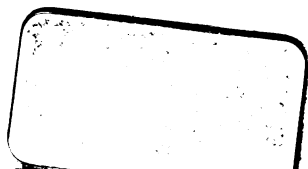




www.libtool.com.cn



www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

PETITE ENCYCLOPÉDIE JURIDIQUE

xxxix

C O D E

DU DIVORCE

www.libtool.com.cn

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, Saint-Dizier, 30, Passage Verdeau, Paris.

21603

CODE DU DIVORCE

www.libtool.com.cn

ET DE LA
SÉPARATION DE CORPS

CONTENANT

**Le commentaire des articles du Code civil non abrogés
et des lois des 27 juillet 1884, 18 avril 1886,
6 février 1893, suivi de formules
et d'une table alphabétique des matières**

PAR

Albin CURET

Président du Tribunal civil de Toulon
Docteur en droit

DEUXIÈME ÉDITION REVUE ET AUGMENTÉE

PARIS

A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS

LIBRAIRES DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

G. PEDONE-LAURIEL, Successeur

13, RUE SOUFFLOT, 13

—
1893

www.libtool.com.cn

***LIBRARY OF THE
LELAND STANFORD JR. UNIVERSITY.***

A 29,170

TITRE VI DU CODE CIVIL

www.libtool.com.cn

DU DIVORCE ¹

CHAPITRE I. — DES CAUSES DU DIVORCE.

ART. 229. — Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme.

ART. 230. — La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari.

ART. 231. — Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre.

ART. 232. — La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce.

ART. 233. — (*Abrogé*).

CHAPITRE II. — DE LA PROCÉDURE DU DIVORCE.

ART. 234. — L'époux qui veut former une demande en divorce présente, en personne, sa requête au président du tribunal ou au juge qui en fait fonctions.

En cas d'empêchement dûment constaté, le magistrat se transporte, assisté de son greffier, au domicile de l'époux demandeur.

En cas d'interdiction légale résultant d'une condam-

(1) Nous donnons ici le texte des articles du titre VI du Code civil tel que l'ont fixé les lois des 27 juillet 1884, 18 avril 1886 et 6 février 1893.

nation, la requête à fin de divorce ne peut être présentée par le tuteur que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit.

ART. 235. — Le juge, après avoir entendu le demandeur et lui avoir fait les observations qu'il croit convenable, ordonne au bas de la requête que les parties comparaitront devant lui au jour et à l'heure qu'il indique, et commet un huissier pour notifier la citation.

ART. 236. — Le juge peut, par l'ordonnance permettant de citer, autoriser l'époux demandeur à résider séparément, en indiquant, s'il s'agit de la femme, le lieu de la résidence provisoire.

ART. 237. — La requête et l'ordonnance sont signifiées en tête de la citation donnée à l'époux défendeur trois jours au moins avant le jour fixé pour la comparution, outre les délais de distance, le tout à peine de nullité.

Cette citation est délivrée par huissier commis et sous pli fermé.

ART. 238. — Au jour indiqué, le juge entend les parties en personne ; si l'une d'elles se trouve dans l'impossibilité de se rendre auprès du juge, ce magistrat détermine le lieu où sera tentée la conciliation, ou donne commission pour entendre le défendeur ; en cas de non conciliation ou de défaut, il rend une ordonnance qui constate la non conciliation ou le défaut et autorise le demandeur à assigner devant le tribunal.

Le juge statue, à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence de l'époux demandeur, sur la garde provisoire des enfants, sur la remise des effets personnels, et il a la faculté de statuer également, s'il y a lieu, sur la demande d'aliments.

Cette ordonnance est exécutoire par provision ; elle est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 du Code de procédure.

Par le fait de cette ordonnance, la femme est autori-

sée à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont les suites.

Lorsque le tribunal est saisi, les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complétées au cours de l'instance par jugement du tribunal, sans préjudice du droit qu'a toujours le juge de statuer, en tout état de cause, en référé, sur la résidence de la femme.

Le juge, suivant les circonstances, avant d'autoriser le demandeur à citer, peut ajourner les parties à un délai qui n'excède pas vingt jours, sauf à ordonner les mesures provisoires nécessaires.

L'époux demandeur en divorce devra user de la permission de citer qui lui a été accordée par l'ordonnance du président, dans un délai de vingt jours à partir de cette ordonnance.

Faute par l'époux demandeur d'avoir usé de cette permission dans ledit délai, les mesures provisoires ordonnées à son profit cesseront de plein droit.

ART. 239. — La cause est instruite et jugée dans la forme ordinaire, le ministère public entendu.

Le demandeur peut, en tout état de cause, transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps.

Les demandes reconventionnelles en divorce peuvent être introduites par un simple acte de conclusions.

Les tribunaux peuvent ordonner le huis-clos.

La reproduction des débats par la voie de la presse, dans les instances en divorce, est interdite, sous peine de l'amende de 100 à 2,000 fr., édictée par l'art. 39 de la loi du 30 juillet 1881.

ART. 240. — Le tribunal peut, soit sur la demande de l'une des parties intéressées, soit sur celle de l'un des membres de la famille, soit sur les réquisitions du ministère public, soit même d'office, ordonner toutes

les mesures provisoires qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants.

Il statue aussi sur les demandes relatives aux aliments pour la durée de l'instance, sur les provisions et sur toutes les autres mesures urgentes.

ART. 241. — La femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en est requise ; à défaut de cette justification, le mari peut refuser la provision alimentaire, et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites.

ART. 242. — L'un ou l'autre des époux peut, dès la première ordonnance et sur l'autorisation du juge, donnée à la charge d'en référer, prendre pour la garantie de ses droits des mesures conservatoires, notamment requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté.

Le même droit appartient à la femme même non commune, pour la conservation de ceux de ses biens dont le mari a l'administration ou la jouissance.

Les scellés sont levés à la requête de la partie la plus diligente, les objets et valeurs sont inventoriés et prisés, l'époux qui est en possession en est constitué gardien judiciaire, à moins qu'il n'en soit décidé autrement.

ART. 243. — Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 235, sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle a été faite ou contractée en fraude des droits de la femme.

ART. 244. — L'action en divorce s'éteint par la réconciliation des époux survenue, soit depuis les faits allégués dans la demande, soit depuis cette demande.

Dans l'un et l'autre cas, le demandeur est déclaré

non-recevable dans son action ; il peut néanmoins en intenter une nouvelle pour cause survenue ou découverte depuis la réconciliation et se prévaloir des anciennes causes à l'appui de sa nouvelle demande.

L'action en divorce s'éteint également par le décès de l'un des deux époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil.

ART. 245. — Lorsqu'il y a lieu à enquête, elle est faite conformément aux dispositions des articles 252 et suivants du Code de procédure civile.

Les parents, à l'exception des descendants, et les domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins.

ART. 246. — Lorsque la demande en divorce a été formée pour toute autre cause que celle qui est prévue par l'article 232, le tribunal, encore que cette demande soit bien établie, peut ne pas prononcer immédiatement le divorce.

Dans ce cas, il maintient ou prescrit l'habitation séparée et les mesures provisoires pendant un délai qui ne peut excéder six mois.

Après le délai fixé par le tribunal, si les époux ne se sont pas réconciliés, chacun d'eux peut faire citer l'autre à comparaître devant le tribunal dans le délai de la loi pour entendre prononcer le jugement de divorce.

ART. 247. — Lorsque l'assignation n'a pas été délivrée à la partie défenderesse en personne et que cette partie fait défaut, le tribunal peut, avant de prononcer le jugement sur le fond, ordonner l'insertion dans les journaux d'un avis destiné à faire connaître à cette partie la demande dont elle a été l'objet.

Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce par défaut est signifié par huissier commis.

Si cette signification n'a pas été faite à personne, le président ordonne sur simple requête la publication du

jugement par extrait dans les journaux qu'il désigne. L'opposition est recevable dans le mois de la signification, si elle a été faite à personne, et, dans le cas contraire, dans les huit mois qui suivront le dernier acte de publicité.

ART. 248. — L'appel est recevable pour les jugements contradictoires dans les délais fixés par les articles 443 et suivants du Code de procédure civile.

S'il s'agit d'un jugement par défaut, le délai ne commence à courir qu'à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable.

En cas d'appel, la cause s'inscrit à l'audience ordinaire et comme affaire urgente.

Les demandes reconventionnelles peuvent se produire en appel, sans être considérées comme demandes nouvelles.

Le délai pour se pourvoir en cassation court du jour de la signification à partie, pour les arrêts contradictoires ; et, pour les arrêts par défaut, du jour où l'opposition n'est plus recevable.

Le pourvoi est suspensif en matière de divorce et de séparation de corps.

ART. 249. — Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement.

ART. 250. — Extrait du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce est inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce que dans les chambres des avoués et des notaires.

Pareil extrait est inséré dans l'un des journaux qui se publient dans le lieu où siège le tribunal, ou, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux publiés dans le département.

ART. 251. — Le dispositif du jugement ou de l'arrêt est transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré.

Mention est faite de ce jugement ou arrêt en marge de l'acte de mariage, conformément à l'article 49 du Code civil. Si le mariage a été célébré à l'étranger, la transcription est faite sur les registres de l'état civil du lieu où les époux avaient leur dernier domicile, et mention est faite en marge de l'acte de mariage, s'il a été transcrit en France.

ART. 252. — La transcription est faite à la diligence de la partie qui a obtenu le divorce ; à cet effet, la décision est signifiée, dans un délai de deux mois, à partir du jour où elle est devenue définitive, à l'officier de l'état civil compétent, pour être transcrite sur les registres. A cette signification doivent être joints les certificats énoncés en l'article 548 du Code de procédure civile, et, en outre, s'il y a eu arrêt, un certificat de non pourvoi.

Cette transcription est faite par les soins de l'officier de l'état civil, le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés, sous les peines édictées par l'article 50 du Code civil.

A défaut, par la partie qui a obtenu le divorce, de faire la signification dans le premier mois, l'autre partie a le droit, concurremment avec elle, de faire cette signification dans le mois suivant.

A défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non avenu.

Le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande.

ART. 253 à 274. — (*Abrogés*).

CHAPITRE III. — DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL.

ART. 275 à 294. — (*Abrogés*).

CHAPITRE IV. — DES EFFETS DU DIVORCE.

ART. 295. — Les époux divorcés ne pourront plus se réunir, si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce. Au cas de réunion des époux, une nouvelle célébration du mariage sera nécessaire.

Les époux ne pourront adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait originairement leur union.

Après la réunion des époux, il ne sera reçu de leur part aucune nouvelle demande de divorce pour quelque cause que ce soit, autre que celle d'une condamnation à une peine afflictive et infamante prononcée contre l'un d'eux depuis leur réunion.

ART. 296. — La femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après que le divorce sera devenu définitif.

ART. 297. — (*Abrogé*).

ART. 298. — Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice.

ART. 299. — L'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage.

Par l'effet du divorce chacun des époux reprend l'usage de son nom.

ART. 300. — L'époux qui aura obtenu le divorce conserve les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu.

ART. 301. — Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens

de l'autre époux, une pension alimentaire qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire.

ART. 302. — Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne.

ART. 303. — Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

ART. 304. — La dissolution du mariage par le divorce admis en justice ne privera les enfants nés de ce mariage d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère ; mais il n'y aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'il n'y avait pas eu de divorce.

ART. 305. — (*Abrogé*).

CHAPITRE V. — DE LA SÉPARATION DE CORPS.

ART. 306. — Dans le cas où il y a lieu à demande en divorce, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps.

ART. 307. — Elle sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile ; néanmoins les articles 236 à 244 lui seront applicables ; elle ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux.

Le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête et suivre l'instance à fin de séparation.

ART. 308. — (*Abrogé*).

ART. 309. — (*Abrogé*).

ART. 310. — Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux.

Cette nouvelle demande sera introduite par assignation à huit jours francs, en vertu d'une ordonnance rendue par le président.

Elle sera débattue en chambre du conseil.

L'ordonnance nommera un juge rapporteur, ordonnera la communication au ministère public et fixera le jour de la comparution.

Le jugement sera rendu en audience publique.

La cause en appel sera débattue et jugée en chambre du conseil, sur rapport, le ministère public entendu.

L'arrêt sera rendu en audience publique.

ART. 311. — Le jugement qui prononce la séparation de corps ou un jugement postérieur peut interdire à la femme de porter le nom de son mari ou l'autoriser à ne pas le porter. Dans le cas où le mari aurait joint à son nom le nom de sa femme, celle-ci pourra également demander qu'il soit interdit au mari de le porter.

La séparation de corps emporte la séparation de biens.

Elle a, en outre, pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice.

S'il y a cessation de la séparation de corps par la réconciliation des époux, la capacité de la femme est

modifiée pour l'avenir et réglée par les dispositions de l'article 1449. Cette modification n'est opposable aux tiers que si la reprise de la vie commune a été constatée par acte passé devant notaire avec minute, dont un extrait devra être affiché en la forme indiquée par l'article 1445, et de plus par la mention en marge : 1° de l'acte de mariage ; 2° du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation, et enfin par la publication, en extrait, dans l'un des journaux du département recevant les publications légales.

www.libtool.com.cn

INTRODUCTION

1. — Il est peu de questions plus graves que celles qui touchent à la constitution de la famille. Le mariage, qui est, dans notre droit moderne, la base même de la famille, doit-il être irrévocable, indissoluble, ou, au contraire, peut-il être rompu dans certaines circonstances déterminées? — Telle est la question qui se pose d'elle-même au début de cette étude. Mais avant de l'aborder, il est bon de rechercher comment elle avait été résolue dans la plupart des législations anciennes et dans notre droit français, avant la loi du 27 juillet 1884 qui a rétabli le divorce.

2. — La loi mosaïque permet la répudiation d'une manière à peu près absolue aux hommes. Ainsi le mari a le droit d'envoyer à sa femme une lettre de divorce, s'il ne découvre pas chez elle les qualités auxquelles il s'attendait. Le divorce est même obligatoire lorsque la femme s'est rendue coupable d'adultère ou lorsque le mari a vécu pendant dix ans avec sa femme sans en avoir d'enfants. De son côté, la femme peut demander le divorce dans certains cas déterminés : par exemple, lorsque le mari refuse le devoir conjugal, s'il a une vie irrégliée, s'il la maltraite outre mesure, etc. (Glasson, *le mariage civil et le divorce*, p. 145-150).

3. — A Athènes, le divorce était d'un usage fréquent. Chacun des époux, la femme comme le mari, avait le

droit de rompre le lien conjugal à son gré et sous certaines conditions de pure forme.

D'après la loi athénienne, le divorce était même obligatoire pour les époux dans deux cas : pour cause d'adultère de la femme et lorsque l'un des époux étranger n'était parvenu à contracter mariage qu'en se faisant passer pour Athénien (Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, p. 151-153).

4. — Les jurisconsultes romains avaient toujours considéré le droit de divorcer comme étant de l'essence du mariage et ils déclaraient nulle toute convention qui avait pour objet d'interdire le divorce (L. 2, C. VIII, 39). Toutefois, bien que consacré déjà par la loi des douze Tables (Cicéron, *Philip.*, II, 28), il n'entra guère tout d'abord dans la pratique, et, s'il faut en croire Valère Maxime (*Dict. factaque memor.*, II, cap. 1) et Aulu-Gelle (IV, 3, § 2), ce n'est qu'en l'an de Rome 520 qu'on vit le premier exemple d'un divorce, celui de Spurius Carvilius Ruga. Mais, trois siècles plus tard, les mœurs, paraît-il, étaient bien changées, puisque Sénèque nous apprend que les femmes comptaient les années, non plus par le nombre des consuls, mais par le nombre de leurs maris (*De benef.*, III, 16).

Le divorce pouvait avoir lieu du consentement mutuel des époux, *bona gratia*, ou par la volonté d'un seul, par voie de répudiation. Le divorce par consentement mutuel n'était soumis à aucune forme. La loi *Julia de adulteriis* voulait qu'au contraire la répudiation fût faite, à peine de nullité, en présence de sept citoyens romains et pubères. Mais, sous l'influence naissante de l'Eglise, les empereurs chrétiens soumettre le divorce à de sérieuses restrictions. Justinien défendit le divorce par consentement mutuel et n'autorisa le divorce par voie de répudiation que pour de justes causes qui avaient été fixées pour la première fois par Théodose et Valentinien (L. 8, C. V, 17).

5. — Du droit romain l'institution du divorce passa dans notre très ancien droit français ; mais condamné, dès les premiers siècles de l'ère chrétienne, par certains Pères de l'Eglise, toléré par d'autres en cas d'adultère de la femme, il fut supprimé par le Concile de Trente (11 novembre 1563), et jusqu'à la Révolution l'indissolubilité du mariage, proclamé par le droit canonique, resta un des grands principes de notre droit public français. Seule, la séparation de corps, qui avait pour effet, tout en maintenant le lien conjugal, de faire cesser la vie commune, fut autorisée à la condition d'être prononcée par justice.

6. — La Révolution de 1789, réagissant contre les maximes qui avaient prévalu dans notre ancien droit et voulant assurer l'indépendance de l'État vis-à-vis de l'Eglise, établit une séparation complète entre la loi civile et la loi religieuse. L'ancien régime, qui liait l'État à l'Eglise, avait fait du mariage un contrat tout à la fois civil et religieux, subordonné, quant à sa validité, et aux prescriptions des ordonnances et aux règles du droit canonique ; la constitution de 1791 lui imprima, au contraire, le caractère d'un contrat purement civil.

7. — La loi du 20 septembre 1792, développant ce nouveau principe, abolit complètement la séparation de corps et la remplaça par le divorce.

Mais, s'inspirant de cette idée évidemment fausse et surtout dangereuse, qu'il fallait accorder la plus grande latitude au divorce à cause de la nature du contrat de mariage, qui a pour base principale le consentement des époux, et parce que la liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention, le législateur de 1792 donna au divorce facilités excessives. Il ne se contenta pas de permettre le divorce pour causes déterminées et même par le

consentement mutuel des époux ; il autorisa encore la rupture du lien conjugal par la volonté d'un seul des conjoints sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur et de caractère.

8. — Les décrets des 8 nivôse et 4 floréal an II allèrent encore plus loin : ils supprimèrent certaines prescriptions très sages de la loi de 1792 et permirent le divorce à tout époux qui justifiait, par acte de notoriété publique, d'une séparation effective de six mois.

Mais les résultats déplorables que devaient fatalement entraîner de pareils décrets ne se firent pas attendre. Les scandales devinrent tels que, le 15 thermidor an III, la Convention abrogeait elle-même son œuvre et en revenait aux dispositions de la loi de 1792.

9. — Malgré les abus qu'avaient permis la loi de 1792 et surtout les décrets de l'an II, les rédacteurs du Code civil n'hésitèrent pas à maintenir l'institution du divorce. Le projet primitif, conforme sur ce point au droit intermédiaire, ne rétablissait même pas la séparation de corps. Mais devant le Conseil d'État, après de vives discussions, les partisans de la séparation de corps réussirent à en obtenir le rétablissement sur ce motif que, la religion catholique n'admettant pas le divorce, il fallait donner aux époux les moyens d'arriver, sans faire violence à leurs croyances religieuses, à une séparation devenue nécessaire. De là la disposition de l'article 306 : « Dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps ».

10. — Ainsi le Code civil, tout en rétablissant, et avec juste raison, la séparation de corps, admit le divorce. Mais, dominé par cette idée, — toute contraire à celle qui avait servi de base et de point de départ à la législation révolutionnaire, — que le divorce n'est

jamais un bien, ni pour les enfants, ni pour la société, ni pour les conjoints eux-mêmes et ne peut être toléré que lorsqu'il est devenu inévitable, le législateur de 1804 l'entoura de garanties nombreuses et sérieuses et le subordonna à des conditions qui étaient de nature à prévenir les abus.

D'une part, en effet, les nombreuses causes déterminées de divorce admises par la loi de 1792 étaient ramenées à trois : l'adultère, les excès, sévices ou injures graves, et la condamnation de l'un des époux à une peine infamante. La folie, la démence, l'absence, l'abandon ne pouvaient plus servir de fondement à une demande en divorce ; de même, le mariage ne pouvait plus être dissous par la volonté d'un seul des époux sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur et de caractère. Le Code civil, il est vrai, maintenait le divorce pour cause de consentement mutuel ; mais le consentement des époux devait être persistant et exprimé d'une manière spéciale, sous des conditions et après des épreuves de nature à prouver assez que la vie commune était insupportable et qu'il existait une cause péremptoire de divorce (art. 233). Les rédacteurs du Code civil s'étaient attachés, suivant l'expression de Treilhard, à vendre si chèrement le divorce par consentement mutuel qu'il ne pût y avoir que ceux auxquels il était absolument nécessaire qui fussent tentés de l'acheter.

D'autre part, la procédure était organisée de manière à multiplier pour le demandeur les causes et les occasions de réflexion, et, en même temps, par ses lenteurs calculées, par ses formalités accumulées, à laisser aux passions le temps de se calmer.

11. — Même avec ces restrictions nombreuses, même avec ces garanties sérieuses, le divorce ne fut point maintenu par la Restauration. La loi du 8 mai 1816 l'abolit. « Depuis longtemps, disait M. de Lamoignon,

rapporteur de la loi de 1816 à la Chambre des pairs, l'opinion publique a flétri le divorce. Il appartenait à un gouvernement qui ne veut s'appuyer que sur les bonnes mœurs de le faire entièrement disparaître de notre législation... Il est certain que le divorce est contraire à l'affection conjugale ; il est certain qu'il provoque l'inconstance, qu'il empêche de bien assortir les mariages, qu'il est souvent une source d'injustice et qu'enfin il est contraire au bonheur des époux, au bonheur des familles, aux bonnes mœurs et par conséquent à la population. » (*Séance du 25 avril 1816*).

Assurément ce ne sont pas là les véritables motifs de la loi de 1816. C'est surtout la raison religieuse qui porta le gouvernement de la Restauration à supprimer une institution qui depuis le Code civil avait fonctionné sans danger pour l'ordre social. La religion catholique, aux termes de la Charte octroyée, devenait la religion de l'État et elle n'admettait pas le divorce : le divorce devait donc nécessairement disparaître de notre Code, car là où il y a une religion d'État, il ne saurait y avoir désaccord entre la loi civile et la loi religieuse. « Aux yeux de notre religion sainte, disait M. de Trinquelague, rapporteur à la Chambre des députés de la loi de 1816, le mariage n'est point un simple contrat naturel ou civil ; elle y intervient pour lui imprimer un caractère plus auguste. C'est son ministre qui, au nom du créateur du genre humain et pour le perpétuer, unit les époux, consacre leurs engagements. Le nœud qui est formé prend dans le sacrement une forme céleste et chaque époux semble, à l'exemple du premier homme, recevoir sa compagne des mains de la divinité même. Une union formée par elle ne doit pas pouvoir être détruite par les hommes, et de là son indissolubilité religieuse. Si ce dogme n'est pas reconnu par toutes les Églises chrétiennes, il l'est incontestablement par l'Église catholique, et la religion de cette Église est

celle de l'Etat, elle est celle de l'immense majorité des Français. La loi civile, qui permet le divorce, est donc en opposition avec la loi religieuse. Or, cette opposition ne doit pas exister, car la loi civile, empruntant sa plus grande force de la loi religieuse, il est contre sa nature d'induire les citoyens à la mépriser ».

12. — Il semblait que la loi de 1816, œuvre de réaction religieuse, ne devait pas survivre au régime qui avait fait de la religion catholique une religion d'Etat. A peine, en effet, la monarchie de juillet, revenant aux principes de la Révolution de 1789, eût-elle proclamé la sécularisation de l'Etat et l'indépendance de la loi civile vis-à-vis de la loi religieuse, que le rétablissement du divorce fut proposé au pouvoir législatif.

Votée en 1831 par la Chambre des députés, la proposition fut repoussée par la Chambre des pairs. Trois fois reprise et adoptée par la Chambre des députés dans les sessions de 1832, 1833 et 1834, elle échoua toujours devant la Chambre des pairs.

