krijgt bij de uitoefening van de ouderlijke macht : overwicht, dat ophoudt zolang de echtscheidingsprocedure duurt. Zo ook rijst de vraag of na een mislukte procedure tot echtscheiding, de echtgenoot die schuld heeft aan de feitelijke scheiding, onmiddellijk kan verelen van zijn medeechtgenoot dat hij/zij het echtelijk leven herneemt.

In zijn reeds geciteerd arrest van 2 februari 1973 heeft het Hof van Beroep van Parijs blijk gegeven van een exemplatieve creativiteit. Het heeft de strakke bepaling van artikel 215 C.c.fr. met grote soepelheid en mild begrip toegepast door te stellen dat

C. Een moreel gezinsrecht ?

De wettelijke organisatie van de feitelijke scheiding roept enkele eeuwige vragen op van het recht : moeten de wetten een opvoedkundige waarde hebben (77) ? Moet ons huwelijksrecht moreel verantwoord zijn (78) ? Welke vrijheid laat men aan de beide echtgenoten ; is het opportuun dat de wetgever de wettelijke plichten vaststelt en omschrijft, en dat de rechter toezicht houdt (79) ?

Vooreerst is de beschouwing van H. SOLUS relevant : «Il nous apparaît que s'il est bon que le juge tienne compte de la transformation des mœurs ... encore faut-il qu'il sache se garder d'un danger : celui d'ériger en principe que le droit doit 'suivre les mœurs' sans aucunement se préoccuper de distinguer selon que les mœurs nouvelles sont, à tout le moins socialement, bonnes ou mauvaises. Une telle attitude risquerait

eerst moet overeengekomen worden tussen de (feitelijk gescheiden) echtgenoten welke de modaliteiten zullen zijn van het samenleven, vooraleer de (in het echtscheidingsproces) afgewezen echtgenoot kan eisen dat de echtgenoot het feitelijk samenleven herneemt. Alle gevallen van feitelijke scheiding mogen niet op een zelfde wijze behandeld en afgehandeld worden.

(77) Zie bijv. DELAHAYE, P., *Beschouwingen over de opvoedkundige waarde der wetten*, in : R.W., 1953/1954, kol. 97 e.v. : RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit*, Parijs, 1945 ; RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Parijs, 1935, KIRCKPATRICK, J., o.c., geciteerd in voetnoot (10).

(78) De meningen lopen vaak ver uiteen : wat blijkt uit een aanverwante problematiek. Prof. J.M. PAUWELS is de mening toegedaan dat «(...) het recht naast het huwelijk ook andere samenlevingsvormen moet 'legaliseren' (...)». De exclusieve voorkeur voor het huwelijk dient uit het recht te verdwijnen. En o.i. moet het recht een regeling voorzien voor de courant voorkomende vormen van samenleving buiten het huwelijk : tijdelijke verenigingen, homofiele verbintenissen, polygame of communale samenlevingsvormen» (PAUWELS, J.M., *Beschouwingen over de hervorming van het Belgisch familierecht*, blz. 16 ; bijdrage voor het Colloquium *Gezinsproblemen in wetgeving en ethiek*, ingericht door de onderzoeksafdeling moraal-theologie van de Faculteit van Godgeleerdheid van de K.U.L., te Leuven, van 28 maart tot 30 maart 1973.)

Op dit colloquium werd deze stelling ook verdedigd door M. VAN LOOK : 'Het is wenselijk dat de wetgever enkele niet-limitatieve en niet-dwingende modellen van samenlevingsvormen ter beschikking stelt van degenen die aan een leidraad behoefte hebben. Hij dient dit op een neutrale wijze te doen zonder zijn voorkeur voor een of ander model uit te spreken...' (VAN LOOK, M., *Enkele bedenkingen over de houding van de wetgever ten overstaan van het seksueel en familiaal leven van de burgers*, blz. 6 en 7.) Prof. W. DELVA daarentegen meent : «Vrije liefdesverhoudingen, concubinaat of comunerelaties bieden geen uitkomst, zelfs niet als surrogaat : elk van deze levensvormen, voor welke de ongebondenheid typisch is, voert tot morele ontarding, en daarlangs tot onttakeling van de maatschappij. Om maar niet te gewagen van de maitresseverhouding, die een bekende criminele factor is» in de bundel *Recht in beweging, opstellen opgedragen aan Prof. Mr. Ridder R. VICTOR*, Vol. I, blz. 309.

(79) «Het verwijderen van de schuldidee leidt anderzijds consequent tot het gevolg dat de huwelijksmoelijkheden uit de zuivere juridische sfeer zouden moeten gehaald worden ; zij moeten anders opgevangen worden en slechts indien het huwelijk duidelijk ontwrict is, dienen de nodige juridische stappen gezet te worden die eventueel tot een eenvoudige registrering van de huwelijksbeëindiging kunnen herleid worden», aldus VAN LOOK, M., *Het burgerlijk recht inzake echtscheiding*, in de bundel *Sociale verkenningen*, nr. 2, *Mislukt huwelijk en echtscheiding*, blz. 75 e.v., vnl. blz. 88.

de faire sombrer dans une sorte de positivisme du fait accompli, qui (...) serait funeste à la pérennité de l'institution fondamentale qu'est la famille» (80). Ongetwijfeld dient het gezinsrecht moreel verantwoord te zijn.

Ondanks het feit dat deze maatschappij pluralistisch is samengesteld, zal dit, de totstandkoming van positieve wetten en rechtspraak niet beletten: Prof. W. DELVA drukt dit als volgt uit: «Dat men niet tegenwerpe: welke moraal moet hierbij aan haar trekken komen: een christelijk geïnspireerde of een humanistische? Wanneer het op vitale zaken aankomt, is dit een valse vraag. Voor wie honger lijdt is het inderdaad niet een kwestie van wit of bruin brood. Het gaat om wat essentieel is. En zoals koren essentieel is voor brood, onverschillig of het nu tarwe of rogge betreft, zo is een op schoonmenselijkheid esthetische normering gemeengoed voor elke moraal» (81). De moraal en de bescherming van het huwelijk mogen nochtans niet beletten dat de ontwrichte gezinnen niet juridisch zouden georganiseerd worden: indien de rechter zich reeds billijk toont, omdat hij deze onregelmatige toestanden eenvoudigweg niet kan miskennen, waarom zou de wetgever dan de te beschermen belangen in een feitelijke scheiding niet verdedigen?

Een organisatie van de feitelijke scheiding betekent geenszins een afbreuk aan de bescherming van het huwelijk en de dood van het gezin! «Ainsi cette situation de fait, que les rédacteurs du Code civil n'ont envisagé que pour la condamner, pénètre peu à peu, par la force des choses, dans notre droit positif... Il faut souhaiter qu'elle y acquière droit de cité» (82).

(80) SOLUS, H., geciteerd in voetnoot (44).

(81) DELVA, W., geciteerd in voetnoot (78), blz. 312.

(82) MAZEAUD, H., J.-L., geciteerd in voetnoot (17), nr. 1571.