13. — En 1848, M. Crémieux, alors ministre de la justice, proposa à l'Assemblée constituante le rétablissement du divorce. Mal accueillie, la proposition fut retirée peu de temps après par M. Marie.

14. — La question fut reprise en 1876 par M. Alfred Naquet ; mais les événements du 16 mai et la dissolution de la Chambre empêchèrent que le projet de loi ne vint en discussion.

M. Naquet renouvela sa tentative en 1878. Prise tout d'abord en considération sur un remarquable rapport de M. Léon Renault, sa proposition n'en fut pas ins définitivement rejetée le 8 février 1881 par la Chambre des députés.

Le 11 novembre 1881, M. Naquet, qui s'était fait être éloquent et convaincu d'une réforme dont la

nécessité s'imposait depuis longtemps, saisit de nouveau le pouvoir législatif de son projet de loi. Ce projet, qui rétablissait le titre VI du Code civil, après des débats longs et passionnés, fut voté par la Chambre des députés en 1882, par le Sénat en 1884, et est devenu, sous certaines modifications, la loi du 27 juillet 1884.

La loi du 18 avril 1886 a remédié à certains inconvénients qui résultaient de la procédure du divorce, telle que le Code civil et la loi du 27 juillet 1884 l'avaient organisée.

15. — Le rétablissement du divorce, qui avait disparu de nos Codes depuis 1816, a rencontré dans le Parlement comme au dehors une vive résistance.

Cette résistance était-elle justifiée ?

Elle l'eût été, certes, si, ainsi que l'avait proclamé le législateur de 1792, le divorce avait été considéré comme un droit découlant pour les époux de la nature même du contrat qui les unit et de ce principe que la liberté individuelle ne peut être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention. Un pareil système, qui aurait pour conséquence logique, nécessaire, de permettre la rupture du lien conjugal, non seulement pour cause d'inexécution des conditions stipulées et de mutuel consentement, mais encore par la volonté d'un seul des conjoints, un pareil système serait assurément la négation de l'idée du mariage et aurait, au point de vue des intérêts de la famille et de la société, les plus fâcheux résultats.

Mais ce n'est pas sous cet aspect que le législateur de 1804 et de 1884 a considéré le divorce. Il a pensé avec raison que le mariage devait être, en principe, indissoluble. La pensée, qui préside à la formation de l'union conjugale, est, en effet, une pensée d'union perpétuelle; les époux qui songent à créer une famille, à fonder un établissement, à élever leurs enfants et à leur transmettre le patrimoine d'honneur et de biens qu'ils pour-

ront acquérir, les époux qui, suivant l'expression de Portalis, s'associent pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée, les époux s'engagent dans des liens qui, dans leur intention même, ne peuvent avoir d'autre dénouement que la mort.

Le législateur, tenant compte de la réalité des choses et de la commune intention des conjoints, a donc justement considéré qu'au moment où il se contracte, le mariage a un caractère indéniable de perpétuité. Mais il a pensé en même temps et avec non moins de raison, que la perpétuité n'était pas l'indissolubilité et que l'indissolubilité absolue, inflexible, était incompatible avec les passions et les défaillances de la nature humaine.

Quand la discorde, en effet, a pénétré dans le ménage, quand ces deux êtres qui s'étaient liés pour vivre sous le même toit et s'aimer, en sont venus à se mépriser et se haïr, que ces sentiments de mépris et de haine, qui peuvent — les annales judiciaires en font foi — faire naître dans une âme irritée l'idée même du crime, ont rendu la vie commune insupportable, la rupture de fait de l'union conjugale s'impose dans l'intérêt même de la morale et de la sécurité publique. « Il est reconnu et incontestable, disait Treilhard, que la loi doit offrir à des époux outragés, maltraités, en péril de leurs jours, des moyens de mettre à couvert leur honneur et leur vie. »

Cette rupture de fait inévitable, quelles doivent en être les conséquences? Doit-elle porter sur le lien même du mariage ou seulement sur la communauté de vie? A cette situation intolérable de deux époux désunis, quel est le remède le plus efficace, le moins dangereux, à triple point de vue de l'intérêt de ceux qui sont dans la triste nécessité d'y recourir, des enfants, de la société? Est-ce le divorce? Est-ce, au contraire, la séparation de corps?

La séparation de corps relâche le lien conjugal sans le rompre, elle en suppose le maintien. Le maintien ! Quand les promesses réciproques de fidélité, de secours, d'assistance qui formaient l'essence même du mariage, ont été méconnues par l'un des époux ou par tous deux ; quand la femme, au lieu de la protection stipulée n'a rencontré que l'outrage et l'abandon ; que le mari, qui avait droit à l'obéissance, s'est trouvé en face de la révolte ; quand l'affection et le respect, qui donnent à l'état de mariage sa dignité, son charme et sa force, se sont éteints dans les cœurs des époux et ont fait placé au mépris et à la haine ; quand les choses en sont arrivées à ce point que la morale, la justice, la sécurité due aux personnes exigent la cessation de la vie commune, que peut-il subsister, nous le demandons, de l'union conjugale, et la séparation de corps, qui en suppose le maintien, est-elle autre chose qu'une pure fiction légale ?

Ce qu'il en reste de cette union rompue, le voici ! C'est une femme à laquelle son mari ne peut plus donner d'avis, de conseil, à laquelle il peut encore, de temps en temps envoyer un commissaire de police. Il en reste un mari qui, lui, — car il n'y a plus de domicile conjugal, — a le droit d'étaler publiquement le spectacle de l'inconduite et du concubinage. Sans doute, la loi du 6 février 1893 a, comme nous le verrons, notablement amélioré l'institution de la séparation de corps. Elle a supprimé la nécessité de l'autorisation maritale qui était pour la femme une cause d'humiliations et pour le mari un moyen odieux de vexations, quand elle n'était pas un prétexte à de scandaleux marchandages. Elle donne à la femme le droit de quitter un nom deshonoré, comme elle permet de lui imposer l'obligation de ne plus porter un nom honorable.

Mais ce que la loi n'a pas fait et ce qu'elle ne peut pas faire, — puisque, par une sorte de fiction, le lien

conjugal subsiste, — c'est de délier les époux séparés de leur serment de fidélité, c'est de leur donner la faculté de se remarier et de se constituer une nouvelle famille. La séparation de corps les condamne à la chasteté absolue ou au concubinage. Les époux séparés ont à choisir entre une viduité contraire à la nature humaine et ces unions illégitimes qui, volontairement stériles, sont sans utilité pour le développement social, ou, irrégulièrement fécondes, ne peuvent donner naissance qu'à des enfants adultérins.

Combien le divorce est plus vrai, et, — disons le mot, — plus moral ! Quand les sévices, les outrages, l'adultère, le déshonneur ont rendu la vie commune impossible ; quand la vie conjugale n'a pu durer, qu'elle n'a plus de réalité, qu'elle est brisée ; quand tout a disparu, l'aide, l'assistance, les conseils, quel intérêt peut-il y avoir à maintenir, par une sorte de fiction légale, un lien qui, en réalité, n'existe plus ? Quand les époux ne peuvent plus se voir, se fréquenter, pourquoi leur refuser la faculté de retrouver dans une autre union régulière, honorée, acceptée par la société, les joies de la famille, le bonheur du foyer qu'ils avaient perdus ? Oui, la séparation de corps n'est qu'une fiction menteuse, alors que le divorce consacre une réalité. Oui, la séparation de corps condamne les époux à la souffrance ou au désordre, alors que le divorce permet les unions nouvelles d'où sortiront des enfants qui pourront marcher le front haut, ayant au cœur le respect de leur mère. Et voilà pourquoi le législateur a pensé qu'il était de l'intérêt de tous, des conjoints, des enfants, de la société, de rétablir le divorce.

16. — On a fait au divorce diverses objections qui peuvent se résumer en trois :

1° Le divorce est contraire au sentiment religieux de l'immense majorité des Français ;

2° Il est contraire à l'intérêt des enfants ;

3° Il a pour effet de corrompre les mœurs, d'entraîner la dissolution de la famille et de la société.

17. — La France, dit-on tout d'abord, est catholique ; or, la religion catholique proscriit le divorce ; la loi civile doit donc le proscrire sous peine de froisser la conscience de la majorité des Français.

La raison religieuse ! C'est elle qui avait porté le législateur de 1816 à supprimer le divorce ; c'est elle encore qui, en 1884, a été la vraie cause des résistances qu'a rencontrées son rétablissement.

Il est étrange, certes, de voir une pareille raison invoquée par ceux-là mêmes qui ne considèrent le mariage civil, en dehors du sacrement religieux, que comme un concubinage légal. A ceux-là nous répondrons que le divorce n'a aucun effet sur le mariage religieux, sur le sacrement, et n'a d'autre résultat que de délier des nœuds dont ils ne reconnaissent pas la validité.

Mais à ceux qui concèdent à la société civile le pouvoir légitime de réglementer la condition et l'état des personnes, nous répondrons que la loi est faite pour tous les citoyens, à quelque religion qu'ils appartiennent, et que les dogmes religieux ne peuvent et ne doivent avoir aucune action, aucune influence sur les lois et les institutions qui sont faites, non pour les fidèles d'un culte quelconque, mais pour la généralité des citoyens. Si la foi des époux repousse le divorce, eh bien, rien ne les oblige à y recourir ; comme remède à leurs souffrances conjugales, il leur restera toujours la séparation de corps, cette séparation d'habitation que la religion catholique tolère et admet. Sans doute, il se peut que le divorce soit imposé à l'époux catholique défendeur ; mais cet époux coupable est-il bien venu à invoquer ses principes religieux ? En a-t-il tenu compte quand, par ses outrages, ses mauvais traitements à l'égard de son conjoint, son inconduite, sa violation de

la foi conjugale, il rendait nécessaire la cessation de la vie commune ? En quoi, d'ailleurs, le divorce peut-il blesser, opprimer sa conscience ? Il n'aura qu'à ne pas user de la faculté de se remarier que lui donne la loi, pour que le divorce vaille pour lui ce que vaut une simple séparation de corps.

Au surplus, il est des cas où le catholique lui-même pourra recourir au divorce sans que sa foi puisse en souffrir.

On sait, en effet, que le droit canonique, tenant compte des nécessités sociales que la loi religieuse est bien obligée de subir tout autant que la loi civile, a admis un grand nombre de causes de nullité du mariage qui, pouvant être invoquées pendant toute la durée de la vie des époux, aboutissent, en définitive, pour la plupart, à un divorce déguisé. Ainsi, l'erreur sur la personne morale qui, dans notre droit civil, n'entache en rien la validité du mariage, est au contraire, dans le droit canonique, une cause de nullité de ce mariage ; en sorte, que, par exemple, la femme qui, par erreur, aura épousé un forçat pourra bien voir son mariage annulé par un tribunal ecclésiastique, mais n'en conservera pas moins, au regard de la loi civile, sa qualité d'épouse légitime. Ainsi encore le refus de l'un des époux de consommer le mariage est, dans la loi religieuse, une cause de nullité, tandis que, dans notre droit civil, ce refus n'entache en rien la validité de l'union conjugale.

Dans de pareils cas, l'époux catholique, dont le mariage religieux aura été annulé, hésitera-t-il à faire régulariser sa situation au point de vue civil en demandant aux tribunaux séculiers de prononcer son divorce ?

18. — Le divorce, dit-on en second lieu, est contraire à l'intérêt des enfants.

Nous reconnaissons que leur situation sera pénible et douloureuse. Mais en quoi les enfants de deux époux

divorcés seront-ils dans une condition inférieure à celle des enfants de deux époux séparés de corps ? La séparation de corps n'entraîne-t-elle pas pour les enfants les mêmes malheurs, les mêmes douleurs, et cependant la loi a-t-elle hésité à l'admettre ?

Mais, dit-on, le divorce permet aux époux de se remarier, et alors que deviennent les enfants ? Si c'est le père qui se remarie et qui les garde, il les prend dans son nouveau foyer. Pauvres enfants ! Ils auront là chaque jour, sous leurs yeux, le témoignage vivant du malheur de leur mère et de sa répudiation. Ils ne seront pas seulement privés des caresses maternelles, ils verront une autre femme qui n'est pas leur mère, mais qui est la seconde épouse de leur père, qui en a le titre de par la loi, qui voudra en avoir l'autorité, leur imprimer une direction dont ils se défient et prétendre à des respects qu'ils n'ont pas dans leurs cœurs. Et viennent les enfants dans cette union, à ces enfants toutes les faveurs et toute la prédilection de la mère, peut-être du père lui-même. Et les enfants du premier lit seront délaissés, abaissés, tourmentés peut-être ou ne seront l'objet que de soins inférieurs. — Ou bien, si c'est la mère qui se remarie et installe les enfants dans son nouveau ménage, la souffrance sera différente, mais ce sera toujours la douleur et l'humiliation dans le délaissement. Voir leur mère ne pouvoir plus porter un nom qui est le leur, voir chaque jour à la table de la famille la place du père occupée par l'étranger, être traités par le second époux de leur mère avec indifférence d'abord et, quand des enfants seront venus dans l'union nouvelle, avec rudesse et avec haine, quelle situation ! (Discours de M. Chesnelong, au Sénat, séance du 19 juin 1884).

Que cette situation fâcheuse puisse se réaliser quelquefois, nous le reconnaissons. Mais est-elle bien différente, quand un veuf ou une veuve se remarie ? Et ce-

pendant la loi, tenant compte de l'intérêt des enfants, a-t-elle prohibé les secondes noces ?

Nous irons même plus loin : la situation des enfants d'époux divorcés est, à certains points de vue, préférable à celle des enfants de veufs remariés. Supposez que sous l'influence d'une marâtre, le père divorcé, à qui la garde des enfants a été confiée, rende ces enfants malheureux ; supposez que la mère divorcée installe ses enfants dans un nouveau ménage où ils ne trouveront que l'humiliation et la souffrance : eh bien, la mère réelle, le père ne sont-ils pas encore vivants ? Ne pourront-ils pas, en vertu du droit de surveillance qu'ils conservent, demander aux tribunaux de revenir sur la confiance qu'ils avaient accordée au père ou à la mère et dont l'un ou l'autre s'est montré indigne ? Ne pourront-ils pas tout au moins demander aux magistrats de prendre les mesures que commande l'intérêt des enfants ? — Mais lorsque le mariage a été rompu, non par le divorce, mais par la mort de l'un des époux, lorsque la mère ou le père a disparu et que le survivant s'est remarié, qui donc, si les enfants souffrent, pourra intervenir et se préoccuper de leur intérêt ?

Certes, l'union nouvelle qu'autorise le divorce ne sera jamais un bien pour les enfants ; mais ne vaut-elle pas mieux pour eux que ces unions illégitimes, clandestines ou avouées, auxquelles conduit le plus souvent la séparation de corps ?

19. — Sans doute, dit-on encore, il y a, dans la vie conjugale troublée, de grandes douleurs, d'épouvantables misères. Mais la loi n'est point faite pour des situations individuelles, quelque dignes qu'elles soient de sympathie et de pitié. La loi doit avoir pour but un intérêt supérieur, l'intérêt de tous, l'intérêt social. Or, divorce est contraire à l'intérêt social.

D'une part, en effet, le divorce ne peut avoir que nfluence la plus fâcheuse sur la formation des ma-

riages, car dès l'instant que la loi permet la rupture du lien conjugal, on se mariera avec plus de légèreté, avec plus d'irréflexion, avec la pensée qu'à l'heure des regrets et de la lassitude, on pourra toujours reprendre cette liberté qu'on avait perdue. Le nombre des mauvais ménages augmentera au grand détriment des mœurs publiques.

D'autre part, le divorce introduit au foyer domestique un germe de dissolution qu'il suffira pour développer d'une de ces mille contrariétés dont la vie commune n'est jamais exempte. Il ouvre la porte à tous les calculs de la cupidité et à tous les caprices de l'inconstance. Que l'un des époux regrette sa liberté perdue ou tout au moins diminuée, qu'il entrevoie dans une autre union des avantages matériels plus grands, il se dira bien vite que la loi met à sa disposition le moyen de briser les chaînes qu'il s'est imposées et il n'hésitera pas à recourir aux mauvais traitements, à l'inconduite, qui peuvent le conduire au divorce. La loi provoque ainsi dans le ménage des désordres que la pensée de l'indissolubilité du mariage eût écartés.

Le mariage, sans cette certitude, cette durée, cette stabilité qui sont de son essence même, avec l'élément dissolvant que la loi y introduit, n'est plus qu'une union passagère que le caprice aura formée et que le caprice brisera. Avec le divorce, le mariage, la famille disparaissent, entraînant dans leur ruine la société tout entière.

Cette objection tirée de l'influence néfaste du divorce sur les mœurs publiques, sur l'avenir de la famille et de la société, peut prêter à des développements nombreux et éloquents, mais est-elle bien sérieuse ?

Et d'abord est-il exact de dire que la loi n'a pas à se préoccuper des situations individuelles, quelque intéressantes qu'elles puissent être ? La loi règle bien la condition des absents, des enfants adultérins, et ce-

pendant l'absence, la filiation adultérine constituent dans notre société des situations exceptionnelles ; pourquoi n'interviendrait-elle pas dans les mariages désunis ? Pourquoi les adversaires du divorce, qui n'ont jamais contesté au législateur le droit de réglementer la séparation de corps, lui déniaient-ils le droit de rechercher pour les mêmes situations un remède plus efficace, moins dangereux ! L'intérêt social est-il autre chose que la résultante des intérêts individuels ?

Mais c'est précisément cet intérêt social, nous dit-on, qui s'oppose au rétablissement du divorce ! — Examinons.

Si le divorce était une institution nouvelle, on comprend que le législateur eût hésité à tenter une expérience qui aurait été de nature à ébranler cette base fondamentale des sociétés, la famille. Mais le divorce a existé en France ; il existe chez la plupart des peuples qui nous avoisinent.

Il a existé en France de 1792 à 1816, et, si on laisse de côté la période révolutionnaire sur les désordres de laquelle nous nous sommes expliqué, on verra que le divorce, tel que le Code civil l'avait réglementé, tel que la loi de 1884 l'a rétabli, n'avait donné lieu à aucun abus. Certes, si des abus s'étaient produits, si la famille avait été ébranlée, si les mœurs publiques s'étaient perverties, si la société avait été mise en péril, on n'eût pas manqué de signaler ces conséquences funestes du divorce, au moment où la Restauration proclamait de nouveau l'indissolubilité de l'union conjugale. Or, comme nous l'avons dit, le législateur, à cette époque, ne s'est basé, dans son œuvre de réaction, que sur le motif religieux, et c'est uniquement pour mettre la loi civile en harmonie avec la loi religieuse que la loi de 1816 a supprimé le divorce.

Le divorce existe chez la plupart des nations qui nous touchent, dans la Belgique catholique comme dans

l'Allemagne protestante ; il existe en Suisse, en Angleterre, en Hollande, en Autriche pour les mariages mixtes, en Danemark, en Suède, en Norwège, en Russie, aux Etats-Unis. Dans ces pays la famille a-t-elle disparu ? La société belge, qui pratique le divorce depuis plus de quatre-vingts ans, vaut-elle moins que la nôtre ? N'y a-t-il plus de moralité au delà de nos frontières ? Mais, si on consulte les statistiques, il est facile de voir que partout le nombre des ruptures du lien conjugal n'atteint pas celui des séparations en France, et en Belgique, par exemple, où la séparation de corps et le divorce existent simultanément, le chiffre des séparations et des divorces réunis n'atteint pas, toutes proportions gardées, celui des séparations de corps qui étaient prononcées en France avant la loi de 1884. Et qu'on ne vienne pas, pour expliquer ce résultat, invoquer les différences de mœurs, d'éducation, de tempérament. En Alsace-Lorraine, — c'est la France encore ! —, la loi allemande a rétabli en 1873 le divorce dans les conditions où le Code civil l'avait réglementé : eh bien, depuis cette époque les divorces ont eu lieu dans la mesure où avaient lieu les séparations de corps avant 1873.

Ainsi, si la loi de 1884 ne peut encore être jugée dans son application et dans ses résultats, l'expérience du passé, l'expérience de la plupart des peuples civilisés suffit à prouver que l'intérêt social n'a rien à redouter du divorce, que la famille ne saurait recevoir dans son principe, dans son essence, dans sa stabilité, une atteinte quelconque de son fonctionnement.

Ah ! sans doute, la stabilité de la famille serait compromise, la société serait en péril, si la loi mettait le divorce à la portée de chacun de ceux qu'un caprice, une douleur ou un calcul portent à vouloir rompre l'union conjugale. Mais il n'en est pas ainsi. Partant de cette idée que le divorce n'est pas un bien, mais un re-

mède nécessaire, le législateur l'a entouré de toutes les garanties que pouvait commander l'intérêt social. D'une part il a limitativement énuméré les causes de divorce ; il a voulu que ces causes fussent graves, sérieuses, constatées et reconnues par les tribunaux ; la loi de 1884 a même supprimé le divorce par consentement mutuel. D'autre part, il a édicté certaines formalités qui sont de nature à prévenir les entraînements irréfléchis et les abus. De telle sorte qu'on peut assurer que ce ne sera qu'en cas d'absolue nécessité, après mûre réflexion, et quand la vie commune sera réellement devenue insupportable, que les époux se résigneront à recourir au divorce.

On ne sortira donc pas du mariage quand et comme on voudra. Y entrera-t-on plus facilement et la perspective de pouvoir rompre le lien conjugal fera-t-elle, comme on le craint, les unions plus légères, plus irréfléchies ? Ce serait peu connaître le cœur humain que de croire que quand on se marie, c'est avec la pensée d'une séparation possible. Dans la réalité des choses, on se marie pour constituer une famille, pour avoir une compagne, pour avoir des enfants, les élever, leur léguer son patrimoine ; on ne se marie pas parce que la loi permet la séparation. La possibilité du divorce ne fera pas plus les unions irréfléchies que l'indissolubilité n'était un obstacle aux mariages.

Le divorce, dit-on, est un encouragement au désordre : l'époux qui veut rompre le lien dans lequel il regrette de s'être engagé, provoquera par ses outrages, ses mauvais traitements, son inconduite, le divorce qui lui rendra sa liberté. — Prêter aux époux de semblables calculs c'est oublier que les faits qui motivent le divorce peuvent tomber sous le coup de la loi pénale ; c'est oublier que le divorce, avec ses débats scandaleux, avec l'espèce de défaveur qui s'attachera toujours au conjoint qui le rend nécessaire, n'aura jamais

rien de bien attrayant. A l'heure des regrets et de la lassitude, les époux, s'ils ne sont retenus par l'amour des enfants, songeront tout au moins qu'il n'est pas bon de prendre dans un procès en divorce la situation de défendeur, qu'on a contre soi l'opinion publique, qu'on est tenu de rendre la dot et que, s'il y a des avantages stipulés, ils sont révoqués contre l'époux coupable et maintenus au profit de l'autre.

Mais, dit-on enfin, la séparation de corps laisse toujours une porte ouverte à la réconciliation : l'isolement où se trouvent les époux habitués à vivre ensemble, une rencontre fortuite, l'aspect des enfants peuvent amener un rapprochement. Le divorce, au contraire, ferme toute issue à cette réconciliation si désirable. — Cela pouvait être vrai sous l'empire du Code civil qui prohibait la réunion des époux divorcés. Mais depuis la loi de 1884, une pareille prohibition n'existe plus ; les époux divorcés peuvent se remarier ensemble pourvu que l'un d'eux ne soit pas engagé dans les liens d'une union nouvelle. Dans ce cas tout au moins la réconciliation reste possible. Mais d'ailleurs, en cas de séparation de corps, les réconciliations sont-elles si nombreuses ? Certes, quand on a étalé en public certaines plaies domestiques, quand on a formulé l'un contre l'autre les accusations les plus graves et les plus odieuses, qu'on a dévoilé les secrets les plus intimes des discordes conjugales, que les injures ont reçu un retentissement qui les rend inoubliables, ce serait peu connaître la nature humaine que d'espérer encore une réconciliation.

20. — En résumé, le divorce n'est pas un mal en lui-même. Ce qui compromet l'intérêt des époux, l'intérêt des enfants, ce qui porte atteinte à la stabilité du mariage, ce n'est pas la rupture du lien conjugal, ce sont les causes mêmes qui rendent cette rupture nécessaire et inévitable. Le divorce est le remède d'un

mal, et c'est un remède plus radical, partant plus efficace, que la séparation de corps. A vrai dire, il ne dissout pas le mariage, il ne fait que constater légalement la rupture d'une union qui, en fait, est brisée, et qui ne saurait être maintenue que par une sorte de fiction menteuse et surtout dangereuse. Il donne aux époux la faculté de se remarier, de vivre hors de cet état de célibat contraire à la nature humaine, et, par là, il leur permet d'échapper à l'entraînement presque inévitable de ces unions irrégulières qui portent une si grave atteinte aux mœurs publiques et dont les enfants ne peuvent que souffrir.

21. — Si le divorce est un remède plus efficace, moins dangereux que la séparation de corps, il eût été logique, ce semble, que le législateur, qui rétablissait le divorce, supprimât du même coup la séparation de corps. Ni le législateur de 1804 ni celui de 1884 ne sont allés jusque-là. Ils n'ont pas voulu s'exposer au reproche de porter atteinte, dans une mesure quelconque, à la liberté de conscience des catholiques et ils ont maintenu la séparation de corps pour les fidèles d'une religion qui proclame l'indissolubilité de l'union conjugale.

www.libtool.com.cn

DU DIVORCE

Notions préliminaires.

22. — L'article 227 du Code civil énumère trois causes de dissolution du mariage :

- 1° La mort de l'un des époux ;
- 2° Le divorce légalement prononcé ;
- 3° La condamnation devenue définitive de l'un des époux à une peine emportant mort civile.

La mort civile a été supprimée par la loi du 31 mai 1854. Aboli par la loi du 8 mai 1816, le divorce a été rétabli par la loi du 27 juillet 1884. Des trois causes de dissolution de l'union conjugale indiquées par l'article 227, deux subsistent donc encore aujourd'hui : la mort naturelle et le divorce.

Le divorce peut être défini : la dissolution du mariage judiciairement prononcée.

23. — Les principes qui régissent la matière du divorce peuvent trouver place dans le cadre suivant :

- 1° Des causes de divorce ; — des personnes qui peuvent former une demande en divorce ; — des fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à cette demande ;
 - 2° De la procédure du divorce ;
 - 3° Des effets du divorce.
-

CHAPITRE PREMIER

DES CAUSES DE DIVORCE ; — DES PERSONNES QUI PEUVENT
FORMER UNE DEMANDE EN DIVORCE ; — DES FINS DE NON
RECEVOIR QUI PEUVENT ÊTRE OPPOSÉES A CETTE DEMANDE.

SECTION I. — Des causes du divorce.

24. — Sous l'empire de la loi de 1792, le divorce pouvait avoir lieu par le consentement mutuel des époux ou par la volonté de l'un d'eux, sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère (art. 2 et 3).

Il pouvait également avoir lieu pour certaines causes déterminées, à savoir : 1^o la démence, la folie ou la fureur de l'un des époux ; 2^o la condamnation de l'un d'eux à des peines afflictives ou infamantes ; 3^o les crimes, sévices ou injures de l'un envers l'autre ; 4^o le dérèglement de mœurs notoire ; 5^o l'abandon de la femme par le mari ou du mari par la femme pendant deux ans au moins ; 6^o l'absence de l'un d'eux sans nouvelles au moins pendant cinq ans ; 7^o l'émigration dans les cas prévus par la loi (art. 4).

25. — Le Code civil maintint le divorce par consentement mutuel des époux (art. 233) ; mais le divorce ne put plus avoir lieu pour incompatibilité d'humeur et les causes déterminées furent ramenées à trois : l'a-

dultère, les excès, sévices ou injures graves et la condamnation à une peine infamante (art. 229-232).

En outre, en cas de séparation de corps prononcée depuis trois ans au moins, pour toute autre cause que l'adultère de la femme, l'époux originairement défendeur pouvait demander aux tribunaux de convertir en jugement de divorce le jugement de séparation de corps qui avait été prononcé contre lui (art. 310).

26. — La loi du 27 juillet 1884 a supprimé le divorce par consentement mutuel. Mais, d'une part, elle a maintenu avec certaines modifications les trois causes spécifiées par le Code civil, et, d'autre part, elle a étendu les cas d'application de l'art. 310 : quelle qu'ait été la cause de la séparation de corps, la conversion en divorce peut être demandée après un laps de temps de trois ans, et elle peut l'être aussi bien par l'époux qui a obtenu le jugement de séparation de corps que par celui contre lequel ce jugement a été prononcé.

Actuellement donc les causes de divorce sont au nombre de quatre :

- 1° L'adultère (art. 229-230) ;
- 2° Les excès, sévices ou injures graves (art. 231) ;
- 3° La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante (art. 232) ;
- 4° La séparation de corps antérieurement prononcée (art. 310).

27. — Ce sont là les seules causes qui peuvent servir de fondement à une demande en divorce. L'indissolubilité du mariage reste la règle, et ce n'est que par exception et dans les cas limitativement énumérés par la loi que l'union conjugale peut être dissoute du vivant époux. — Ainsi le divorce ne peut plus avoir lieu par la volonté d'un seul des conjoints ni même par leur consentement mutuel.

Si les rédacteurs du Code civil avaient admis le di-

C. Divorce.

vorce par consentement mutuel, ce n'est pas qu'ils eussent estimé, ainsi que l'avait fait le législateur de 1792, que le mariage, étant un contrat, peut, comme tout contrat, se dissoudre par un consentement contraire à celui qui l'a formé. Ils s'étaient placés à un autre point de vue. Ils avaient pensé que la volonté mutuelle des époux de rompre leur union, se manifestant dans des conditions rigoureuses de persévérance et de netteté, devait être considérée comme la preuve d'une cause péremptoire de divorce que les époux voulaient tenir secrète (art. 233).

« Parmi les causes déterminées de divorce, disait Treilhard, il en est quelques-unes d'une telle gravité, qui peuvent entraîner de si funestes conséquences pour l'époux défendeur (telles, par exemple, que les attentats à la vie), que des êtres doués d'une excessive délicatesse préféreraient les tourments les plus cruels, la mort même, au malheur de faire éclater ces causes par des plaintes judiciaires. Ne convenait-il pas, pour la sûreté des époux, pour l'honneur des familles toujours compromis dans ces fatales occasions, pour l'intérêt même de toute société, de ne pas forcer une publicité non moins amère pour l'innocent que pour le coupable?... Si le divorce pouvait avoir lieu, dans des cas semblables, sans éclat et sans scandale, ce serait un bien, on serait forcé d'en convenir ». (*Exposé des motifs du titre VI du Code civil*).

D'ailleurs, en admettant le divorce par le consentement mutuel, le Code civil l'avait entouré de formalités si nombreuses et lui avait donné des effets tels que non seulement l'abus, mais l'usage même en était presque impossible.

Cependant le législateur de 1884 n'a pas cru devoir maintenir cette cause de divorce même avec les garanties édictées par le Code civil. Le mariage, a-t-on dit, est, en principe, indissoluble et il ne doit pouvoir être

brisé que dans les cas où la nécessité de sa dissolution s'impose et est judiciairement constatée ; ce n'est pas un contrat ordinaire qui, formé par le consentement, puisse être dissous par un consentement contraire. Si une cause péremptoire de divorce existe, comme le suppose le Code civil, il faut que cette cause soit déduite en justice, que les magistrats soient mis en mesure de l'apprécier, car il est inadmissible, il est contraire à la dignité même de la justice, que les tribunaux en soient réduits à une sorte d'obligation d'enregistrement. Sans doute, à raison des formalités rigoureuses dont il est entouré, le divorce par consentement mutuel sera rare. Mais il arrivera nécessairement un moment où on demandera au législateur d'être logique, et, puisqu'il a posé le principe, de ne pas en rendre l'application impossible. On réclamera des atténuations aux formalités, aux garanties stipulées, et, sur cette pente glissante, de concessions en concessions, on finirait par en revenir au système déplorable de la législation intermédiaire (Discours de M. Martin-Feuillée, ministre de la justice, au Sénat, séance du 29 mai 1884).

De là, l'article 1^{er} de la loi du 27 juillet 1884 : les dispositions du Code civil abrogées par la loi du 8 mai 1816 « sont rétablies, à l'exception de celles qui sont relatives au divorce par consentement mutuel. »

28. — Ni la démence, ni la fureur, ni les infirmités, ni la maladie ne peuvent motiver une demande en divorce. Les époux ne se doivent-ils pas mutuellement secours et assistance (art. 212) ?

« Le mariage, disait M. de Marcère, dans son rapport à la Chambre des députés de la loi de 1884, ne se conclut que par des causes d'ordre moral ; c'est par des motifs du même ordre que le lien peut être rompu. Il n'est pas seulement une association formée en vue d'embellir la vie et de la rendre agréable, il est aussi une communauté des peines et des maux auxquels toute

créature humaine est soumise. En même temps qu'il procure les joies et les satisfactions domestiques les plus vives, il impose des devoirs parfois pénibles ; c'est par ce dernier côté peut-être que le caractère social et la beauté morale de cette union se manifestent le plus. Les malheurs immérités de l'un des conjoints, la ruine de sa fortune, la maladie, les infirmités, loin d'être une cause d'éloignement réciproque et de séparation, sont bien plutôt l'occasion de développer l'esprit de sacrifice, le détachement de soi, la tendre compassion pour des maux partagés, qui constituent vraiment l'union conjugale. Une législation qui aurait pour effet de tarir cette source de vertus, qui viendrait en aide à l'égoïsme féroce et à la dureté de cœurs fermés aux sentiments les plus humains, serait en contradiction absolue avec l'idée que nous nous faisons de l'institution du mariage. »

29. — L'absence et l'abandon ne sont, pas plus que la démence, des causes de divorce. « Les causes de divorce, comme l'absence et l'abandon, disait le tribun Savoye-Rollin, se prêtaient, par le vague de leur désignation, à toutes les supercheries, à toutes les combinaisons de la fraude et de la dépravation des mœurs, ou bien elles jetaient par avance le trouble et l'amertume dans le cœur de tous ceux que leur état ou leurs affaires engageaient dans des courses lointaines ; et tandis que les droits des absents ont constamment inspiré aux lois une sollicitude paternelle, ici, dans la propriété la plus sacrée de l'homme, la propriété de sa famille, une loi téméraire la compromettait sans pudeur ! » (Tribunat, séance du 27 ventôse an XI).

30. — Nous verrons toutefois (*Infra*, n° 55) que l'abandon, qui revêt, par les circonstances qui l'entourent, un caractère injurieux pour l'époux délaissé, peut servir de base à une demande en divorce.

§ I. — *De l'adultère.*

31. — L'adultère est une cause de divorce, parce qu'il constitue la violation de l'un des premiers devoirs du mariage, de l'une des premières obligations des époux, la fidélité.

La loi ne fait aucune distinction entre le mari et la femme.

« Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme. » (Art. 229.)

« La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari. » (Art. 230.)

32. — Cette égalité des époux est une innovation de la loi du 27 juillet 1884.

Sous l'empire du Code civil, en effet, l'adultère de la femme était une cause de divorce, en quelque lieu qu'il eût été commis et qu'il s'agit d'une faute accidentelle et isolée ou de rapports suivis ; l'adultère du mari, au contraire, n'était une cause de divorce qu'autant que le mari avait tenu sa concubine dans la maison commune.

Sur quels motifs était fondée cette différence entre la femme et le mari ? C'est Montesquieu qui nous les indique :

« Les lois politiques et civiles de presque tous les peuples, dit-il, ont avec raison demandé des femmes un degré de retenue et de continence qu'elles n'exigent point des hommes, parce que la violation de la pudeur suppose dans les femmes un renoncement à toutes les vertus ; parce que la femme, en violant les lois du mariage, sort de l'état de sa dépendance naturelle ; parce que la nature a marqué l'infidélité des femmes par des signes certains ; outre que les enfants adultérins de la femme sont nécessairement au mari et à la charge du mari, au lieu que les enfants adultérins du mari ne

sont pas à la femme ni à la charge de la femme ». (*Esprit des lois*, liv. XXVI. chap., VIII).

Le législateur de 1884 n'a pas pensé que ces motifs fussent suffisants pour justifier une distinction contraire aux principes mêmes du mariage. Le divorce est pour chacun des époux la sanction de la violation des obligations qui naissent du mariage. Les époux se doivent mutuellement fidélité (art. 212) ; l'engagement de part et d'autre est identique ; le devoir est pour le mari le même que pour la femme : la sanction de l'inobservation de ce devoir doit être la même pour tous deux.

Que la femme devant être plus retenue par la pudeur même de son sexe, l'adultère suppose en elle plus de dépravation ; que, dans l'état de nos mœurs, l'adultère de la femme porte à l'honneur du mari la plus grave atteinte, alors que l'infidélité du mari ne touche en rien à l'honneur de la femme, — c'est possible. Mais si ces considérations peuvent avoir une influence sur une loi répressive, sur une loi qui poursuit la réparation d'un tort fait à la société et doit graduer la peine d'après les conséquences de la violation du devoir social, il n'en est plus ainsi quand il s'agit de la réparation d'un tort fait à l'époux, quand il s'agit des conséquences de la violation d'un contrat qui unit les époux dans leurs rapports particuliers. Les devoirs, qui naissent du mariage, sont les mêmes pour le mari et pour la femme ; la violation de ces devoirs doit entraîner pour tous deux la même sanction. En exigeant la fidélité partout pour la femme, et pour le mari la fidélité seulement dans le domicile conjugal, le Code civil avait perdu de vue le principe même qu'il posait dans l'article 212. La loi de 1884 a voulu mettre les conséquences en rapport avec le principe en exigeant, de la part des deux époux, fidélité partout.

Au point de vue pénal même, la différence que fait la loi entre l'adultère de la femme et l'adultère du mari

est-elle bien fondée ? — Nos mœurs exigent plus de pudeur chez la femme que chez le mari ! C'est un tort, et la loi est mauvaise, qui reflète des mœurs mauvaises. — L'adultère de la femme peut introduire dans la famille des enfants adultérins ! Mais l'adultère du mari ne peut-il pas avoir, n'aura-t-il pas souvent pour conséquence d'introduire des enfants étrangers dans la famille des autres ? Le tort social n'est-il pas le même ? Pourquoi une répression différente ?

33. — Lajurisprudence, il faut le reconnaître, avait atténué dans une large mesure ce qu'il pouvait y avoir de fâcheux dans le système du Code civil. D'une part, en effet, elle entendait par *maison commune* non-seulement la demeure des époux, mais encore toute maison, tout appartement où le mari aurait eu le droit de forcer sa femme à le suivre et l'obligation de la recevoir. D'autre part, elle admettait, comme cause de séparation de corps, l'adultère du mari, même commis en dehors du domicile conjugal, toutes les fois que les circonstances, qui l'avaient accompagné, lui donnaient le caractère d'une injure grave pour la femme.

Mais la loi du 27 juillet 1884 est allée plus loin : l'adultère du mari sera désormais partout et toujours, tout aussi bien que l'adultère de la femme, une cause péremptoire de divorce. Les tribunaux n'auront plus à rechercher ni à apprécier les circonstances dans lesquelles cet adultère a eu lieu. N'y aurait-il eu qu'une faute unique, isolée, commise hors du domicile conjugal, en l'absence de ces circonstances de lieu, de scandale, de notoriété, qui pourraient constituer l'injure grave, peu importe ; dès que le fait d'adultère est établi, la demande de la femme doit être accueillie et le divorce prononcé.

34. — Cette conséquence qui découle nécessairement, selon nous, de la nouvelle rédaction de l'article 230 du

Code civil, a été pourtant quelquefois mise en doute et certains auteurs soutiennent que la législation nouvelle laisse encore aux tribunaux un certain pouvoir d'appréciation, et que, lorsqu'il s'agira d'un fait isolé par exemple, les juges auront à se décider suivant les circonstances, en tenant compte du caractère plus ou moins injurieux de la faute commise, de la jeunesse du mari, des torts de la femme, etc. Ce pouvoir souverain d'appréciation résulterait de la différence de rédaction entre les articles 229 et 230 d'une part et l'article 232 d'autre part. L'article 232 dispose, en effet, que la condamnation à une peine afflictive et infamante sera une cause de divorce ; les articles 229 et 230 disent que le mari ou la femme *pourra* demander le divorce pour cause d'adultère. D'où la conséquence que les juges ont, dans ce dernier cas, le droit et le pouvoir qu'ils n'ont pas dans l'hypothèse de l'article 232, d'apprécier la demande qui leur est soumise. (Botton et Lebon, *Code annoté du divorce*, p. 25 ; Frémont, *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, p. 19).

Mais il suffit de se reporter aux travaux préparatoires pour se convaincre que telle n'a pas été l'intention du législateur. La question fut nettement posée au Sénat. Il ne s'agit pas, disait le rapporteur, M. Labiche, de savoir s'il est des circonstances qui puissent excuser l'infidélité du mari au point de vue de la morale pure ; « il s'agit uniquement de décider si, pour prononcer le divorce, nous considérerons l'adultère simple du mari comme une cause péremptoire de divorce, — c'est ce que veulent MM. Demôle et de Pressensé, — ou comme une cause soumise à l'appréciation du juge » (*Journal officiel*, n° du 21 juin 1884). Or, c'est précisément le texte proposé par MM. Demôle et de Pressensé qui a été voté par le Sénat, avec la signification même que lui attachaient et ses auteurs et le rapporteur de la loi.

Quant à l'argument tiré de la différence de rédaction entre les articles 229 et 230 d'une part et l'article 232 de l'autre, il est facile d'y répondre. L'adultère de la femme — et ici tout le monde est d'accord — est assurément une cause péremptoire de divorce. Le mari n'a qu'une chose à faire : apporter au tribunal la preuve de l'adultère et le tribunal sera dans la nécessité de prononcer le divorce. Et cependant l'article 229 dispose que le mari *pourra* demander le divorce ! Or, si l'article 229 ne laisse pas aux magistrats le pouvoir d'apprécier les circonstances de la cause, pourquoi n'en serait-il pas de même de l'article 230 qui est rédigé dans les mêmes termes, et alors surtout que l'intention du législateur a été de proclamer l'égalité absolue des époux ? Remarquons au surplus que ce qu'édicte les articles 229 et 230, ce n'est pas la *faculté* pour le juge d'apprécier la demande, c'est la *faculté* pour chacun des époux de demander le divorce (Goirand, *Traité pratique du divorce*, p. 3 ; Coulon et Faivre, *Manuel formulaire du divorce*, p. 49. — Nancy, 12 novembre 1884, Sirey, 1885, 2, 83 ; Cass., 13 novembre 1889, Dalloz, 1890, 1, 36).

§ II. — *Des excès, sévices ou injures graves.*

35. — « Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre. » (Art. 231).

C'est la sanction de la violation des obligations qui naissent du mariage et qu'imposent aux époux les articles 212, 213 et 214 du Code civil.

36. — La loi n'a pas défini les excès, pas plus d'ailleurs qu'elle n'a défini les sévices ou les injures.

Le projet primitif du Code civil contenait un article ainsi conçu : « L'attentat de l'un des époux à la vie de
3.

l'autre sera pour celui-ci une cause de divorce. » Le Tribunal fit observer que cet article, qui mettait l'époux demandeur dans la nécessité de porter contre son conjoint une accusation capitale, serait, le plus souvent, d'une application impossible. Sur cette observation, la disposition fut supprimée et le mot *attentat* remplacé par celui d'*excès* (Locré, *Législ. civ.*, t. V, p. 262, n° 2). Mais l'idée reste la même.

Les excès sont donc des actes violents par lesquels l'un des époux compromet l'existence de l'autre.

37. — Les sévices sont des actes de cruauté qui, sans aller jusqu'à mettre en danger la vie du conjoint, sans constituer l'attentat, rendent l'existence insupportable.

Tels sont les mauvais traitements, les coups et blessures. Toutes les voies de fait ne sont pas nécessairement des sévices : il faut qu'il y ait cruauté. Ainsi, par exemple, un soufflet peut bien être considéré comme une injure, mais ne saurait être rangé parmi les sévices.

38. — Les injures résultent des propos, des actes ou des écrits par lesquels l'un des époux porte atteinte à l'honneur et à la considération de l'autre ou témoigne à son encontre des sentiments de haine et d'aversion.

L'injure, pour motiver une demande en divorce, doit être grave.

39. — La question de savoir dans quels cas il y aura excès, sévices ou injures graves est évidemment une question de fait. Mais il y a, entre les excès et les sévices d'une part et les injures de l'autre, une différence que l'on sent facilement.

Pour reconnaître si le fait, invoqué dans une demande de divorce, constitue un excès ou un sévice, les magistrats n'ont qu'une chose à rechercher, le caractère du fait lui-même ; car, il est évident que les atten-

tats à la vie, les actes de cruauté constituent des excès ou des sévices pour tous et dans quelques circonstances qu'ils se produisent.

Quand il s'agit, au contraire, de l'injure, la gravité que la loi exige résulte, non seulement du caractère du fait en lui-même, mais encore des circonstances qui l'entourent, comme de l'éducation et des habitudes des époux.

C'est en ce sens qu'on a pu dire que les excès et les sévices constituaient, au même titre que l'adultère, des causes péremptoires de divorce, tandis qu'il appartient aux tribunaux, dont l'appréciation à cet égard est souveraine et discrétionnaire, de décider si le fait, invoqué comme injure, est ou non de nature à entraîner la dissolution de l'union conjugale.

40. — Il est évident, d'ailleurs, — et cela a à peine besoin d'être dit, — que les excès, les sévices et les injures ne sont des causes de divorce qu'autant que l'époux qui les commet est responsable de ses actes. S'il était dans un état d'aliénation mentale, il n'y aurait pas lieu à divorce, et il importe peu, à ce point de vue, que la vie commune devienne insupportable. Décider autrement, ce serait admettre la folie parmi les causes de divorce.

41. — Mais il n'est pas nécessaire, pour que la rupture de l'union conjugale s'impose, qu'il y ait une série de faits constitutifs d'excès, de sévices ou d'injures graves. Un fait isolé peut suffire. Cela est vrai incontestablement des excès et des sévices qui témoignent, de la part de l'époux qui s'en rend coupable à l'encontre de son conjoint, d'un sentiment de haine et d'aversion incompatible avec le maintien du mariage. Cela est vrai également de l'injure, car un fait d'injure, unique, isolé, peut, à raison de sa gravité et de la situation des époux, avoir pour effet de rendre la vie com-

munie insupportable et odieuse (Dalloz, V° *Sép. de corps*, n° 24. — Cass., 22 juin 1880, Sirey, 1881, 1, 268).

L'habitude serait toutefois une condition essentielle de l'admissibilité de la demande en divorce, s'il s'agissait de faits d'injures peu graves en eux-mêmes et qui n'acquiescent de la gravité que parce qu'ils sont répétés, et ne rendent la vie commune insupportable que parce qu'ils constituent un véritable système de vexation et de mépris (Dalloz, V° *Sép. de corps*, n° 25).

42. — L'injure, avons-nous dit, doit être grave, et c'est aux juges qu'il appartient de décider, dans chaque cas, si l'injure présente ce caractère. Il est difficile de poser à cet égard des règles générales d'appréciation. Ce que l'on peut dire toutefois, c'est que les magistrats, pour apprécier la gravité de l'injure, devront tenir compte des circonstances de la cause, du plus ou moins de publicité que le fait a reçue, des motifs qui l'ont amené, etc. Ils prendront en considération également, non pas la condition sociale des époux, car il y a des cœurs haut placés comme des âmes viles dans toutes les classes de la société, mais de leur éducation, de leurs habitudes, de leurs sentiments.

Les magistrats, en pareille matière, remplissent en quelque sorte l'office de jurés et la loi s'en rapporte complètement à leur sagesse et à leur expérience (Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 385 ; Aubry et Rau, t. V, p. 177 ; Laurent, *Princip. de dr. civ.*, t. III, n°s 193-194. — Cass., 2 juin 1890, Dalloz, 1891, 1, 299.)

43. — L'injure peut être verbale, écrite ou réelle, c'est-à-dire résulter de faits constituant un outrage ou une marque de mépris.

44. — I. Des injures verbales ou écrites. — Les injures verbales ou écrites comprennent les propos insultants, les termes de mépris, les imputations calomnieuses ou diffamatoires.

Pour que l'injure puisse servir de base à une demande en divorce, est-il nécessaire qu'elle soit publique ? — La publicité sera le plus souvent une aggravation de l'injure, mais elle n'est pas nécessaire ; la loi ne l'exige pas. Toutefois il est évident que, suivant les cas, l'absence de publicité pourrait être retenue comme une circonstance de nature à affaiblir la portée de l'outrage.

45. — L'imputation virtuelle d'adultère, qui résulte d'une action en désaveu de paternité, serait-elle une cause de divorce, alors que l'action en désaveu a été rejetée par les juges ? — C'est là une question de fait, car il est évident qu'on ne saurait voir dans l'action en désaveu une injure grave, si la conduite de la femme avait pu autoriser les soupçons du mari (Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 387 ; Aubry et Rau, t. V, p. 175 ; Dalloz, *V° Sép. de corps*, n° 31. — Paris, 7 mai 1855, Sirey, 1855, 2, 770 ; Paris, 13 juillet 1870, Sirey, 1870, 2, 268).

Il en est de même de la plainte en adultère déposée par le mari entre les mains du ministère public ; elle ne saurait constituer une injure et devenir une cause de divorce, lorsqu'elle a été dictée, non par un esprit de vengeance ou d'injure, mais par la juste sollicitude d'un mari pour l'honneur du foyer conjugal compromis par les apparences fâcheuses et les imprudences constatées dans l'attitude de la femme (Paris, 13 juillet 1870, Sirey, 1870, 2, 268).

46. — L'injure peut se trouver dans une lettre misive adressée par l'un des époux à son conjoint ou à un tiers ; car, nous l'avons dit, il n'est pas nécessaire que l'injure soit publique, pour qu'elle soit une cause de divorce ; tout ce que la loi exige, c'est que l'injure soit assez grave pour rendre désormais la vie commune impossible.

Nous verrons en nous occupant de l'instruction de la demande en divorce, dans quels cas et sous quelles

conditions une lettre missive peut être produite à l'appui de cette demande (*Infra*, n^{os} 226-228).

47. — Pour apprécier la gravité de l'injure contenue dans une lettre missive, les juges devront surtout s'attacher à l'intention de l'auteur de la lettre.

C'est ainsi qu'il a été jugé qu'on ne saurait trouver une injure grave dans les termes par lesquels l'un des époux exprimerait à l'autre ses plaintes et ses reproches ; que la femme ne saurait se prévaloir des imputations contenues dans une lettre adressée par le mari à son beau-père, alors que cette lettre n'est qu'un épanchement naturel entre deux personnes unies par les liens de l'alliance. Ce sont toujours là des questions de fait (*Demol.*, *Tr. du mar.*, t. II, n^o 393).

Mais les juges auront surtout à rechercher si la lettre outrageante adressée par l'un des époux à son conjoint n'a pas été concertée entre eux pour arriver à la dissolution de leur mariage en dehors de toute autre cause légitime du divorce.

48. — Les imputations, que les époux s'adressent dans le cours de l'instance en divorce, peuvent, suivant les circonstances, constituer des injures graves de nature à motiver le divorce.

Sans doute, on ne doit pas oublier que la demande, comme la défense, ont des nécessités dont il faut tenir compte et qu'étant l'une et l'autre l'exercice d'un droit légitime, il importe de ne pas les entraver. Mais si, tout en usant de leur droit, les époux se livrent à des emportements sans excuse, à des outrages qui dépassent les nécessités de la cause, si ces emportements et ces outrages ont pour effet de rendre la vie commune désormais impossible, alors certainement il y a lieu à divorce. L'injure vient-elle du défendeur, le divorce pourra être prononcé, lors même que les causes, pour lesquelles il avait été demandé, ne seraient pas établies

ou suffisantes; vient-elle du demandeur, c'est contre lui que le divorce pourra être prononcé (Aubry et Rau, t. V, p. 179; Dalloz, *V^o Sép. de corps*, n^o 34; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n^o 191).

49. — II. Des injures réelles. — L'injure réelle est celle qui résulte de faits constituant de la part de l'époux envers son conjoint un outrage, une insulte, une marque d'aversion ou de mépris.

« Des paroles amères, dit fort justement M. Dalloz, des expressions de mépris ou de dégoût constituent un outrage susceptible de fonder une demande en séparation. A plus forte raison doit-il donc en être ainsi d'actes qui emportent éminemment ce double sentiment; car les mots ne sont pris par la loi que comme l'expression des dispositions de l'âme et, sous ce point de vue, les actions parlent un langage bien plus significatif et bien plus décidé. Des expressions offensantes peuvent échapper à l'emportement et à la légèreté. Des mots aux faits il y a d'ordinaire pour l'homme tant de distance que de simples paroles permettent de supposer des sentiments moins violents ou moins injurieux que ceux qui sont exprimés; mais devant les actes il n'y a plus moyen de douter; ce sont les témoins irrécusables du cœur » (*V^o Sép. de corps*, n^o 45).

50. — Mais quels actes peuvent être considérés comme injurieux? — L'acte sera injurieux si, tout en constituant une violation des devoirs conjugaux, — car ce n'est qu'à cette condition qu'il peut y avoir lieu à divorce, — il révèle chez son auteur des sentiments de mépris, de haine ou de dégoût pour son conjoint.

Ainsi, le refus de l'un des époux de procéder à la célébration religieuse du mariage ne serait pas pour l'autre époux une cause de divorce. La loi, en effet, ne fait pas du mariage religieux une obligation pour les époux; le refus d'y procéder ne constitue donc pas

cette violation d'un devoir conjugal qui seule peut servir de base à une demande en divorce.

Mais, dit-on, ce refus est une injure grave, puisqu'il force le conjoint qui le subit à vivre dans un état qui, à ses yeux, n'est qu'un concubinage ! — Nous répondons que le caractère injurieux de l'acte résulte, non pas de l'appréciation que peut en faire l'époux qui s'en plaint, mais de la signification qu'a voulu attacher à cet acte l'époux de qui il émane ; car il est évident qu'il n'y a pas d'injure sans intention mauvaise de la part de celui qui la commet. La femme catholique estime que le mariage civil, qui n'est pas suivi d'une cérémonie religieuse, n'est qu'un concubinage ; le mari libre-penseur estime, au contraire, que le mariage civil se suffit à lui-même et que l'intervention du prêtre n'ajoute rien à la légitimité de l'union conjugale. Nous voyons bien là des croyances différentes et contraires, mais où donc est, de la part du mari, ce sentiment de haine ou de mépris qui seul fait l'injure et l'outrage ? La femme, mariée sans passer par l'église, se considère comme une concubine, c'est possible ; mais le mari la considère-t-il comme telle ? Toute la question est là.

Et nous n'admettons même pas le tempérament qu'apporte ici M. Demolombe (*Tr. du mar.*, t. II, n° 390). Il n'y aurait pas cause de divorce, lors même que la célébration religieuse aurait été promise expressément ou tacitement et que l'autre époux a dû y compter. Ce manque de foi est certainement répréhensible et blâmable ; mais ce n'est pas encore là une violation de l'un des devoirs que la loi impose aux époux (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 196. — Voy. en sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 176. — Angers, 29 janvier 1859, Sirey, 1859, 2, 77).

51. — Nous en dirons tout autant du refus du père de faire baptiser ses enfants. Ce refus peut blesser les croyances religieuses de la mère, mais c'est un droit qui

résulte de l'autorité paternelle, et il est évident que l'exercice de ce droit ne peut constituer une injure grave à l'encontre de l'autre conjoint. — Il en est de même du changement de religion par l'un des époux. C'est là encore l'exercice d'un droit que la loi reconnaît (Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 390; Dalloz, *V° Sép. de corps*, n°s 59-60).

Dans sa proposition de loi déposée sur le bureau de la Chambre des députés le 21 mai 1878, M. Naquet admettait comme cause de divorce ; « les dissentiments religieux survenus après le mariage et prouvés, soit par le changement de religion de l'un des époux, soit par la religion imposée aux enfants lors de leur naissance ou plus tard par l'un des époux, malgré la volonté ou à l'insu de l'autre, soit par l'aveu des deux parties. » — « Les divergences de vue en matière religieuse, disait M. Naquet dans son exposé des motifs, sont un des sujets les plus graves et les plus permanents de dissentiments entre époux ; rien n'occasionne de querelles plus fréquentes et plus violentes, et si l'on admet avec Treilhard que le divorce pour les enfants est mille fois préférable au spectacle constant des tiraillements et des violences entre parents, cette disposition doit être acceptée. » — Elle ne l'a pas été cependant et avec juste raison. En admettant, en effet, comme cause de divorce les divergences de vue en matière religieuse, le législateur, pour être logique, était amené à admettre les divergences de vue en matière politique et en toute autre matière. C'était dès lors ouvrir la porte aux abus et faire retour à la loi de 1792 sous l'empire de laquelle le divorce pouvait avoir lieu par la volonté de l'un des époux sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère. Il n'y aurait lieu à divorce que si les dissentiments religieux dégénéraient en excès, sévices ou injures graves, car on rentrerait alors dans les termes mêmes de la loi.

52. — Le refus du rapprochement sexuel est, en principe, une cause de divorce. Le refus d'un acte, qui est de l'essence même du mariage, emporte, en effet, avec lui une idée de mépris ou d'indifférence qui est incompatible avec les sentiments qui doivent animer les époux l'un à l'égard de l'autre. C'est une violation du devoir conjugal (Metz, 25 mai 1869, Sirey, 1870, 2, 77 ; Paris, 19 mai 1879, Sirey, 1879, 2, 175 ; Douai, 26 avril 1884, Sirey, 1884, 2, 92 ; Trib. de Dunkerque, 27 novembre 1884, Sirey, 1885, 2, 23).

Toutefois il se peut qu'une femme se refuse, en certaines circonstances, aux désirs charnels de son mari, sans que ce refus constitue de sa part une injure grave à son égard ; c'est donc là une question de fait (Cass., 19 janvier 1892, Dalloz, 1892, 1, 424).

53. — En dehors des actes d'infidélité, lesquels sont prévus par l'article 229, les imprudences de conduite de la femme peuvent, suivant les circonstances, constituer au regard du mari une injure grave de nature à motiver le divorce, si elles ont été assez caractérisées et assez notoires pour compromettre la considération de la femme et pour atteindre la dignité du mari (Trib. d'Auxerre, 3 mai 1881, Sirey, 1881, 2, 143).

54. — La communication du mal vénérien ne constitue pas toujours et nécessairement une cause de divorce, mais elle peut le devenir suivant les circonstances. Si le mal communiqué par l'époux ne l'a atteint que depuis le mariage, il sera le plus souvent par cela même la preuve de l'adultère et dès lors une cause de divorce. Mais s'il est antérieur au mariage, il faudra rechercher si la communication, par les circonstances qui l'ont accompagnée, constitue l'injure grave exigée par la loi. (Cass., 18 janvier 1892, Dalloz, 1892, 1, 184).

55. — La loi du 20 septembre 1792 admettait expressément, entre autres causes de divorce, l'abandon

de la femme par le mari ou du mari par la femme. Le Code civil n'a pas reproduit cette disposition. Il en résulte que l'abandon du domicile conjugal ne constitue pas, par lui-même, quelle qu'en soit la durée, une cause péremptoire et nécessaire de divorce.

Mais il en serait autrement si l'abandon avait un caractère injurieux à l'égard de l'époux délaissé. Et il aura ce caractère chaque fois qu'il sera sans excuse, chaque fois qu'il ne pourra s'expliquer par aucune contrainte morale ou matérielle, parce qu'il sera alors la manifestation certaine, évidente, de l'intention de se soustraire à la communauté de vie qui est de l'essence même du devoir conjugal, et que cette intention constitue l'injure la plus grave à l'endroit de l'époux délaissé. Il y a, dans ce refus de cohabitation, une idée de mépris ou d'indifférence incompatible avec les sentiments qui doivent animer les époux l'un envers l'autre, et qui rend nécessaire la rupture du mariage (Orléans, 4 mars 1885, *Gazette du Palais*, 1885, p. 437; Trib. de la Seine, 11 mars 1886, *Gazette du Palais*, 1886, p. 510; Paris, 8 juillet 1886, Sirey, 1886, 2, 164).

Si, au contraire, l'abandon a une cause légitime ou une excuse suffisante, si, par exemple, l'époux a voulu se soustraire à des poursuites judiciaires, si le domicile du mari est le même que celui de ses père et mère et qu'il soit établi que les contrariétés de toute espèce auxquelles la femme y était journellement en butte rendaient intolérable cette habitation commune, alors l'abandon s'explique et il ne peut devenir une injure grave et une cause de divorce que si les circonstances qui l'avaient motivé viennent à disparaître (Cass., 20 novembre 1860, Sirey, 1861, 1, 175). C'est ainsi que les tribunaux ont avec juste raison refusé de voir une injure grave dans l'abandon par la femme du domicile conjugal, quand en fait cet abandon a eu lieu du contentement du mari et que celui-ci n'a nullement ma-

nifesté son intention de le faire cesser avant l'instance en divorce (Cass., 11 décembre 1888, Dalloz, 1890, 1, 340).

56. Le devoir de cohabitation étant de l'essence même du mariage et les époux ne pouvant s'en affranchir sans motifs, il est évident que c'est à l'époux qui abandonne le domicile conjugal à établir les raisons graves qui peuvent justifier cet abandon (Amiens, 30 novembre 1887, Dalloz, 1890, 4, 160).

57. — En est-il de même du refus du mari de recevoir sa femme ? Est-ce là encore une question de fait qui doive se résoudre d'après les circonstances ?

C'est moins le refus en lui-même qu'il faut considérer, a-t-on dit, que le motif qui l'a inspiré. Ainsi, il est évident que si la femme qui, sans raison légitime, a quitté le domicile conjugal, vient, après de longues années d'abandon, pour un motif ou pour un autre, pour un motif d'intérêt pécuniaire le plus souvent, demander à reprendre la vie commune qu'elle-même a brisée, le refus du mari de la recevoir n'a aucun caractère injurieux et ne saurait faire prononcer le divorce demandé par la femme et fondé sur ce refus. C'est ce qu'a décidé la cour de Paris par un arrêt en date du 31 mars 1873 (Sirey, 1874, 2, 1).

Cet arrêt de la cour de Paris a été cassé par la Cour de cassation, et avec juste raison (Cass., 27 janvier 1874, Sirey, 1875, 1, 214). Aux termes de l'article 214 du Code civil, en effet, le mari est obligé de recevoir sa femme comme la femme est obligée d'habiter avec son mari. Or, lorsque le mari refuse de satisfaire à une obligation qui lui est imposée par la loi, il commet une injure à l'égard de sa femme pour laquelle il manifeste par là son mépris, et cette injure suffit pour motiver une demande en divorce. Sans doute, la conduite de la femme peut rendre la vie commune impossible, mais c'est au mari à en justifier, en demandant lui-même le divorce

ou la séparation de corps. S'il ne fait pas cette demande, il reconnaît par là-même que ses griefs ne sont pas d'une gravité suffisante, et dès lors son refus de recevoir sa femme est une injure. C'est qu'en effet, la communauté de vie est une des obligations du mariage, et les époux ne peuvent légalement s'y soustraire qu'en faisant prononcer le divorce ou la séparation de corps. Tant que le mariage subsiste, tant que les époux tout au moins ne sont pas judiciairement séparés, il ne peut y avoir de domicile distinct ; la femme ne peut perdre le droit de rentrer dans la maison commune, le mari ne peut être affranchi de l'obligation de l'y recevoir. La théorie de la cour de Paris a pour résultat de créer une situation de fait qui n'est, ni le mariage avec ses conséquences nécessaires, ni le divorce ou la séparation de corps ; c'est une situation intermédiaire que la loi ne reconnaît pas et qui ne saurait être sanctionnée par la justice (Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 388. — Metz, 5 avril 1865, Sirey, 1865, 2, 294).

58. — Pour qu'il y ait lieu à divorce, les faits, qui constituent l'injure, doivent-ils être nécessairement postérieurs à la célébration du mariage ? Ainsi, par exemple, le mariage célébré, le mari s'aperçoit que sa femme est enceinte et il désavoue l'enfant ; ou bien, la femme découvre que son mari a été, avant son mariage, frappé d'une condamnation à une peine afflictive et infamante. Le divorce peut-il être demandé ?

M. Demolombe le soutient. Ce n'est pas, dit-il, par application des articles 229 et 232 que le divorce pourra être demandé, car il n'y a pas eu adultère dans le premier cas, il n'y a pas eu condamnation *de l'un des époux* dans le second. Mais les magistrats pourraient y voir une injure grave aux termes de l'article 230. Sans doute, la loi exige une injure de l'époux envers l'époux, mais ne nous trouvons-nous pas ici dans les conditions exigées par la loi ? L'injure n'est pas dans

le commerce que cette femme, libre alors, a eu avec un autre homme, avant son mariage ; elle n'est pas non plus dans la condamnation infamante. L'injure est dans la réticence de l'époux, dans sa coupable et odieuse dissimulation au moment même de la célébration du mariage ; elle est donc contemporaine du mariage ; elle s'est consommée avec la célébration ; elle s'est prolongée depuis (*Tr. du mar.*, t. II, n° 392 ; Dalloz, *V° Sép. de corps*, nos 61, 86).

Cette opinion ne nous paraît pas exacte. Elle est d'abord contraire au texte de la loi : « Les époux, dit l'article 231, pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre ». *De l'un d'eux envers l'autre*, ce qui indique évidemment que le fait constitutif de l'injure doit s'être passé après la célébration du mariage. Elle est contraire à l'esprit même de la loi et à la nature des choses. Le divorce, en effet, est la sanction de la violation des devoirs auxquels les époux se sont contractuellement soumis par le mariage. Or, il est évident que ces obligations ne peuvent naître qu'après la célébration, et que partant on ne peut les violer avant cette célébration. La femme, qui, avant le mariage, a eu des rapports avec un autre que son mari, mais qui depuis le mariage est restée fidèle à ce dernier, n'a pas violé les obligations que lui impose l'art. 212. — Elle devait, dit-on, au moment de la célébration, révéler au mari sa conduite antérieure ! Sa dissimulation est une injure ! — Si elle ne l'a pas fait, elle est coupable, mais sa faute est toujours antérieure à la prononciation de l'union par l'officier de l'état civil ; ce peut être une injure au fiancé par la fiancée, ce n'est pas une injure à l'époux par l'épouse. — Elle a continué, après le mariage, à dissimuler sa faute ! Elle a manqué à son devoir d'épouse ! — Et dans quel but la confession qu'on lui demande ? Cette confession eut-elle changé la situa-

tion ? La condition du mari serait-elle meilleure ? La femme, même après son aveu, ne resterait-elle pas toujours épouse ?

Et l'article 295 nous fournit, à l'appui de notre opinion, un argument qui nous paraît irréfutable. Cet article décide que les époux divorcés, qui ne se sont pas engagés dans les liens d'une nouvelle union, peuvent se réunir à la condition de procéder à une nouvelle célébration du mariage ; et l'article ajoute qu'après la réunion des époux, il ne sera reçu de leur part aucune nouvelle demande de divorce, pour quelque cause que ce soit, autre que celle d'une condamnation à une peine afflictive et infamante prononcée contre l'un d'eux *depuis leur réunion*. Ainsi, il résulte du texte même de l'article 295 qu'une condamnation antérieure à la nouvelle célébration du mariage ne serait pas une cause de divorce. Or, il n'y a pas de raison évidemment pour qu'il en soit autrement de la condamnation antérieure à la première célébration, et l'article 295 est la réfutation même de la théorie de M. Demolombe.

Donc, pour qu'il y ait lieu à divorce, il faut que les faits, qui constituent l'injure, soient postérieurs au mariage. Le système de M. Demolombe, contraire à la lettre comme à l'esprit de la loi, peut avoir des conséquences dangereuses, parce qu'il irait jusqu'à imposer aux époux l'obligation de se révéler mutuellement, au moment de la célébration, tous les faits graves qui seraient de nature à empêcher le mariage (Aubry et Rau, t. V, p. 178 ; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 192).

§ III. — *De la condamnation à une peine afflictive et infamante.*

59. — Le mariage crée, entre les époux, une solidarité morale qui impose à chacun d'eux l'obligation de s'abstenir d'actes coupables dont la honte pourrait

rejaillir sur son conjoint. Or, l'époux, qui encourt certaines condamnations, viole cette obligation, et la sanction de cette violation, c'est le divorce.

De là, la disposition de l'article 232 : « La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce ».

60. — Pour qu'il y ait là une cause de divorce, trois conditions sont nécessaires ; il faut :

1° Qu'il y ait condamnation ;

2° Que la condamnation soit à une peine afflictive et infamante ;

3° Que la condamnation soit devenue définitive.

61. — 1° Il faut d'abord qu'il y ait condamnation. — Ainsi, il est évident que la simple poursuite en cour d'assises, suivie d'un acquittement, ne peut donner lieu à divorce.

Mais il suffit qu'il y ait condamnation, et l'époux aurait toujours le droit de demander le divorce, quand même le condamné aurait été gracié ou qu'il aurait prescrit ou subi sa peine. Ni la grâce, en effet, ni l'expiration ou la prescription de la peine ne font disparaître l'infamie qui résulte de la condamnation ; la réhabilitation seule aurait cet effet (Dalloz, *V^o Sép. de corps*, n^{os} 8483 ; Demol., *T. du mar.*, t. II, n^o 396 ; Aubry et Rau, t. V, p. 179).

62. — Il importe peu que la condamnation ait été prononcée par les tribunaux ordinaires ou par des tribunaux d'exception. La loi ne fait aucune distinction et dans tous les cas il y a lieu à divorce.

En serait-il encore ainsi si la condamnation avait été prononcée par un tribunal étranger ? — Du principe que la souveraineté d'un Etat ne s'étend pas au delà des limites de son territoire, il résulte que la décision émanée d'une autorité étrangère ne peut produire légale-

ment aucun effet en France et que notamment elle ne peut exercer une influence quelconque sur l'état et la capacité d'un citoyen français. Le jugement de condamnation prononcé par un tribunal étranger ne peut donc créer une cause de divorce. Mais il est évident que si les faits qui ont servi de base à la condamnation de l'époux sont de nature à constituer une injure grave à l'encontre de son conjoint, comme, par exemple, un attentat aux mœurs, celui-ci pourra se prévaloir de ces faits pour demander le divorce par application de l'article 231 du Code civil. Toutefois, comme ce serait donner, contrairement aux principes du droit public, un effet exécutoire en France aux jugements étrangers que de puiser des éléments quelconques de preuve dans les dispositions qu'ils renferment et leur reconnaître ainsi une force probante, ce sera à l'époux demandeur à prouver par ailleurs et en dehors du jugement de condamnation l'exactitude et la vérité des faits sur lesquels il base sa demande en divorce (Trib. de Pontarlier, 1^{er} mars 1887, *France judiciaire*, XI, 2, 207).

63. — 2^o Pour donner lieu à divorce, la condamnation doit être à une peine afflictive et infamante.

Les peines afflictives et infamantes sont, aux termes de l'article 7 du Code pénal : la mort, les travaux forcés à perpétuité ou à temps, la déportation, la détention et la réclusion.

Le Code civil (ancien article 232) exigeait simplement une condamnation à une peine infamante, et alors il fallait ajouter aux peines afflictives et infamantes énumérées dans l'article 7 du Code pénal, les peines simplement infamantes qu'énumère l'article 8, la dégradation civique et le bannissement. De sorte que la femme du magistrat, condamné pour s'être immiscé par un règlement quelconque dans l'exercice du pouvoir législatif (art. 127, C. pén.), pouvait se fonder sur

cette condamnation pour demander le divorce, alors que la femme de l'individu condamné à cinq ans d'emprisonnement pour vol n'était pas recevable à demander la dissolution de son mariage.

La loi du 27 juillet 1884 a fait cesser cette anomalie en exigeant, dans le nouvel article 232, que la peine, pour qu'il pût y avoir lieu à divorce, fût tout à la fois afflictive et infamante. La dégradation civique et le bannissement, qui sont des peines purement infamantes, ne sont donc pas des causes de divorce.

64. — Il résulte de la disposition de l'article 232 qu'en principe une condamnation à une peine correctionnelle ne peut servir de fondement à une demande en divorce ; et il en est ainsi dans le cas même où cette peine aurait été prononcée par une cour d'assises, pour un fait qualifié crime, par suite de l'admission des circonstances atténuantes. L'article 232 exige une condamnation à une peine afflictive et infamante et peu importe la qualification donnée au fait qui a motivé les poursuites (Dalloz, V° *Sép. de corps*, n° 81 ; Aubry et Rau, t. V, p. 178, note 25).

65. — Ce système de la loi est-il bien logique ?

Le projet voté par la Chambre des députés ajoutait aux peines afflictives et infamantes le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, l'outrage public à la pudeur, l'excitation de mineurs à la débauche et les peines correctionnelles prononcées pour crimes par la cour d'assises par suite de l'admission des circonstances atténuantes. « Nous avons pensé, disait le rapporteur du projet, M. Léon Renault, que cette expression *infamante*, il fallait l'entendre, non pas comme se référant à la définition légale de notre législation pénale, mais comme pouvant comprendre ces actes qui, comme le vol, l'escroquerie, etc., constituent des faits que la cons-

science humaine peut déclarer infamants. » (Chambre des députés, séance du 7 février 1881).

Cette addition fut rejetée par le Sénat. Une condamnation correctionnelle, a-t-on dit, n'est pas une condamnation infamante ; elle ne pourrait donc constituer qu'une injure grave et c'est à ce titre seulement qu'elle pourrait être une cause de divorce. Or, quand la loi parle d'excès, de sévices, d'injures graves, elle fait allusion à des faits personnels aux époux ; elle vise leurs rapports entre eux. Ce qu'elle sanctionne, c'est une violation du devoir conjugal, et cette violation ne peut résulter que d'une injure de l'un des conjoints envers l'autre. Mais une condamnation correctionnelle est le résultat d'un fait qui ne concerne en rien les rapports des époux ; celui qui a encouru une condamnation de cette nature a commis un acte blâmable, répréhensible au point de vue social, mais qui peut ne pas être blâmable, répréhensible à l'égard de son conjoint. Il ne saurait donc y avoir là une cause de divorce.

On comprend facilement tout ce qu'il y a d'inexact dans un pareil raisonnement. Que la condamnation à une peine correctionnelle ne puisse être, comme injure grave, une cause de divorce, c'est évident ; mais pourquoi ne pourrait-elle pas donner lieu à divorce au même titre que les condamnations à des peines afflictives et infamantes ? Ce que la loi a voulu c'est qu'un époux ne pût être forcé de partager à jamais la flétrissure de son conjoint. Cette raison ne s'applique-t-elle pas à certaines condamnations correctionnelles ? Celui qui est condamné à cinq années d'emprisonnement pour vol n'est-il pas aussi flétri, aux yeux du monde, que celui qui, pour le même fait, est condamné à cinq années de réclusion ? Sans doute, il est des condamnations correctionnelles, même pour vol ou pour escroquerie, qui peuvent ne point porter une atteinte aussi fâcheuse à la considération de celui qui les encourt, et

on comprend qu'elles n'eussent pu motiver une demande en divorce. Mais la loi n'avait qu'à laisser à cet égard le droit aux tribunaux d'apprécier le caractère de la condamnation ; et c'est précisément ce que faisait la disposition adoptée par la Chambre des députés et qu'à tort, selon nous, le Sénat a rejetée.

66. — Quoiqu'il en soit, l'art. 232 exige une peine afflictive et infamante. Il en résulte qu'en principe une condamnation correctionnelle ne peut donner lieu à divorce.

Il en serait autrement toutefois si le fait, pour lequel une pareille condamnation a été prononcée, constituait par lui-même une injure grave envers l'autre époux. C'est ainsi que, suivant les circonstances, une condamnation pour outrage public à la pudeur ou excitation de mineurs à la débauche pourrait être une cause de divorce. C'est alors l'application de l'article 231 (Caen, 23 février 1857, Sirey, 1857, 2, 568).

67. — 3° Il faut enfin que la condamnation soit devenue définitive, c'est-à-dire qu'elle ne soit plus susceptible d'être réformée par aucune voie légale.

Cette condition, dont on comprend aisément les motifs, était expressément exigée par l'article 261 du Code civil. L'article 261 a été abrogé par la loi du 18 avril 1886 (art. 4) ; mais le principe qu'il consacrait reste le même.

68. — S'il s'agit d'une décision contradictoire, la condamnation est définitive à l'expiration des trois jours accordés pour le pourvoi en cassation ou après le rejet de ce pourvoi.

S'il s'agit d'une condamnation par contumace, l'arrêt est anéanti et susceptible d'être réformé, lorsque pendant les vingt ans qui suivent la date de cet arrêt, le condamné se constitue prisonnier ou est arrêté (art. 476, C. Instr. crim.) ; donc la condamnation n'est défi-

nitive, au cas de coutumace, que par l'expiration des vingt années qui suivent l'arrêt et après lesquelles la peine est éteinte par prescription (Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 397 ; Aubry et Rau, t. V, p. 178, note 27. — Paris, 6 août 1840, Sirey, 1841, 2, 49 ; Limoges, 7 novembre 1884, Sirey, 1885, 2, 19).

69. — Une condamnation pénale est, à toute époque, susceptible de révision (art. 443, C. Inst. crim.). Mais la seule possibilité légale de ce recours extraordinaire ne suffit pas pour enlever à la condamnation, au point de vue qui nous occupe, son caractère définitif. L'article 261 du Code civil, modifié par la loi du 27 juillet 1884, exigeait que le jugement ne fût plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale *ordinaire* ; il doit encore en être ainsi aujourd'hui (Dalloz, *V° Sép. de corps*, n° 83 ; Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 397 ; Aubry et Rau, t. V, p. 178, note 28).

70. — La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante est pour l'autre une cause péremptoire de divorce. Le juge, de par la loi, n'a aucun pouvoir d'appréciation ; dès que la preuve de la condamnation est faite, le tribunal est dans la nécessité absolue de prononcer le divorce.

§ IV. — *De la séparation de corps antérieurement prononcée.*

71. — « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux... » (Art. 310).

Cette cause se confond en quelque sorte avec les précédentes, puisque, aux termes de l'article 306, les causes de séparation de corps et de divorce sont les mêmes.

72. — La disposition de l'article 310, modifiée par la loi du 27 juillet 1884, diffère profondément de celle de l'ancien article du Code civil, qui était ainsi conçue : « Lorsque la séparation de corps prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme aura duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur pourra demander le divorce au tribunal qui l'admettra si le demandeur originaire présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation ». Ainsi :

1^o D'après le Code civil, la conversion ne pouvait pas être demandée quand la séparation de corps avait été motivée par l'adultère de la femme. On n'avait pas voulu que la femme pût trouver dans le divorce le moyen de légitimer sa coupable passion. Mais pourquoi en était-il autrement du mari ? Cette inégalité n'avait pas sa raison d'être. — D'après la loi du 27 juillet 1884, la conversion peut être demandée quelle qu'ait été la cause de la séparation de corps.

2^o D'après le Code civil, seul l'époux originairement défendeur à la séparation de corps pouvait demander la conversion. Il ne serait pas juste, disait Treilhard, que l'époux, qui a choisi la voie de la séparation comme la plus conforme à ses croyances religieuses, eût le droit de la maintenir pour toujours et de condamner ainsi son conjoint à un célibat forcé (Exposé des motifs). — D'après la loi du 27 juillet 1884, la demande en conversion peut être formée indistinctement par l'un ou l'autre époux, même par celui qui a demandé et obtenu la séparation de corps.

3^o D'après le Code civil, la conversion ne pouvait être prononcée qu'autant que l'époux, demandeur à la séparation, avait été sommé par son conjoint de reprendre la vie commune et s'y était refusé. — La loi du 27 juillet 1884 permet de prononcer la conversion,

alors même que l'époux, qui a obtenu la séparation, consentirait à reprendre la vie commune.

73. — Pour qu'il puisse y avoir lieu à conversion d'un jugement de séparation de corps en jugement de divorce, deux conditions sont nécessaires ; il faut :

1° Que le jugement de séparation soit devenu définitif ;

2° Qu'il soit devenu définitif depuis trois ans.

74. — 1° Il faut d'abord que le jugement de séparation de corps soit devenu définitif.

Cette condition, il est vrai, n'est pas expressément édictée par l'article 310, mais elle résulte implicitement des termes mêmes de cet article et de l'esprit de la loi.

« Lorsque la séparation aura duré... », dit, en effet, l'article 310. Pour que la séparation dure, il est clair qu'il faut tout d'abord qu'elle existe. Or, juridiquement l'état de séparation n'existe que lorsqu'il est consacré par une décision définitive ; jusque-là, à vrai dire, la séparation n'est que provisoire, puisque le jugement qui la prononce peut être réformé et n'a pas encore acquis l'autorité de la chose jugée.

Et tel est bien l'esprit de la loi. Le législateur a voulu qu'entre le procès de séparation de corps et la demande en conversion, il y eut trois ans de calme, trois ans d'épreuve pendant lesquels les époux puissent réfléchir sur leur situation nouvelle et voir si le lien conjugal déjà relâché doit être définitivement rompu. Or, tant que le jugement est susceptible d'être réformé, l'instance n'est pas terminée, la lutte entre les époux continue et le délai d'épreuve ne peut commencer à courir. Cette intention du législateur, nous la trouvons formulée en termes exprès dans le § 4 de l'article 6 de la loi du 18 avril 1886 qui règle un cas analogue à celui qui nous occupe : « Pourront être convertis en juge-

ments de divorce, comme il est dit en l'article 310 du Code civil, tous jugements de séparation de corps antérieurs à la promulgation de la présente loi, *devenus définitifs* depuis trois ans ». Pourquoi en serait-il autrement quand il s'agit d'un jugement postérieur à la loi de 1886 ? Il n'y avait évidemment pas de raison pour faire une distinction entre les deux cas (Carpentier, *Loi du 18 avril 1886*, n° 197 ; Depeiges, *Procédure du divorce*, n° 124. — Douai, 22 avril 1891, Dalloz, 1891, 2, 278. — *Contrà*, Vraye et Gode, *Le divorce et la séparation de corps*, t. I, n° 467. — Bourges, 3 novembre 1890, Dalloz, 1891, 2, 277).

75. — Le jugement définitif est, en règle générale, celui qui n'est plus susceptible d'être réformé par aucune de ces deux voies ordinaires de recours, l'appel ou l'opposition.

Donc, s'agit-il d'une décision contradictoire : le jugement devient définitif à l'expiration des délais d'appel, c'est-à-dire des deux mois qui suivent sa signification ; l'arrêt est définitif du jour même de sa prononciation. — La possibilité d'un pourvoi en cassation n'enlève pas à l'arrêt son caractère définitif. Toutefois, comme, aux termes de la loi du 6 février 1893, le recours en cassation est suspensif en matière de séparation de corps comme en matière de divorce, l'exercice de ce recours obligerait le tribunal, saisi d'une demande en conversion, à surseoir ; car, si le pourvoi était accueilli, l'arrêt serait anéanti et avec lui le jugement du tribunal qui aurait prononcé la conversion. — Ce que nous disons du recours en cassation est également vrai de la requête civile.

La décision, dont on demande la conversion en jugement de divorce, est-elle par défaut, il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'un jugement ou d'un arrêt. — Le jugement ne devient définitif que par l'expiration du délai d'appel, délai qui ne commence à courir que lors-

que l'opposition n'est plus recevable ; et l'opposition, en cas de défaut contre avoué, n'est plus recevable à l'expiration de la huitaine qui suit la signification de ce jugement à avoué, et, en cas de défaut contre partie, dès que le jugement a été exécuté (art. 157, 158, 159, C. pr. civ.). — L'arrêt devient définitif dès que l'opposition n'est plus recevable (art. 157, 158, 159, C. pr. civ.)

76. — Quand le jugement ou l'arrêt est par défaut contre partie, l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution. Mais il se peut que l'époux, défendeur à la séparation, n'ait ni domicile ni résidence connus et qu'il n'ait point de biens qui puissent être saisis (art. 159, C. pr. civ.). Dans ce cas l'exécution est impossible, car il est de principe que ni la signification et la publication du jugement, ni un procès-verbal de carence dressé en vertu d'un exécutoire de dépens et signifié au parquet, ni même une liquidation de reprises homologuée par un jugement de défaut, ne sont des actes qui puissent faire réputer exécuté un jugement de séparation de corps. Ce jugement, ne pouvant être exécuté, ne devient donc pas définitif ; il ne peut servir dès lors de base à une demande en conversion. En pareil cas, l'époux, qui a obtenu la séparation de corps, n'a qu'une ressource, c'est de demander le divorce par voie directe et principale.

76 bis. — Mais ce n'est pas seulement par l'expiration des délais d'appel ou d'opposition que la décision qui prononce la séparation de corps peut devenir définitive ; elle peut encore le devenir par l'acquiescement des parties. Comme nous le verrons, en effet, (*Infrà*, 70 427), la jurisprudence admet la validité de l'acquiescement à un jugement de séparation, qu'il s'agisse de l'acquiescement exprès ou de l'acquiescement tacite résultant de l'exécution volontaire de la décision. (Cass., 18 décembre 1891, Dalloz, 1892, 1, 114).

77. — 2^o Pour qu'il puisse y avoir lieu à conversion d'un jugement de séparation de corps en jugement de divorce, il faut, en outre, que ce jugement soit devenu définitif depuis trois ans : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans..... », dit l'article 310.

La loi a fixé ce terme de trois ans, parce qu'elle a pensé que, tant qu'un certain délai ne s'est pas écoulé, les regrets, la réflexion, l'expérience d'une existence nouvelle, peuvent amener une réconciliation, un rapprochement. Mais, quand les époux ont persisté pendant plus de trois ans à vivre dans les conditions d'un éloignement autorisé par la loi, jugé utile par les tribunaux, il est à présumer qu'ils sont irrévocablement décidés à ne plus tenter l'épreuve d'une vie commune qu'ils ont trouvée impossible.

Le délai de trois ans doit être expiré avant la présentation de la requête en conversion ; il ne suffirait pas qu'il fût expiré le jour où intervient le jugement de conversion (Douai, 22 avril 1891, Dalloz, 1891, 2, 278).

78. — L'article 310 établit, pour les époux séparés qui veulent faire convertir en jugement de divorce le jugement de séparation de corps, une procédure plus simple, plus rapide que celle à laquelle est soumise l'action principale et directe en divorce. L'époux, qui veut user de cette procédure de faveur, ne peut le faire avant l'expiration de trois ans. Mais l'époux, qui a obtenu la séparation de corps, renonçant aux facilités que lui accorde l'article 310 et se basant sur les mêmes faits qui ont motivé la demande en séparation de corps, serait-il recevable à former une demande directe en divorce sans attendre l'expiration des trois ans ?

Ce n'est, certes, pas le principe de l'autorité de la chose jugée qui s'y opposerait. L'objet des deux demandes est, en effet, différent. La demande en séparation de corps avait pour objet le relâchement du lien conjugal ; la demande en divorce a pour objet la rupture

même de ce lien. Au regard de cette seconde demande, il n'y a donc pas chose jugée.

Où donc serait l'obstacle ? — On a cru le trouver dans l'article 306 du Code civil. Aux termes de cet article, a-t-on dit, dans le cas où il y aura lieu à la demande en divorce, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps. Il résulte du contexte de cette disposition que la loi offre, en principe, à l'époux offensé l'option entre les deux actions. Mais ce sont là deux actions qui ne peuvent se cumuler, qui s'excluent mutuellement, puisque la séparation de corps, ce divorce des catholiques, a été concédée comme une sorte d'équivalence au divorce. Donc, quand l'époux a fait son option entre les deux voies qui lui sont ouvertes, son droit est épuisé, et s'il a, par exemple, demandé et obtenu tout d'abord la séparation de corps, il ne saurait, se basant sur les mêmes faits, demander ensuite le divorce. Et c'est précisément par application de ce principe que l'exercice successif de ces deux actions est impossible, que l'ancien article 310 n'accordait qu'à l'époux défendeur le droit de demander la conversion de la séparation de corps en divorce. « La loi, dit M. Laurent, ne donne ce droit qu'à l'époux originairement défendeur ; elle ne l'accorde pas à celui qui était demandeur et il n'y avait pas de raison de le lui donner. Il avait le choix, il a choisi la séparation de corps, il ne peut plus revenir sur son choix et demander le divorce. En effet, s'il a choisi la séparation de corps, c'est parce que ses croyances religieuses le lui défendaient ; on ne peut pas supposer qu'après trois ans ces croyances aient changé » (*Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 200).

C'est en ce sens que s'est prononcé le tribunal de la Seine par un jugement en date du 17 mai 1886. (*France judiciaire*, X, 2, 384.)

Nous regretterions que cette décision fût jurispru-

dence. La théorie du tribunal de la Seine est d'abord en contradiction complète avec l'intention du législateur, telle que nous la révèlent les travaux préparatoires. La Chambre des députés avait adopté purement et simplement le texte de l'ancien article 310 du Code civil. La rédaction nouvelle de cet article est l'œuvre du Sénat, et voici, à cet égard, comment s'exprimait devant cette assemblée le rapporteur de la loi, M. Labiche : « Selon moi, la faculté d'invoquer, après trois ans, la procédure de faveur de la conversion, n'est jamais un obstacle à ce qu'on use, *avant* ou après les trois ans, de la procédure du droit commun, pour demander le divorce, soit qu'il y ait des faits nouveaux à invoquer, soit qu'on s'appuie seulement sur des faits anciens, car les faits anciens n'ont jamais été appréciés au regard d'une demande de divorce, puisqu'il n'y a jamais eu qu'une demande en séparation. Au regard du divorce, il n'y a donc pas chose jugée » (Sénat, séance du 24 juin 1884).

Mais, dit-on, en demandant la séparation de corps, l'époux offensé a implicitement renoncé au droit de demander le divorce.

En fait, cette interprétation de l'intention du demandeur sera le plus souvent inexacte. Ce ne sera pas toujours par scrupule de conscience et pour se conformer à ses croyances religieuses, qu'il se sera contenté de recourir à la séparation de corps. Il a pu, pour une raison tout autre, ne pas vouloir actuellement d'une rupture complète de l'union conjugale. C'est peut-être dans l'espoir d'une réconciliation possible, d'un changement dans la conduite de son conjoint, qu'il n'a pas voulu du divorce, se réservant d'en user plus tard s'il le jugeait utile ou si les circonstances l'exigeaient. C'est donc s'exposer à méconnaître cette intention de l'époux que de voir, dans sa première demande en séparation,

une renonciation de sa part à toute action ultérieure en divorce.

En droit, d'où résulterait cette renonciation ? De l'article 306 du Code civil ? L'article 306 dit bien que, dans le cas où il y a lieu à divorce, les époux sont libres de demander la séparation de corps, mais il ne dit pas que l'époux, qui aura opté pour la séparation, sera forclos au point de vue de l'action directe et principale en divorce. Il ne l'est pas quand la séparation a duré trois années, et cependant n'a-t-il pas déjà fait son option ? Pourquoi donc le serait-il avant l'expiration de ces trois années ? Cette fin de non recevoir, qui résulterait d'un jugement de séparation de corps antérieurement prononcé, n'est écrite ni dans l'article 306 ni dans aucune autre disposition légale. La seule fin de non recevoir, contre une demande en divorce, qui soit écrite dans la loi, c'est la réconciliation (art. 244). Or, il est de principe que les fins de non recevoir ne peuvent être suppléées, qu'elles sont de droit étroit et qu'elles n'existent qu'autant qu'elles sont expressément établies par une disposition de la loi.

En somme, l'article 310 est une disposition de faveur accordant aux époux déjà séparés des facilités qu'ils n'auraient pas, s'il n'existait un jugement de séparation de corps. Mais c'est précisément parce que l'article 310 est une disposition de faveur, qu'on ne saurait le retourner contre eux et en prendre texte pour leur refuser le droit, qui appartient à tous, de demander le divorce par voie directe et principale. Les époux séparés de corps ont, pour arriver à la rupture de leur mariage, comme tous autres, l'action commune en divorce ; ils ont de plus et parallèlement l'action en conversion dont la procédure est plus simple et plus rapide. S'ils veulent user de cette procédure simplifiée et rapide, ils agiront par voie de conversion, mais ils ne pourront le faire qu'après un délai de trois ans ; s'ils agissent,

au contraire, par voie d'action directe et principale, ils seront soumis, comme tous autres, aux formalités de la procédure ordinaire du divorce, mais, dans ce cas, ils ne sont pas obligés d'attendre l'expiration du délai de trois ans.

79. — La difficulté que nous venons d'examiner ne se présenterait plus, si l'époux, qui a obtenu la séparation de corps, se fondait, pour demander le divorce, non plus sur les faits qui ont motivé cette séparation, mais sur des faits nouveaux. Il y aurait là alors une situation nouvelle créant pour le demandeur des droits nouveaux, et rien ne ferait plus obstacle à une instance principale et directe en divorce (Paris, 22 juillet 1886, *France judiciaire*, X, 2, 520).

80. — L'inexistence de l'une des deux conditions exigées par la loi pour qu'il puisse y avoir lieu à conversion constitue, à l'encontre de la demande en conversion, une fin de non recevoir qui est d'ordre public, car le divorce est une matière qui intéresse l'ordre social. Il en résulte que la fin de non recevoir peut être suppléée d'office par les tribunaux (Trib. d'Amiens, 3 janvier 1885, *Gazette du Palais*, 1885, p. 493).

81. — Sous l'empire de l'ancien article 310, dès qu'il était constaté que la séparation de corps avait duré trois ans et que l'époux demandeur à la séparation ne consentait pas à reprendre la vie commune, la demande en conversion devait nécessairement être admise par le tribunal. C'était une sorte d'entérinement auquel le tribunal ne pouvait s'opposer.

Il n'en est plus ainsi aujourd'hui. La séparation de corps antérieurement prononcée et ayant duré trois ans n'est plus une cause péremptoire et nécessaire de divorce. La loi laisse aux magistrats un certain pouvoir d'appréciation et leur permet, suivant les circonstances et alors même que les conditions qu'elle exige

sont accomplies, d'admettre ou de repousser la demande en conversion. Cela résulte du texte même de l'article 310 : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement *pourra* être converti..... »

Mais jusqu'où va ce pouvoir d'appréciation ?

82. — Les tribunaux ont d'abord le droit d'apprécier la gravité des faits sur lesquels s'est basé le jugement de séparation de corps, et de rechercher si ces faits, qui étaient suffisants pour motiver le relâchement du lien conjugal, peuvent être considérés comme suffisants pour faire prononcer le divorce.

Sans doute, ces faits ne peuvent plus être mis en question ; on ne saurait prétendre, par exemple, qu'ils n'avaient pas un caractère de gravité suffisant pour faire admettre la séparation de corps ou que cette séparation a été le résultat d'un concert entre les époux. A ce point de vue, il y a chose jugée. Mais ces mêmes faits peuvent être appréciés au point de vue plus rigoureux du divorce ; car le divorce brise le lien conjugal, tandis que la séparation de corps ne fait que le relâcher. Sous ce rapport, il n'y a pas chose jugée, puisque les deux demandes ont un objet différent (Besançon, 27 décembre 1884 et Orléans, 5 mars 1885, Sirey, 1885, 2, 65 ; Cass., 11 janvier 1887, Dalloz, 1887, 1, 334).

Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur ce pouvoir d'appréciation des tribunaux. « La disposition que nous avons l'honneur de vous proposer, disait au Sénat le rapporteur de la loi, M. Labiche, a pour objet d'établir le système suivant : l'un ou l'autre des époux pourra, après trois ans de séparation de corps, porter à nouveau devant le tribunal les motifs de la désunion qui existe entre eux et demander la conversion de la séparation de corps en divorce. Le tribunal aura à apprécier si les motifs, qui avaient été suffisants pour prononcer la séparation de corps, peuvent, après les trois années d'épreuve, être considérés

comme suffisants pour prononcer, non plus le relâchement du lien conjugal, mais la rupture, c'est-à-dire le divorce. A la différence de ce qui existait avec le système établi par le Code civil, le tribunal n'est pas dans l'obligation d'acquiescer à la demande de conversion après la simple constatation des délais et du refus de réconciliation. Le tribunal a toute liberté pour apprécier dans quelle mesure il convient de faire droit à la demande. Notre rédaction fait disparaître la disposition qui avait, à bon droit, il faut le reconnaître, excité bien des susceptibilités, la disposition qui imposait aux tribunaux l'obligation de prononcer le divorce après l'expiration d'un délai de trois ans, alors que la décision précédemment rendue n'avait porté que sur une demande en séparation de corps, et que, par conséquent, cette question seule avait été l'objet d'un débat devant les tribunaux » (Séance du 24 juin 1884).

83. — Les magistrats n'ont pas seulement le droit d'apprécier, au point de vue plus rigoureux du divorce, les faits qui ont servi de base au jugement de séparation de corps; ils ont de plus le droit d'examiner toutes les circonstances de la cause, d'apprécier même les faits postérieurs au jugement de séparation, pour en tirer des motifs qui seraient de nature à faire rejeter la demande en conversion.

Ce droit pour les tribunaux résulte encore des travaux préparatoires. Devant le Sénat, M. Jules Simon s'éleva avec force contre le système admis par le Code civil qui voulait que le tribunal n'eût qu'une sorte d'enregistrement à faire. Il disait qu'il est des cas où la conversion devrait pouvoir être refusée. Il citait l'hypothèse d'un mari contre lequel la séparation avait été prononcée et qui, ayant pris pour maîtresse une femme tarée, demandait le divorce dans le but de pouvoir épouser sa concubine. « Eh bien, disait M. Jules Simon, voilà cet homme qui a une femme vivante et des en-

fants ; il va se remarier et épouser une femme perdue ! La mère est là, elle a ses enfants ; on va donner à cette courtisane le nom que portent ceux-ci ; on va introduire cette concubine dans cette maison. Et la mère qui, malgré ses griefs, a élevé ses enfants dans le respect du père, dans le respect de son nom, elle va voir cette femme devenir l'épouse de leur père. Il est clair que l'avenir des enfants est modifié. Et il est possible qu'un jour, quand ils voudront se marier, on leur objecte les scandales que cette femme aura apportés dans la famille » (Séance du 23 juin 1884). Le rapporteur de la loi, M. Labiche, répondant aux préoccupations de M. Jules Simon, disait : « Dans un langage éloquent, M. Jules Simon vous a demandé de substituer l'appréciation du tribunal à l'obligation de prononcer le divorce qui résultait du Code civil. Cette demande nous a paru justifiée ; nous avons fait la concession qu'on nous demandait » (Séance du 24 juin 1884).

84. — Ainsi, les magistrats rejettent ou admettront la demande en conversion, suivant qu'il existe ou non un espoir de réconciliation (Trib. de Troyes, 27 août 1884, de Mâcon, 25 novembre 1884, de la Seine, 3 mars 1885, Sirey, 1885, 2, 65 ; Paris, 28 janvier 1886, *Gazette du Palais*, 1886, p. 307). Et il a été jugé dans ce sens que le fait par l'époux, auquel le jugement de séparation de corps avait accordé la garde des enfants issus du mariage, d'accorder cette garde à son conjoint, est de nature à rendre possible une réconciliation dans l'avenir (Trib. de la Seine, 29 janvier 1885, *Gazette du Palais*, 1885, supplément, p. 47).

85. — Ils rejettent la demande si le but de l'époux demandeur en conversion est d'arriver au divorce pour pouvoir épouser sa concubine. « Attendu qu'au lieu d'atténuer ses torts depuis cette époque, L. n'a fait que les aggraver par une inconduite persistante et notoire ;

qu'il vit actuellement en concubinage et que la dame L. a juste sujet de craindre que le but poursuivi par son mari en demandant la conversion en jugement de divorce du jugement du 29 juillet 1876, ne soit d'arriver à contracter mariage avec sa concubine ; — que cette éventualité, si elle venait à se produire, serait tout à la fois outrageante pour la demanderesse et contraire à la morale publique ; que dans ces circonstances, la dame L. est fondée à demander au tribunal d'en prévenir l'effet en rejetant purement et simplement la demande intentée contre elle par son mari... » (Trib. de la Seine, 13 mars 1885, *Gazette du Palais*, 1885, p. 442 ; — Voy. en sens contraire, Trib. de Rouen, 3 février 1885, *France judiciaire*, IX, 2, 213).

86. — Ils rechercheront si ce n'est pas par la faute du demandeur en conversion lui-même que tout rapprochement entre lui et son conjoint est devenu impossible. « Considérant qu'il ressort de ces faits que M. n'a fait qu'aggraver depuis la séparation de corps les torts et griefs qui l'ont motivée et que, si tout rapprochement est devenu impossible entre lui et sa femme, il doit rationnellement en être déclaré personnellement responsable ; que dans ces conditions, il est conforme à la morale et à la loi de repousser comme mal fondée la demande de conversion par lui intentée. » (Paris, 14 janvier 1886, *Gazette du Palais*, 1886, p. 236 ; Paris, 21 janvier 1886, *Sirey*, 1886, 2, 129). — Ils rechercheront si l'époux, qui avait obtenu la séparation, n'a pas lui-même, par sa conduite postérieure, légitimé la demande en conversion formée contre lui : « Attendu qu'il résulte de la cause que depuis lors la femme P. s'est livrée à l'inconduite ; qu'elle a mené une existence vagabonde et qu'elle a encouru diverses condamnations... ; que, dans ces circonstances, P. est fondé à réclamer la conversion du jugement de séparation prononcé

contre lui... » (Trib. de la Seine, 25 mars 1885, *Gazette du Palais*, 1885, p. 492).

87. — Le pouvoir d'appréciation des tribunaux est très étendu, on le voit, et l'intention du législateur à cet égard n'est pas douteuse (Cass., 12 août 1885, Sirey, 1886, 1, 193). Mais le système de la loi est-il bien fondé?

Et d'abord la faculté reconnue aux tribunaux d'apprécier, au point de vue plus rigoureux du divorce, les faits qui ont servi de base au jugement de séparation de corps, est-elle bien conforme aux principes juridiques? Il est permis d'en douter. Et, en effet, le divorce et la séparation de corps, s'ils n'ont pas les mêmes effets, ont du moins un but commun, la cessation de la vie commune devenue impossible. Or, quand le jugement de séparation de corps a constaté que les faits sont assez graves pour rendre cette vie commune impossible, peut-on soutenir que ces mêmes faits n'ont pas assez de gravité pour motiver une demande en divorce et déterminer la rupture du lien conjugal? Les articles 229-232 créent trois causes de divorce : l'adultère, les excès, sévices ou injures graves et la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante. L'article 306 dispose que les époux, qui ont des causes de divorce, restent libres de ne demander que la séparation de corps. Donc les causes de divorce et de séparation de corps sont les mêmes. Le divorce est la règle, la séparation de corps est l'exception ; elle n'est pas un subsidiaire du divorce. La loi n'établit pas des causes spéciales de divorce et des causes moins graves de séparation de corps ; à cet égard, le divorce et la séparation de corps sont sur la même ligne ; la séparation de corps n'est autre chose qu'une concession à des scrupules religieux, c'est le divorce des catholiques. Dès lors, quand un tribunal a constaté qu'il existe entre deux époux des causes de séparation de corps, il a par cela même reconnu qu'il existe entre eux des causes de

divorce ; et il est évident que s'il ne prononce que la séparation de corps, c'est parce que l'époux offensé ne lui a demandé que la séparation de corps, mais il aurait certainement prononcé le divorce, si le divorce lui avait été demandé. Mais s'il en est ainsi, comment expliquer le pouvoir d'appréciation laissé aux tribunaux ? Comment justifier le droit qui appartient aux magistrats de décider qu'il y a eu dans la cause des motifs assez puissants pour faire prononcer la séparation de corps, mais que ces motifs sont insuffisants pour faire prononcer le divorce ? L'union conjugale est brisée en fait, le premier jugement l'a constaté ; pourquoi s'opposer à ce que cette rupture de fait devienne une rupture légale ? Le pouvoir discrétionnaire laissé ainsi aux magistrats est en contradiction absolue avec les articles 229-232 et 306 du Code civil. Aussi comprenons-nous que certains tribunaux se soient refusés à sanctionner le système du rapporteur de la loi de 1884 et aient décidé que les faits qui avaient motivé le jugement de séparation de corps devaient être tenus d'ors et déjà comme suffisants pour faire prononcer le divorce (Trib. de Blois, 20 août 1884, *France judiciaire*, IX, 2, 5 ; Trib. de Boulogne-sur-mer, 17 avril 1885, *Gazette du Palais*, 1885, p. 592).

Quant aux faits postérieurs à la séparation de corps, ils constituent une raison de plus pour faire admettre la demande en conversion. On parle de réconciliation possible ! Le fait seul de la demande en conversion n'est-il pas une preuve du contraire ? — On ne veut pas que le mari puisse, à l'aide du divorce, arriver à épouser sa concubine ; ce serait contraire à la morale publique ! Nous demandons ce que la morale peut gagner à ce que le mari soit forcé à continuer à vivre dans le concubinage et à ce qu'on lui enlève la faculté de régulariser sa situation. — On exige que l'époux demandeur ait tenu, depuis la séparation de corps, une conduite irréprochable ! Et depuis quand les tribunaux

sont-ils chargés de délivrer des certificats de bonne vie et mœurs? — On veut sauvegarder l'intérêt et l'avenir des enfants que pourrait compromettre le mariage du père avec une femme perdue! La même éventualité ne peut-elle pas se produire après la mort de la mère et a-t-on jamais songé à faire intervenir les tribunaux pour autoriser les secondes noces?

Disons-le, cette faculté d'appréciation laissée aux magistrats est une concession malheureuse faite aux adversaires du divorce. Le législateur a admis le divorce, parce qu'il l'a considéré comme un remède plus efficace, moins dangereux que la séparation de corps. A-t-il été bien conséquent avec lui-même en permettant aux tribunaux de maintenir les époux, qui ont des causes de divorce, dans cet état de séparation de corps que lui-même a jugé mauvais et qu'il n'a conservé dans nos Codes qu'à regret? Non, certes: il n'y avait et il ne peut y avoir qu'un système logique, celui de la conversion obligatoire après un laps de temps de trois ans et sur la demande de l'un des conjoints.

C'est en ce sens que M. Naquet avait déposé une proposition de loi sur le bureau du Sénat, le 21 janvier 1886. Cette proposition a été rejetée dans la séance du 23 octobre 1886, malgré les efforts de MM. Naquet, Léon Renault et Humbert et malgré l'appui du gouvernement. Energiquement combattue par les adversaires du divorce, cela va sans dire, elle l'a été également par quelques-uns de ceux-là mêmes qui avaient voté la loi de 1884. « Il est trop tôt, a dit M. de Marcère, pour changer la loi que vous venez de voter depuis deux ans à peine ». C'est là, en effet, croyons-nous, la seule raison, nous n'en voyons pas d'autres, qui a pu déterminer certains partisans du divorce à rejeter la proposition de M. Naquet et à maintenir dans notre Code cette malheureuse disposition de l'article 310 qui substitue à la loi l'arbitraire du magistrat.

88. — De cette faculté d'appréciation ainsi laissée aux tribunaux découle une conséquence importante : c'est que la décision qui repousse la demande en conversion n'a qu'un caractère provisoire et que cette demande peut être renouvelée, sans que l'exception de la chose jugée puisse lui être opposée. Les magistrats, en effet, ont basé leur appréciation sur la situation respective des époux au moment où ils rendaient leur décision. Or, cette situation depuis cette époque a pu se modifier, les considérations qui ont amené le juge à repousser la demande ont pu disparaître, et on comprend dès lors que l'époux soit fondé à renouveler une demande qui se présente dans des conditions nouvelles (Paris, 3 juillet 1890, Dalloz, 1891, 2, 57 ; — *Contrà*, Paris, 1^{er} juillet 1886, Dalloz, 1891, 2, 57).

Il en est ainsi, croyons-nous, même dans le cas où les magistrats, comme ils en ont le droit (*suprà*, n° 82), auraient rejeté la demande en conversion uniquement par ce motif que les faits, qui ont servi de base au jugement de séparation de corps, n'ont pas une gravité suffisante pour justifier la rupture du lien conjugal et motiver le divorce ; car leur appréciation à cet égard pourra se modifier en considération même des faits nouveaux qui ont pu se produire depuis leur décision et de la situation nouvelle dans laquelle se trouveront les époux au jour du renouvellement de la demande en conversion.

Et pour que la nouvelle demande en conversion puisse être formée, il n'est pas nécessaire qu'un délai de trois ans se soit écoulé depuis le rejet de la première. Cette condition n'est pas dans la loi. Ce qu'exige l'article 310, c'est que la demande en conversion ne puisse être introduite qu'après l'expiration d'un délai de trois ans depuis la *séparation*. Mais notre hypothèse est restée en dehors des prévisions du législateur, et il n'appartient pas aux tribunaux de suppléer au silence de

la loi en étendant une fin de non-recevoir à un cas par lequel elle n'a pas été édictée (*Contrà*, Toulouse, 5 août 1891, *Journal du Palais*, 1892, 2, 20).

SECTION II. — Des personnes qui peuvent former une demande en divorce.

89. — Le droit de demander le divorce appartient réciproquement aux deux époux.

Il en est ainsi même au cas d'une demande en conversion d'un jugement de séparation en jugement de divorce ; les trois ans écoulés, la conversion peut être demandée, soit par l'époux qui a obtenu la séparation de corps, soit par l'époux contre qui cette séparation a été prononcée (art. 310).

90. — Et d'abord, le droit de demander la conversion appartient à l'époux qui a obtenu la séparation de corps.

Le droit ainsi accordé à l'époux originairement demandeur se justifie, a-t-on dit, si la séparation, dont il demande la conversion en divorce, est antérieure à la loi du 27 juillet 1884. On était alors sous le régime de la loi du 8 mai 1816 ; l'époux offensé n'avait pas le choix entre la séparation de corps et le divorce ; il a eu recours à la seule voie qui lui était ouverte ; il est donc juste qu'on lui permette de bénéficier de la loi nouvelle. Mais ce droit ne se comprend plus si la séparation est postérieure à la loi du 27 juillet 1884. L'époux offensé avait, en effet, pour faire cesser la vie commune devenue impossible, deux voies parallèles, équivalentes ; il avait le choix, il a choisi la séparation de corps ; il ne doit plus pouvoir revenir sur son option et demander le divorce.

La loi de 1884 en a décidé autrement et avec rai-

son, selon nous. Déclarer, en effet, que l'époux, au profit duquel la séparation de corps a été prononcée, a épuisé son ~~droit d'option et ne~~ pourra jamais plus reconquérir sa liberté, ç'eût été le plus souvent le punir d'un bon sentiment ; ce serait, dans tous les cas, le pousser à demander le divorce de prime abord et se priver ainsi des chances de réconciliation. Ainsi, voilà un époux que des circonstances malheureuses obligent à se séparer de son conjoint, mais il espère que l'épreuve de la séparation, l'expérience d'une vie nouvelle, l'amour des enfants amèneront ce conjoint à de meilleurs sentiments et pourront, au bout de quelques années, permettre un rapprochement. Dans cet espoir, il ne demande pas le divorce ; il se borne à faire prononcer la séparation de corps. Puis, les années s'écoulent, les espérances de la première heure s'évanouissent. Las d'attendre un résultat de plus en plus improbable, l'époux songe à reconquérir sa liberté par le divorce. Et vous le déclareriez forclus ! Lorsque l'épreuve n'a pas réussi, lorsque la réconciliation ne s'est point faite, pourquoi ne pas permettre à l'époux offensé de faire rompre légalement cette union qui, en fait, est définitivement brisée ? Et si des faits nouveaux se sont produits, si l'époux défendeur a encore aggravé ses torts, pourquoi l'obliger à recourir à l'action directe en divorce et ne pas lui permettre de bénéficier de la procédure plus simple et plus rapide que l'article 310 organise, alors que le jugement de séparation de corps constitue déjà un préjugé en sa faveur ?

91. — Le droit de demander la conversion appartient également à l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée (Cass., 12 août 1885. Sirey, 1886, 1, 493 ; Dijon, 31 juillet 1885, Dalloz, 1886, 2, 355 ; Trib. d'Orléans, 25 février 1885, Dalloz, 1886, 3, 94 ; Bourges, 22 novembre 1886, Dalloz, 1887, 2, 80).

Ici encore la loi a été critiquée. En fait, a-t-on dit,

c'est à l'époux coupable que profitera le plus souvent la faculté qu'accorde aux deux époux l'article 310, puisque l'époux outragé a déjà préféré la séparation de corps et qu'il est à présumer qu'il ne demandera pas le divorce. Et alors, on arrive à ce résultat que, d'une part, le divorce est mis aux mains d'un époux qui a méconnu tous ses devoirs et qui, dès lors, n'y a pas droit ; que, d'autre part, on inflige le divorce à l'époux qui le repousse, qui n'en aura pas voulu, soit parce que sa conscience le lui défendait, soit pour toute autre cause. (Comp. Laurent, *Avant-projet de révision du Code civil*, t. II, sur l'art. 310).

Cette critique serait fondée, si le divorce devait être considéré comme une peine infligée à l'époux coupable, pour le châtier de sa faute. Mais tel n'est pas l'esprit de notre législation. Le législateur de 1884, comme l'avaient fait d'ailleurs les rédacteurs du Code civil, a considéré que, quand la vie commune devient impossible entre époux, le divorce, qui rend à ces époux leur entière liberté, est préférable pour eux, pour les enfants, pour la société, à la séparation de corps qui a forcément l'un de ces deux résultats fâcheux : ou d'entraîner des désordres dont la société souffre, ou d'appauvrir celle-ci de nombreuses familles dont il lui eût été profitable de s'enrichir. La loi exige bien des causes déterminées et graves pour prononcer le divorce, mais ces causes ne sont pas considérées comme des espèces de délits dont le divorce est la peine ; ces causes ne sont rien de plus et rien de moins que la preuve de l'impossibilité où sont les époux de continuer la vie commune. Et cela est si vrai, que les torts réciproques, comme nous le verrons, ne sont pas une fin de non-recevoir contre l'action en divorce. Or, s'il en est ainsi, de quel droit, lorsqu'il s'agit de conversion, enlèverait-on à l'époux défendeur la faculté de réclamer le divorce ? La séparation de corps crée un état fâcheux ; elle relâ-

che les liens du mariage en en laissant subsister les chaînes ; elle condamne l'époux au célibat forcé, quand elle ne le pousse pas aux unions irrégulières. Le législateur l'a admise, parce qu'il n'a pas voulu réduire l'époux catholique à n'avoir d'autre issue à ses infortunes conjugales que le divorce ; mais il n'a pas cru devoir aller jusqu'à lui permettre de prolonger pendant toute sa vie une situation mauvaise et dont son conjoint demande à bon droit à sortir.

92. — Et, qu'on le remarque bien, l'époux originai-
rement défendeur n'a pas besoin, pour demander la
conversion, d'invoquer d'autres griefs que ceux relevés
contre lui par le jugement de séparation de corps ; les
causes de cette séparation suffisent pour justifier et
faire admettre sa demande.

Mais, a-t-on dit, toute demande doit être fondée sur
un titre légitime et sérieux, et il serait contraire à tous
sentiments de justice et même dangereux pour l'ordre
public qu'un époux, séparé sur les poursuites de son
conjoint, pût se prévaloir uniquement des torts qu'il a
pu avoir à une autre époque, pour rompre l'union qu'il
avait contractée et recouvrer sa liberté (Trib. d'Arras,
24 décembre 1884, *France judiciaire*, IX, 2, 189 ; Trib.
de la Seine, 19 novembre 1884, cour de la Martinique,
21 février 1885, Sirey, 1885, 2, 65). Et la cour de Douai
est allée jusqu'à dire que, quand la conversion est de-
mandée par l'époux coupable, il y a lieu pour le juge
de se reporter au jour où la séparation de corps a été
prononcée, et d'examiner la cause comme si alors l'é-
poux défendeur en séparation avait été reconvention-
nellement demandeur en divorce (Arrêt du 5 février
1885, Sirey, 1885, 2, 65).

Un pareil système n'est-il pas la violation la plus
manifeste de la disposition de l'article 310 ? Il se résume
en ceci, c'est que l'époux contre lequel la séparation
de corps a été prononcée, ne peut demander la conver-

sion, que s'il a lui-même à invoquer contre son conjoint des causes de divorce. Est-ce bien ce qu'a voulu la loi? L'article 310 donne aux deux conjoints, à l'époux coupable comme à l'époux outragé, le droit de demander la conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce; le texte est formel: « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce sur la demande de l'un des époux... », c'est-à-dire évidemment du défendeur originaire, aussi bien que du demandeur à la séparation. Sans doute, les magistrats ont un pouvoir d'appréciation; ils ont à rechercher si les faits, qui ont motivé la séparation de corps sont assez graves pour faire prononcer le divorce, s'il ne reste pas un espoir de réconciliation, si rien dans la conduite de l'époux postérieure à la séparation ne s'oppose à l'admission de la demande. Mais leur pouvoir d'appréciation ne va pas au-delà. Quand il est constaté que les trois années d'épreuve sont écoulées, que les motifs, qui avaient été suffisants pour prononcer le relâchement du lien conjugal, sont suffisants pour entraîner sa rupture, que rien dans les circonstances de la cause ne s'oppose au divorce, le divorce doit être prononcé, que ce soit sur la demande de l'époux outragé ou de l'époux coupable. La conscience et la raison, dit-on, s'opposent à ce que le défendeur se fasse une arme contre son conjoint des faits dont lui-même s'est rendu coupable, qu'il puise dans ses seuls torts le droit d'imposer le divorce à l'époux qui le repousse! Ces considérations, auxquelles nous avons d'ailleurs déjà répondu (*Suprà*, n° 91), s'adressent au législateur, mais n'appartiennent pas à l'interprète de refaire la loi (Trib. de Troyes, 27 août 1884, trib. de Mâcon, 25 novembre 1884, trib. de la Seine, 5 mars 1885, Sirey, 1885, 2, 65; Oitiers, 25 mars 1889, Dalloz, 1890, 2, 340; Cass. 15 mars 1886, Dalloz, 1890, 1, 378).

93. — Lorsque la conversion est demandée par l'époux défendeur à la séparation de corps, il est bien évident que, si cette conversion peut être prononcée à sa requête, elle devra toujours l'être *au profit* de l'époux qui a obtenu la séparation de corps. La demande en conversion, en effet, n'a pas changé la situation respective des époux ; ce sont toujours les torts de l'époux demandeur à la conversion qui nécessitent le divorce comme ils ont motivé la séparation de corps.

94. — Le droit de demander le divorce n'appartient qu'aux époux. L'action en divorce, en effet, par son objet et par les causes qui lui donnent naissance, est essentiellement personnelle.

Il résulte de là que les créanciers des époux ne pourraient l'intenter (art. 1166) ; ils n'auraient même pas le droit d'intervenir dans l'instance (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 216 ; Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 427 ; Dalloz, *V° Sép. de corps*, n° 89).

94 bis. — L'époux mineur a le droit de demander le divorce, et pour le faire il n'a besoin ni de l'autorisation du conseil de famille ni de l'assistance de son curateur. Comme nous le verrons (*Infra*, n° 153), l'ordonnance du président, qui autorise le demandeur à assigner son conjoint devant le tribunal, l'habilite par là même à procéder sur la demande. De même la femme n'a pas besoin de l'autorisation maritale, elle est habilitée par l'ordonnance du président.

95. — Mais qu'en est-il de l'interdit ? Peut-il demander le divorce ?

S'il s'agit d'un interdit légal, la question ne saurait faire doute ; elle est résolue par la loi elle-même :

« En cas d'interdiction légale résultant d'une condamnation, la requête à fin de divorce ne peut être présentée par le tuteur que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit » (art. 234, § 3).

Ainsi, le tuteur peut demander le divorce au nom de l'interdit légal; mais il ne peut le faire que sur sa réquisition ou tout au moins avec son autorisation. Il est évident, en effet, que la loi ne pouvait donner au tuteur le droit exorbitant d'intenter, au nom de l'interdit légal, au nom d'un époux qui, en somme, a toute sa capacité de fait, d'intenter, sans son consentement et peut-être même malgré son opposition, une action aussi personnelle que l'action en divorce et dont les effets sont si graves. — Remarquons que l'autorisation de l'interdit suffit pour habilitier le tuteur; l'autorisation du conseil de famille n'est donc pas nécessaire.

Si le tuteur se trouvait être le conjoint lui-même, c'est alors le subrogé tuteur qui agirait au nom de l'interdit, par application de l'article 420 du Code civil.

96. — Quant à l'interdit judiciaire, l'article 234, dans le projet présenté par le gouvernement et la commission au Sénat (loi du 18 avril 1886), contenait un paragraphe ainsi conçu :

« Le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête à fin de divorce. »

Cette disposition a été supprimée par la commission elle-même. Il en résulte que le tuteur ne peut demander le divorce au nom d'un époux judiciairement interdit. Le législateur a pensé avec raison que l'action en divorce qui a des conséquences si graves, qui a pour objet la rupture définitive de l'union conjugale, ne pouvait être exercée par le tuteur, même sous le contrôle du conseil de famille et du ministère public. Dans une matière aussi personnelle, il était impossible de donner à un tiers, à un étranger parfois, le droit de faire ce que l'interdit lui-même ne voudrait peut-être pas faire; le divorce produit des effets irrévocables que l'interdit, revenu à la raison, serait impuissant à modifier.

Et comme l'interdit judiciaire, à la différence de

l'interdit légal, est incapable de fait aussi bien que de droit, le tuteur ne pourrait même pas agir avec son autorisation, cette autorisation eût-elle été donnée dans un intervalle lucide (*Contrà*, Laurent, *Principes de droit civil*, t. IV, n° 216; Villequet, *Du divorce*, p. 117; Coulon et Faivre, *Manuel formulaire du divorce*, p. 102).

97. — Mais, quoi ! dira-t-on, vous laisserez l'interdit en butte aux outrages, aux mauvais traitements de son conjoint ! Vous laisserez le désordre et l'adultère s'installer à son foyer ! Et le tuteur qui doit prendre soin de la personne de l'interdit (art. 450), qui est son protecteur légal, restera désarmé !

Il y avait là évidemment une situation dont le législateur devait se préoccuper ; la loi du 18 avril 1886 y a pourvu, et, si le tuteur ne peut demander le divorce, l'article 307, § 2, lui permet tout au moins de demander la séparation de corps. La loi devait assurer la sécurité de la personne, la moralité du foyer ; mais elle ne pouvait aller au-delà ; la séparation de corps est suffisante, le divorce eût dépassé le but.

98. — Le prodigue ne peut intenter une demande en divorce sans l'assistance de son conseil judiciaire. La disposition de l'article 513 du Code civil qui défend au prodigue de plaider sans l'assistance de son conseil est générale et ne distingue en aucune façon entre les procès relatifs aux biens et les procès relatifs à la personne (*Demol.* t. VIII, n° 724 ; Aubry et Rau, t. I, p. 570).

99. — Le droit de former la demande en divorce s'éteint par le décès de l'un ou l'autre des époux. Il est évident qu'on ne saurait demander à la justice de dissoudre une union que la mort a rompue.

L'action en divorce ne pourrait donc être intentée

ni contre les héritiers ni par les héritiers de l'époux décédé.

100. — Mais l'action est intentée, et c'est pendant l'instance que l'un des époux vient à décéder ; l'instance pourrait-elle être poursuivie par ses héritiers ou contre eux ? On comprend l'intérêt de la question. L'époux, contre lequel le divorce est prononcé, perd les avantages que son conjoint lui avait faits (art. 299). Le demandeur ou ses héritiers sont donc intéressés à poursuivre l'instance pour arriver à la révocation des avantages stipulés. Le peuvent-ils ?

Avant la loi du 18 avril 1886, la doctrine décidait généralement que le décès de l'un des époux, survenu pendant l'instance, faisait tomber cette instance. L'action en divorce, disait-on, n'a pas un double but : la dissolution du mariage et la révocation des donations ; elle n'a qu'un but unique, la rupture de l'union conjugale ; la révocation des avantages stipulés n'est qu'un des effets du divorce prononcé. Or, il est évident et tout le monde reconnaît que, quand l'un des époux est décédé, il ne peut plus y avoir de divorce. L'instance ne saurait donc être continuée pour arriver à un effet qui n'aurait plus de cause (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 217 ; Marc, sur l'art. 307, n° 770 ; Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 429-431 ; Aubry et Rau, t. V, p. 182). — Il reste, il est vrai, la question des dépens à régler. Mais ce n'est pas là un motif suffisant pour permettre la continuation de l'instance. Conçoit-on que, pour une misérable question de dépens, on produise, au grand jour de l'audience, les accusations les plus graves et les plus infamantes, qu'on fasse le procès à un cadavre, que des enfants, par exemple, viennent, au nom de leur père décédé, flétrir leur mère et faire constater son déshonneur ? Ce n'est pas possible. L'instance tombera ; chacune des parties gardera ses frais et le silence se fera autour de cette tombe à peine fermée.

C'est cette doctrine que la loi du 18 avril 1886 a consacrée : « L'action en divorce s'éteint également par le décès de l'un des deux époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil » (art. 244, § 3).

L'exposé des motifs de la loi de 1886 justifie ainsi cette disposition : « Une question délicate s'est présentée : quelle pouvait être la conséquence sur le sort d'une instance en divorce du décès du demandeur ou du défendeur ? Quelles distinctions pouvaient être faites ? L'action en divorce est-elle si étroitement attachée à la personne des époux qu'elle ne puisse être suivie par les héritiers de l'un d'eux, si un décès survient en cours d'instance ? Cette opinion a prévalu. Pour les héritiers, il s'agit uniquement d'intérêts pécuniaires qui assurément peuvent être fort respectables, fort importants. Mais suffisent-ils pour qu'on permette l'exercice d'une action qui, dans la plupart des cas, entraîne de fâcheux débats ? En outre, en tout état de cause, les héritiers pourront-ils poursuivre l'action ou pourra-t-elle être poursuivie contre eux ? Il eût fallu fixer au cours de l'instance le moment après lequel le décès de l'époux n'entraînerait pas la cessation de la procédure. Cette désignation, tout arbitraire, ne tenait pas compte, en tout cas, du droit de pardon qui appartient toujours à l'époux demandeur. Jusqu'au dernier moment les conclusions peuvent être modifiées ; la demande peut être retirée. Il eût fallu renoncer à cet espoir dans le cas de demandes suivies dans un but tout pécuniaire ».

101. — Ainsi de l'article 244, § 3, il résulte que :

1° L'action, qui n'a pas été intentée du vivant des époux, ne peut plus l'être, lorsque l'un d'eux vient à décéder.

2° L'un des époux venant à décéder pendant l'ins-

tance, cette instance ne peut être continuée ni par les héritiers de cet époux ni contre eux.

3° Alors même que le décès surviendrait après que le jugement a prononcé le divorce, mais avant sa transcription, le demandeur ou ses héritiers ne pourraient assurer les effets de ce jugement en le faisant transcrire. Le jugement tombe avec tous ses effets. Le rapporteur de la loi du 18 avril 1886 explique ce résultat quand c'est le demandeur qui est décédé : « On peut supposer que l'époux, qui a obtenu gain de cause, s'est abstenu intentionnellement de faire transcrire ; qu'il l'a fait dans un sentiment d'indulgence et de pardon ; et si les héritiers avaient le droit de faire transcrire en son lieu et place, ce serait supprimer le droit de grâce. » Mais, supposez que ce soit le défendeur qui est décédé ; pourquoi donc, dans ce cas, la loi prive-t-elle le demandeur du droit de faire transcrire ? Les travaux préparatoires ne nous fournissent à cet égard aucune indication. Il est probable que le législateur s'est décidé par le motif suivant qui peut s'appliquer dans tous les cas, qu'il s'agisse du décès du demandeur ou du défendeur : le jugement de divorce ne devient irrévocable que par sa transcription sur les registres de l'état civil ; cette transcription peut donc être considérée comme le dernier acte de la procédure en divorce ; tant que le jugement n'est pas transcrit, l'action est, pour ainsi dire, encore en cours d'instance ; or, de même que l'action s'éteint par le décès de l'un des époux, survenu avant le jugement, avant que le divorce soit prononcé, de même l'action doit s'éteindre par le décès de l'époux survenu avant que ce jugement ait été transcrit, avant que le divorce soit devenu irrévocable ; il ne peut y avoir que des inconvénients à faire officiellement constater la rupture d'une union que, mieux qu'un acte de l'état civil, la mort a définitivement brisée.

SECTION III. — Des fins de non recevoir qui peuvent être opposées à la demande en divorce.

102. — La demande en divorce peut être repoussée par une fin de non-recevoir tirée de la réconciliation des époux.

« La justice dans tous les temps, lisons-nous dans l'exposé des motifs du titre VI du Code civil, accueille avec faveur cette espèce d'exception contre des demandes qu'elle ne peut entendre qu'à regret. La réconciliation des époux est toujours désirable ; c'est sans contredit le premier vœu de la société. Par la réconciliation toute action pour le passé doit être éteinte ; mais si de nouveaux torts pouvaient occasionner de nouvelles plaintes, ces griefs effaceraient tout l'effet de la réconciliation, comme elle aurait elle-même effacé les premiers griefs, et l'époux maltraité, d'autant plus intéressant qu'il aurait montré plus d'indulgence, rentrerait alors dans tous ses droits ».

Telle était la disposition des articles 272 et 273 du Code civil qu'a reproduite le nouvel article 244, §§ 1 et 2, ainsi conçu :

« L'action en divorce s'éteint par la réconciliation survenuesoit depuis les faits allégués dans la demande, soit depuis cette demande.

« Dans l'un et l'autre cas, le demandeur est déclaré non recevable dans son action ; il peut néanmoins en intenter une nouvelle pour cause survenue ou découverte depuis la réconciliation, et se prévaloir des anciennes causes à l'appui de sa nouvelle demande ».

103. — La réconciliation suppose des torts commis par l'un des époux envers l'autre et pardonnés. Et, comme la loi ne parle que de réconciliation, il faudrait en conclure, ce semble, que cette fin de non-recevoir

ne serait proposable que contre une demande en divorce qui aurait pour cause des torts d'un époux envers son conjoint, et ne pourrait être opposée à une demande fondée sur la condamnation du défendeur à une peine afflictive et infamante.

Une pareille conclusion serait contraire à l'esprit même de la loi. Le droit de demander le divorce n'est établi que dans l'intérêt de l'époux outragé ; il peut donc y renoncer ; la réconciliation n'est pas autre chose qu'une renonciation au droit de demander le divorce. Mais que la renonciation soit une réconciliation ou qu'elle résulte de faits qui n'auraient pas le caractère d'une réconciliation proprement dite, dans tous les cas et quelles que soient les causes de la demande, elle constitue à son encontre une fin de non-recevoir (Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 404 ; Aubry et Rau, t. V, p. 184, note 6 ; Dalloz, *V° Sép. de corps*, n° 205 ; Frémont, *Traité du divorce*, n°s 325 et s. — Toulouse, 7 juillet 1886, Sirey, 1886, 2, 209).

104. — La réconciliation, ou mieux la renonciation, peut être expresse ou tacite, c'est-à-dire résulter d'un fait qui implique de la part du demandeur l'intention de renoncer au droit de demander le divorce.

Mais quels sont les faits qui impliquent cette intention ? C'est là évidemment une question laissée à l'appréciation des tribunaux (Aubry et Rau, t. V, p. 184 ; Dalloz, *V° Sép. du corps*, n° 206).

105. — Le fait seul de la cohabitation postérieure à l'offense ne serait pas une preuve complète de la réconciliation. L'article 236 du Code civil ne suppose-t-il pas la continuation de la vie commune pendant l'instance en divorce ? Puisque le juge, aux termes de cet article, peut autoriser le demandeur à résider séparément ou maintenir la résidence commune, c'est donc bien que la cohabitation n'est pas, par elle-même, une

fin de non-recevoir. Pour qu'il y ait réconciliation, il faut que les circonstances établissent que l'époux outragé a eu l'intention de pardonner, qu'il a voulu, en continuant à demeurer avec son conjoint, renoncer au droit de demander le divorce. Les magistrats devront donc prendre en considération le temps plus ou moins long de cette cohabitation, l'intimité plus ou moins grande qui y aura régné, etc. (Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 440 ; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 211 ; Aubry et Rau, t. V, p. 184 ; Dalloz, *V° Sépar. de corps*, n° 212).

106. — Ce que nous disons de la cohabitation est également vrai de la grossesse de la femme, qui ne serait qu'une suite de cette cohabitation, de son retour momentané au domicile conjugal. Il appartient aux tribunaux de rechercher et de décider si les faits, desquels on prétend faire résulter la réconciliation, l'établissent d'une manière suffisante.

107. — C'est encore aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier souverainement si le désistement d'une plainte en adultère constitue une fin de non-recevoir à la demande en divorce. Le désistement de la plainte n'est pas par lui-même et nécessairement une fin de non-recevoir. La renonciation au droit de poursuivre la répression du délit d'adultère n'emporte pas la renonciation au droit de demander à la justice civile le divorce, car les renonciations ne se présument pas. C'est peut-être uniquement pour éviter un scandale que l'époux outragé s'est déterminé à retirer sa plainte. Les tribunaux auront donc à rechercher à quelle cause est dû le désistement et ce n'est qu'au cas où ce désistement serait le résultat d'une réconciliation qu'il constituerait une fin de non-recevoir à la demande en divorce.

Et il en est de même au cas où le mari, usant de la faculté que lui accorde l'article 337 du Code pénal, ar-

rête l'effet de la condamnation à l'emprisonnement pour adultère prononcée contre sa femme en consentant à reprendre celle-ci. Le fait par le mari d'user de cette faculté ne saurait être considéré nécessairement comme une réconciliation des époux, le mari eût-il même rempli la condition à laquelle est soumis l'exercice de cette faculté en reprenant sa femme ; car il est de jurisprudence que le rétablissement de la vie commune ne suffit pas à lui seul pour faire présumer la réconciliation (Besançon, 13 juin 1864, Dalloz, 1864, 2, 112).

108. — La réconciliation suppose l'intention de pardonner. Il faut donc que les torts de l'époux aient été connus de son conjoint à l'époque où se sont passés les faits desquels on induit cette réconciliation. Cela est de toute évidence ; on ne peut vouloir pardonner une injure qu'on ignore.

Mais lorsque cette volonté s'est manifestée, il importe peu que la réconciliation ait été de courte durée ; l'injure a été pardonnée et la fin de non-recevoir existe (Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 406 ; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 209). — Il importe peu également que les faits constitutifs ou indicatifs de la réconciliation soient antérieurs ou postérieurs à la demande en divorce (art. 244).

109. — La réconciliation peut être invoquée comme fin de non-recevoir, qu'elle ait eu lieu avant l'introduction de la demande en divorce ou qu'elle se produise en cours d'instance. Mais en serait-il encore ainsi si elle n'intervenait qu'après que le jugement qui prononce le divorce est passé en force de chose jugée et avant la transcription de ce jugement ? Serait-elle un obstacle à cette transcription ! — Nous le croyons et nous assimilons cette hypothèse à celle où le décès de l'un des époux survient dans l'intervalle qui sépare le

jugement de la transcription. Comme nous l'avons dit (*Suprà*, n° 101), le jugement de divorce ne devient irrévocable que par sa transcription sur les registres de l'état civil ; cette transcription est en quelque sorte le dernier acte de la procédure en divorce. Tant que le jugement n'est pas transcrit, l'action est, pour ainsi dire, encore en cours d'instance et on se trouve toujours dans les conditions exigées par l'article 244 du Code civil. En tout cas, si on estimait l'instance terminée par le jugement, la réconciliation intervenue depuis pourrait bien ne pas être considérée comme une renonciation à l'action en divorce, mais nous ne voyons pas pourquoi elle ne pourrait pas être considérée comme une renonciation au droit de requérir la transcription (*Contrà*, Coulon et Faivre, *Manuel formulaire du divorce*, p. 175).

110. — La fin de non-recevoir résultant de la réconciliation est d'ordre public ; elle pourrait donc être opposée pour la première fois en appel. Mais elle ne pourrait l'être pour la première fois devant la Cour de cassation, car il y aurait là un moyen mélangé de fait et de droit.

111. — C'est au défendeur, qui oppose la réconciliation, à l'établir. L'article 274 du Code civil était formel à cet égard. La loi du 18 avril 1886 n'a pas reproduit cette disposition ; mais le principe reste ; c'est à celui qui propose une exception à la justifier.

Et l'époux défendeur doit non seulement établir les faits desquels il prétend faire résulter la réconciliation, mais il doit encore prouver qu'au moment où ces faits se sont passés, son conjoint avait connaissance des causes de divorce, car la réconciliation, avec ses effets légaux, n'existe qu'à cette condition (Cass., 4 décembre 1876, Sirey, 1877, 1, 110).

112. — La preuve de la réconciliation peut se faire

par tous les moyens que la loi autorise, par titre comme par témoins.

Elle peut même résulter de l'aveu du demandeur. Telle n'est pourtant pas l'opinion de M. Laurent. Celui qui fait un aveu, dit M. Laurent, dispose du droit qui en fait l'objet ; or, peut-on disposer du droit d'intenter l'action en divorce ? (*Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 210). — L'époux a si bien le droit de disposer de l'action en divorce qu'il peut y renoncer, qu'il peut même, l'action intentée, se désister. Pourquoi donc les faits qui constituent la renonciation ne pourraient-ils pas être établis par l'aveu du demandeur ? Y a-t-il donc un si grand intérêt à ce que le divorce soit admis et le mariage dissous ? (*Demol., Tr. du mar.*, t. II, n° 420 ; Aubry et Rau, t. V, p. 185).

113.—Et si l'aveu du demandeur suffit à établir des faits de réconciliation, rien ne s'oppose à ce qu'à défaut de preuve, l'époux défendeur défère à son conjoint le serment sur ces faits, puisque le serment a précisément pour but de provoquer un aveu (*Demol., Tr. du mar.*, t. II, n° 420).

114. — La réconciliation éteint l'action en divorce. Néanmoins le demandeur pourra intenter une nouvelle demande pour cause survenue ou découverte depuis la réconciliation, et, dans ce cas, se prévaloir des anciennes causes à l'appui de sa nouvelle demande (art. 244, § 2).

C'est qu'en effet, comme le dit fort justement M. Laurent, toute réconciliation est conditionnelle par sa nature ; l'époux, qui pardonne les offenses, le fait parce que son conjoint lui promet d'être fidèle à son devoir. S'il manque à cette promesse, le pardon doit être considéré comme non avenu ; les nouveaux torts dont le conjoint se rend coupable font revivre les anciens et les aggravent (*Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 212).

115. — L'article 244, § 2, suppose qu'au moment où la réconciliation a eu lieu, l'action en divorce a déjà été intentée. Mais cet article doit également recevoir son application dans le cas où l'époux, qui a pardonné, n'avait pas encore agi en justice. Il peut pour la première fois intenter une demande en divorce, à raison des nouveaux torts de son conjoint et s'appuyer sur les anciennes causes. L'époux offensé n'avait montré que plus d'indulgence ; l'autre conjoint n'en est que plus coupable.

116. — Il importe peu, d'ailleurs, que les faits anciens et pardonnés aient été ou non articulés dans la première demande, comme il importe peu que les faits nouveaux soient ou non de même nature que les faits anciens. La loi, à cet égard, n'exige aucune condition (Aubry et Rau, t. V, p. 186).

117. — Pour que l'époux puisse, après une réconciliation, reprendre l'action en divorce ou intenter une demande et se prévaloir des anciennes causes, il faut que sa demande s'appuie sur un fait nouveau, et on entend par fait nouveau tout fait qui n'a pas été pardonné.

Il suit de là qu'il n'y a pas à rechercher si le fait, qui sert de base à la demande actuelle, est survenu depuis la réconciliation ou si, s'étant passé avant cette réconciliation, il n'a été connu de l'époux demandeur que depuis ; dans les deux cas, par cela seul qu'il n'a pas été pardonné, le fait est nouveau, et il peut motiver la demande en divorce. L'article 244 est formel sur ce point.

118. — Quel doit être le caractère des faits nouveaux ? — Il n'est pas nécessaire, pour que l'époux demandeur puisse faire usage des anciens griefs que les nouveaux suffisent par eux-mêmes à justifier la demande. Si telle

était, en effet, la condition exigée, pourquoi l'article 244 ? Ne serait-il pas inutile de faire revivre les torts anciens, si les nouveaux devaient suffire par eux-mêmes à motiver le divorce ? Pour que l'article 244 ait une signification, il faut nécessairement admettre que la demande doit être accueillie, quoique les nouveaux faits ne soient pas, par eux seuls, assez graves pour motiver le divorce et qu'ils n'acquièrent une gravité suffisante que par leur réunion aux anciens (Dalloz, *V^o Sép. de corps*, n^o 217 ; Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n^o 423 ; Aubry et Rau, t. V, 186, note 16).

119. — Toutefois, prenons garde : il serait contraire à l'esprit qui a inspiré le législateur de penser qu'un nouveau fait, si léger qu'il fût, autorisât le demandeur à faire usage des anciennes causes. Pour produire cet effet, les griefs nouveaux doivent présenter un caractère de gravité qui permette de les rattacher aux anciens. Il faut qu'ils établissent suffisamment la persistance de l'époux dans une voie mauvaise. Et il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si les nouvelles fautes ont une gravité suffisante pour faire revivre les torts que la réconciliation avait effacés.

120. — La réconciliation ou renonciation est la seule fin de non-recevoir qu'indique la loi. — L'abandon par la femme de la résidence qui lui a été désignée (art. 241) n'est pas, en effet, à proprement parler une fin de non-recevoir ; l'article 241 dit seulement que la femme pourra être déclarée non recevable à continuer ses poursuites. Il y a là une exception, non de fond, mais de forme. L'action n'est pas éteinte ; elle n'est que suspendue, et la femme peut la reprendre dès qu'elle sera soumise à l'obligation qui lui est imposée.

Mais la réconciliation est-elle la seule fin de non-recevoir qui puisse être opposée à une demande en divorce ? Et, par exemple, l'époux défendeur ne pourrait-il

pas opposer la prescription ? Ne pourrait-il pas se prévaloir des torts dont le demandeur s'est lui-même rendu coupable ? www.libtool.com.cn

121. — Et, tout d'abord, en ce qui concerne la prescription, il ne saurait y avoir, croyons-nous, de difficulté. Toute action, en principe, est prescriptible, à moins que la loi n'en ait décidé autrement. Or, la loi ne fait pas d'exception pour l'action en divorce (Laurént, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 215 ; Aubry et Rau, t. V, p. 187. — Voy. en sens contraire, Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 409).

122. — Mais quelle est la prescription applicable ?

On a décidé quelquefois que lorsque la cause de divorce constitue un délit de nature à être puni correctionnellement, l'action en divorce se prescrit par trois ans (art. 637, 638, C. Instr. crim.) ; qu'ainsi, en cas d'adultère, par exemple, l'époux outragé, qui aurait gardé le silence pendant trois ans, serait ensuite non recevable à demander de ce chef le divorce (Massol, *De la séparation de corps*, p. 72, n° 8).

Cette opinion repose sur une confusion entre l'action en divorce et l'action civile qui naît d'un délit. L'action en divorce, en effet, n'est pas l'*action civile* qui a pour but la réparation du dommage causé par le délit et qui s'éteint en même temps que l'action publique. L'action en divorce n'est pas une action en dommages-intérêts ; elle a pour but la dissolution du mariage et pour cause la violation d'un devoir conjugal ; elle ne saurait donc être soumise aux principes qui régissent l'action civile à laquelle tout délit donne naissance.

La seule prescription applicable est la prescription de droit commun, la prescription trentenaire (art. 2262). L'exception, résultant de la prescription, pourrait être opposée à toute demande en divorce uniquement fon-

dée sur des faits qui remonteraient à plus de trente ans (Aubry et Rau, t. V, p. 187; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 215).

123. — L'époux défendeur pourrait-il repousser l'action en divorce par une fin de non-recevoir tirée de ce que son conjoint serait lui-même coupable de faits qui formeraient contre lui une cause de divorce ? Ainsi, par exemple, le mari, qui demande le divorce contre sa femme pour cause d'adultère, serait-il non recevable parce qu'il est lui-même adultère, ou qu'il s'est rendu coupable envers sa femme d'excès, de sévices ou d'injures graves ? La réciprocité des torts est-elle une fin de non-recevoir ?

On l'a soutenu. Aux termes de l'article 336 du Code pénal, a-t-on dit, le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme, ne pourra dénoncer l'adultère de la femme. La loi a considéré qu'il y avait quelque chose d'immoral et d'injuste dans cette poursuite du mari, coupable lui-même du délit qu'il reproche à sa femme. Or, si le mari coupable perd le droit de dénoncer l'adultère de sa femme et de la faire condamner à l'emprisonnement, c'est par *a fortiori* qu'il doit perdre le droit de demander le divorce puisqu'alors il ne s'agit plus, comme devant le tribunal correctionnel, d'un intérêt public, mais seulement d'un intérêt privé. Et, s'il en est ainsi en cas d'adultère, pourquoi n'en serait-il pas de même dans les autres hypothèses ? La raison est identique : il serait inadmissible que l'époux qui a lui-même diffamé, outragé son conjoint, pût se plaindre des injures graves qui lui ont été adressées et se fonder sur ces injures pour demander le divorce (Duranton, t. II, n° 574; Massol, *De la sép. de corps*, p. 39, n° 4 et p. 85, n° 13).

Cette opinion est repoussée, avec juste raison, selon

nous, par la majorité des auteurs. Et d'abord, l'argument tiré de l'article 336 du Code pénal est peu concluant. Le droit, pour le mari, de demander l'emprisonnement de la femme pour cause d'adultère, repose sur le délit lui-même; le droit de demander le divorce pour cette même cause a pour fondement une violation des obligations conjugales. Ce sont là deux droits distincts et indépendants. Or, le seul droit que l'article 336 du Code pénal enlève au mari, c'est le droit de faire condamner sa femme à la prison. Le droit de demander le divorce lui reste donc.

C'est qu'en effet, dès que la violation d'un des devoirs qui naissent du mariage est constatée, ce mariage doit être dissous. Et il importe peu que l'époux demandeur ait lui-même violé ses devoirs; la cause du divorce n'en subsiste pas moins. En admettant le divorce, la loi a voulu faire cesser la vie commune que l'adultère, les sévices ou les injures rendent impossible. La réciprocité des torts aura-t-elle pour résultat de rendre cette vie commune plus facile? Le scandale et les dangers seront-ils moins grands parce qu'il y aura deux causes de divorce au lieu d'une? N'est-ce pas, au contraire, une raison de plus pour dissoudre cette union doublement troublée? Et cette solution n'est pas seulement commandée par l'intérêt public, elle est conforme aux textes mêmes de la loi. L'adultère, les excès, les injures graves sont, pour *chacun* des époux, une cause de divorce (art. 229-231). Dès que l'une de ces causes existe et est établie, l'époux, qui l'invoque, a le droit d'obtenir le divorce. Ce droit ne saurait disparaître que devant une disposition formelle de la loi. Or, dans quels cas, aux termes mêmes de la loi, l'action en divorce peut-elle être déclarée non recevable? Dans un seul cas, lorsqu'une renonciation est intervenue entre les époux, ou, plus généralement, lorsque l'époux offensé a renoncé au droit de demander le divorce (art. 244).

Donc, en dehors de cette renonciation, — et les torts de l'époux demandeur ne peuvent être évidemment considérés comme ~~une renonciation~~, le droit demeure tout entier (Cass., 30 mars 1859, Sirey, 1859, 1, 661 ; Paris, 9 juin 1860, Sirey, 1860, 2, 449).

Sans doute, quand les deux époux sont réciproquement coupables, il ne serait pas juste que le jugement de divorce, qui produit des effets si importants au point de vue pécuniaire surtout (art. 299), fût prononcé contre l'un au profit exclusif de l'autre. Mais il y a un moyen de tout concilier. Que chacun des époux demande le divorce, soit par voie d'action soit par voie d'exception. Le divorce sera prononcé contre tous deux et tous deux subiront les conséquences auxquelles le jugement de divorce peut donner lieu (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 213 ; Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 416 ; Aubry et Rau, t. V, p. 187 ; Marc., sur l'art. 307, n° 769 ; Dalloz, *V° Sép. du corps*, n° 196).

124. — A la théorie que nous venons de soutenir nous apporterons toutefois un double tempérament :

1° L'époux demandeur en divorce devrait être déclaré non recevable, s'il avait lui-même donné les mains aux faits dont il se plaint. Tel serait, par exemple, le cas où le mari serait complice de l'adultère de sa femme. Il y aurait toujours, dans une pareille hypothèse, sinon un outrage pour le mari, du moins une violation du devoir conjugal ; mais le mari aurait renoncé d'avance à s'en prévaloir (Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 415 ; Aubry et Rau, t. V, p. 187. — *Contrà*, Coulon et Faivre, *Manuel formulaire du divorce*, p. 36).

2° Lorsque les époux ont été l'un et l'autre condamnés à une peine afflictive et infamante, aucun d'eux n'est recevable à baser une demande en divorce sur la condamnation de l'autre. C'est la flétrissure de l'époux qui est ici la cause du divorce. Or, les deux époux ne

sont-ils pas également flétris ? (Mourlon, *Rép. écrites*, t. I, n° 848 ; Dalloz, *V° Sép. de corps*, n° 197 ; Goirand, *Traité pratique du divorce*, p. 114. — *Contrà*, Coulon et Faivre, *Manuel formulaire du divorce*, p. 90).

125. — Si, en principe, la réciprocité des torts n'est pas une fin de non-recevoir, les magistrats néanmoins peuvent en tenir compte pour apprécier la gravité des torts du demandeur. Sans doute, rien ne peut excuser l'adultère, les excès ou les sévices. Mais il en est autrement des injures. Nous l'avons dit (*Suprà*, n° 42), en pareille matière, les magistrats remplissent, en quelque sorte, l'office de jurés. Ils pourront donc rechercher si la conduite de l'époux demandeur n'a pas été de nature à expliquer les faits qu'il reproche à son conjoint, et ils pourront, suivant les cas, voir dans cette conduite, non pas à proprement parler une fin de non-recevoir, mais tout au moins une atténuation qui enlève aux faits articulés la gravité requise pour qu'ils constituent une cause de divorce (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 214).

CHAPITRE II

DE LA PROCÉDURE DU DIVORCE.

Notions préliminaires.

126. — La loi du 27 juillet 1884 avait rétabli la procédure du divorce telle que l'avaient organisée les articles 236-266 du Code civil.

La demande en divorce, détaillant les faits invoqués, devait être remise au président du tribunal par l'époux demandeur en personne, avec les pièces à l'appui.

Ce magistrat, après avoir entendu l'époux demandeur et lui avoir fait les observations qu'il croyait convenables, paraphait la demande et les pièces, et dressait procès-verbal de la remise du tout entre ses mains ; au bas de son procès-verbal, il ordonnait que les époux comparaitraient en personne devant lui au jour et à l'heure qu'il indiquait. Copie de son ordonnance était par lui adressée à l'époux défendeur.

Au jour indiqué, le président faisait aux deux époux, s'ils se présentaient, ou au demandeur, s'il était seul comparant, les représentations qu'il croyait propres à opérer un rapprochement. S'il ne pouvait y parvenir, il dressait procès-verbal et ordonnait communication de la demande et des pièces au ministère public et le référé du tout au tribunal.

Dans les trois jours qui suivaient, sur le rapport du président et sur les conclusions du ministère public, le tribunal accordait ou suspendait la permission de citer ; la suspension ne pouvait excéder le terme de vingt jours.

Le demandeur, en vertu de la permission du tribunal, faisait citer le défendeur à comparaitre en personne à huis-clos.

A l'échéance du délai de la loi, le demandeur en personne, assisté d'un conseil, s'il le jugeait à propos, exposait ou faisait exposer les motifs de sa demande ; il représentait les pièces qui l'appuyait et nommait les témoins qu'il se proposait de faire entendre. Si le défendeur comparaisait en personne ou par un fondé de pouvoir, il pouvait proposer ou faire proposer ses observations, tant sur les motifs de la demande que sur les pièces produites par le demandeur et sur les témoins par lui nommés ; le défendeur nommait de son côté les témoins qu'il se proposait de faire entendre et sur lesquels le demandeur faisait à son tour ses observations. Il était dressé procès-verbal des comparutions et dires des parties, ainsi que des aveux que l'un ou l'autre pouvait faire. Le tribunal renvoyait ensuite les parties à l'audience publique dont il fixait le jour et l'heure ; il ordonnait en même temps la communication de la procédure au ministère public et commettait un rapporteur.

Au jour indiqué, sur le rapport du juge commis, le ministère public entendu, le tribunal statuait d'abord sur les fins de non-recevoir, s'il en était proposé. Si les fins de non-recevoir étaient trouvées concluantes, la demande en divorce devait être rejetée ; dans le cas contraire, ou s'il n'était pas proposé de fins de non-recevoir, la demande en divorce était admise. Immédiatement après, toujours sur le rapport du juge commis et les conclusions du ministère public, le tribunal sta-

tuait au fond. Il faisait droit à la demande, si elle lui paraissait en état d'être jugée ; sinon, il admettait le demandeur à la preuve des faits pertinents par lui allégués et le défendeur à la preuve contraire. — Après le jugement ordonnant l'enquête, le greffier donnait lecture de la partie du procès-verbal qui contenait la nomination déjà faite des témoins que les parties se proposaient de faire entendre, et le président avertissait les parties qu'elles pouvaient en désigner d'autres, mais qu'après ce moment elles n'y seraient plus reçues. Les parties devaient proposer de suite leurs reproches respectifs contre les témoins qu'elles voulaient écarter et le tribunal statuait sur ces reproches.

Les dépositions des témoins étaient reçues par le tribunal séant à huis-clos, en présence du ministère public, des parties et de leurs conseils ou amis jusqu'au nombre de trois de chaque côté.

Après la clôture des enquêtes, le tribunal renvoyait les parties à l'audience publique. Il ordonnait communication de la procédure au ministère public et commettait un rapporteur. Au jour fixé, le rapport était fait par le juge commis ; les parties pouvaient ensuite faire, par elles-mêmes ou leurs conseils, telles observations qu'elles jugeaient utiles ; après quoi, le ministère public donnait ses conclusions.

Le jugement définitif, s'il admettait le divorce, autorisait le demandeur à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer.

Lorsque la demande se fondait sur une condamnation à une peine afflictive et infamante, la procédure était plus simple. Il suffisait que le demandeur présentât au tribunal une expédition en bonne forme du jugement de condamnation avec un certificat du greffier de la cour d'assises portant que ce même jugement n'était plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale.

L'époux, qui avait obtenu le divorce, était tenu de se présenter dans le délai de deux mois devant l'officier de l'état civil qui devait le prononcer. Passé ce délai, l'époux demandeur était déchu du bénéfice du jugement qu'il avait obtenu et ne pouvait reprendre son action en divorce que pour causes nouvelles.

127. — Les inconvénients nombreux, que présentait cette procédure compliquée, avaient déjà été signalés lors de la discussion de la loi du 27 juillet 1884. Devant le Sénat, M. Denormandie avait même déposé un amendement qui était une refonte complète de la procédure du divorce. Mais cet amendement fut repoussé, sur la demande du rapporteur de la loi, par ce motif qu'il fallait aboutir et ne pas retarder la solution de cette question si grave du divorce : « Remerciant M. Denormandie de son intervention, disait M. Labiche, nous sommes disposés à accepter avec reconnaissance son travail, nous sommes disposés à prendre l'engagement de l'étudier avec son concours, afin d'être en mesure d'apporter plus tard au Sénat une loi de procédure plus simple, plus pratique que celle de 1884. Mais il nous semble difficile de faire plus, c'est-à-dire d'introduire dans la loi actuelle une nouvelle législation sur la procédure du divorce. M. Denormandie ne s'étonnera pas que, de même que nous sommes décidés à repousser les améliorations de fond qui nous étaient les plus sympathiques, nous soyons amenés à refuser de subordonner cette œuvre de réforme à l'examen et à la discussion d'une procédure qui pourraient entraîner bien des lenteurs et peut-être même faire échouer une réforme au prompt succès de laquelle nous tenons essentiellement » (Sénat, séance du 1^{er} juin 1884).

128. — Une année entière ne s'était pas encore écoulée depuis la mise en vigueur de la loi de 1884, que les difficultés nombreuses, que souleva dans la pratique la

procédure spéciale maintenue dans cette loi, amenèrent le gouvernement lui-même à en proposer la réforme au Parlement. « Les parties, lisons-nous dans le rapport déposé par M. Labiche au nom de la commission chargée d'examiner le projet du gouvernement, les parties, qui entendent user de la loi nouvelle, ne peuvent faire valoir leurs droits qu'au prix de beaucoup de lenteurs, de difficultés et de frais ; les magistrats sont impuissants à remédier à ces graves inconvénients. Ils ont, à plusieurs reprises, présenté leurs observations ; le gouvernement s'est ému de cette situation, et M. le Garde des sceaux a déposé sur le bureau du Sénat, à la date du 11 juin dernier, un projet contenant la réglementation de la procédure » (*Journal off.*, n° du 30 janvier 1886).

C'est ce projet qui est devenu, sous certaines modifications, la loi du 18 avril 1886. Dégager la procédure d'embarras inutiles et diminuer ainsi les charges des plaideurs, simplifier des formes qui, sans profit réel pour la justice, dérobent aux magistrats, un temps précieux, — et cela tout en maintenant les garanties essentielles dont le Code civil avait entouré le divorce, — tel a été l'objet de la loi du 18 avril 1886.

129. — Mais, avant d'entrer dans le détail de la procédure nouvelle, faisons une double remarque importante :

1° Avant la loi de 1886, c'était, non pas le Code de procédure, mais le Code civil qui réglait la procédure du divorce. « A l'égard du divorce, disposait l'article 881 du Code de procédure civile, il sera procédé comme il est prescrit au Code civil. » Et on était allé jusqu'à en conclure que le Code civil, contenant un système complet de procédure en cette matière, on ne pouvait recourir aux règles de la procédure ordinaire que si un texte l'ordonnait expressément (Cass., 28 décembre 1807, Dalloz, V° *Sép. de corps*, n° 475).

Il n'en est plus ainsi aujourd'hui. La loi du 18 avril 1886, par son article 5, supprime l'article 884 du Code de procédure et l'article 239 dispose que : « la cause est instruite et jugée dans la forme ordinaire. » D'où la conséquence que la procédure du divorce est soumise aux règles de la procédure ordinaire, sauf les dérogations qui résultent de la loi de 1886 ; dans le silence de cette loi et pour en combler les lacunes, c'est donc au Code de procédure qu'il faut recourir. « L'idée dominante du projet est formulée dans le premier paragraphe de l'article 6 (article 239 actuel), qui pose le principe de l'application des règles ordinaires aux procédures de divorce » (Exposé des motifs de la loi de 1886).

2° L'ancien article 248 du Code civil exigeait la présence de l'époux demandeur à tous les actes de la procédure : « En aucun cas, le conseil du demandeur ne sera admis si le demandeur n'est pas comparant en personne. » Le législateur avait considéré que la cause était trop grave, trop sérieuse pour que l'époux demandeur pût sembler se désintéresser, en quelque sorte, de l'instance en abandonnant à ses conseils le soin de la suivre. Il voulait qu'il assistât à toutes les phases de la procédure, qu'il entendît les explications de son conjoint, pour qu'il fût plus sûrement frappé de la gravité des conséquences du procès dans lequel il s'était engagé.

La disposition de l'article 248 du Code civil a été supprimée par la loi du 18 avril 1886. Obliger le demandeur à comparaître à toutes les audiences, même à celles où l'affaire n'est appelée que pour la forme, c'était lui occasionner un dérangement et des frais sans utilité pour personne. La comparution du demandeur avait encore un autre inconvénient, « celui d'obliger les plaideurs à entendre des attaques quelquefois très vives auxquelles ils ne peuvent répondre. Les person-

nes qui suivent les audiences ont été témoins de scènes de violence et de faits déplorables qui se sont passés pendant ou après les audiences » (Rapport de M. Labicheau Sénat, *Journal off.*, n° du 30 janvier 1886).

130. — Nous allons étudier les règles de la procédure du divorce en ce qui concerne :

- 1° La demande ;
- 2° Les mesures provisoires et conservatoires ;
- 3° L'instruction ;
- 4° Le jugement.

SECTION I. — De la demande en divorce.

131. — En principe, toute action civile doit être précédée d'un essai de conciliation.

Cet essai de conciliation était surtout nécessaire quand il s'agit d'une action en divorce dont les conséquences sont si graves et qui peut quelquefois n'être formée que dans un accès de mauvaise humeur et sous l'impression d'un ressentiment qui peut s'effacer devant les sages représentations du magistrat.

De là, les articles du Code civil ainsi conçus :

ART. 234. — « L'époux qui veut former une demande en divorce, présente en personne sa requête au président du tribunal ou au juge qui en fait fonctions.

« En cas d'empêchement dûment constaté, le magistrat se transporte, assisté de son greffier, au domicile de l'époux demandeur.

« En cas d'interdiction légale résultant d'une condamnation, la requête à fin de divorce ne peut être présentée par le tuteur que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit ».

ART. 235. — « Le juge, après avoir entendu le demandeur et lui avoir fait les observations qu'il croit convenables, ordonne au bas de la requête que les par-

ties comparaitront devant lui au jour et à l'heure qu'il indique et commet un huissier pour notifier la citation ».

ART. 237. — « La requête et l'ordonnance sont signifiées en tête de la citation donnée à l'époux défendeur, trois jours au moins avant le jour fixé pour la comparution, outre les délais de distance, le tout à peine de nullité. »

« Cette citation est délivrée par huissier commis et sous pli fermé ».

ART. 238, § 1^{er}. — « Au jour indiqué, le juge entend les parties en personne ; si l'une d'elles se trouve dans l'impossibilité de se rendre auprès du juge, ce magistrat détermine le lieu où sera tentée la conciliation, ou donne commission pour entendre le défendeur ; en cas de non-conciliation ou de défaut, il rend une ordonnance qui constate la non-conciliation ou le défaut et autorise le demandeur à assigner devant le tribunal ».

132. — Et d'abord la requête en divorce doit être présentée au président du tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux ont leur domicile (arg. de l'article 875 du Code de procédure) ; elle doit être présentée par l'époux demandeur en personne (art. 234, § 1^{er}) et sans l'assistance d'aucun conseil.

La loi a exigé la présence du demandeur pour qu'il pût recevoir les observations et les conseils que le magistrat croira devoir lui faire entendre.

133. — Si l'époux demandeur est empêché, le président, accompagné de son greffier, se transporte à son domicile pour y recevoir la demande (art. 234, § 2). C'est que la loi attache le plus grand prix à ce que le demandeur ne puisse se soustraire à la nécessité d'entendre, dès la première heure, les sages observations du magistrat.

L'ancien article 236 du Code civil paraissait n'ad-

mettre, comme excuse légale de la non-comparution, que l'impossibilité matérielle, invincible, résultant de la maladie, et il exigeait que la maladie fût constatée par un certificat de deux docteurs en médecine ou en chirurgie ou de deux officiers de santé. La disposition nouvelle de l'article 234 est plus large : que l'empêchement résulte de la maladie ou de toute autre force majeure, peu importe ; il suffit que la cause en soit dûment constatée. « Il n'a pas paru utile d'indiquer dans quels cas le juge admettrait que les parties sont dans l'impossibilité de se rendre près de lui, ni quelles justifications devraient être exigées » (Exposé des motifs de la loi du 18 avril 1886).

134. — Mais si l'époux demandeur résidait hors de l'arrondissement du tribunal compétent pour connaître de sa demande, pourrait-il, en cas d'empêchement, requérir que commission rogatoire fût donnée au président du tribunal de sa résidence pour recevoir la demande ?

On pourrait argumenter, en faveur de l'affirmative, de l'article 238 qui permet au juge conciliateur, au cas où l'époux défendeur est dans l'impossibilité de se rendre auprès de lui, de donner commission pour l'entendre. Mais l'opinion contraire nous paraît préférable. Toute demande en divorce, en effet, doit être remise au président du tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux ont leur domicile. C'est là une disposition rigoureuse qui doit recevoir son application même dans le cas où le demandeur est empêché de se rendre auprès de ce magistrat, puisque le président est alors tenu de se transporter au domicile de l'époux demandeur. On ne pourrait déroger à cette règle que si on se trouvait en présence d'un texte formel. Or, ni la loi du 18 avril 1886, ni le Code de procédure, auquel il faut recourir pour combler les lacunes du Code civil, ne permettent au président du tribunal compétent de com-

mettre rogatoirement le président d'un autre tribunal à l'effet de recevoir la demande en divorce. Sans doute, l'article 238 permet de donner commission pour entendre le défendeur ; mais c'est précisément parce que la loi ne parle que du défendeur qu'on ne saurait étendre sa disposition au cas où il s'agit du demandeur. Et la différence, que la loi fait ainsi entre le demandeur et le défendeur, s'explique par cette idée que le législateur n'a admis le divorce que comme une nécessité et cherche par tous les moyens à l'empêcher. On peut critiquer l'esprit de la loi, mais on ne saurait se dispenser d'appliquer son texte.

135. — Si l'époux demandeur est légalement interdit, la requête en divorce est présentée par le tuteur (art. 234, § 3).

Dans ce cas, le tuteur devra justifier de l'autorisation ou de la réquisition de l'interdit.

136. — La requête doit être rédigée et signée par un avoué. La loi ne le dit pas, parce que « il n'a pas paru nécessaire de le dire. C'est là, en effet, une règle constamment suivie. M. le Garde des sceaux le rappelle avec raison dans l'Exposé des motifs. Est-il besoin d'ajouter que le concours de l'avoué n'est pas seulement utile, mais nécessaire ? Il garantit l'identité du demandeur, le caractère sérieux de la demande, la rédaction convenable de la requête, ce qui a le plus grand intérêt pour les parties elles-mêmes, surtout dans des affaires souvent si délicates » (Rapport de M. Labiche au Sénat, *Journal off.*, n° du 30 janvier 1886).

137. — Que doit contenir la requête en divorce ? — L'ancien article 236 voulait qu'elle *détaillât les faits*. On avait conclu de là que le demandeur devait exposer tous les détails de la cause de divorce qu'il invoquait, et la jurisprudence était allée jusqu'à décider qu'en cas d'adultère, par exemple, la requête devait indiquer

avec précision le jour, l'heure et toutes les circonstances du fait (Paris, 18 février 1806, Dalloz, V° *Sép. de corps*, n° 448, 2°).

Exiger ainsi dans la requête des détails que le demandeur peut ignorer, qui, le plus souvent, ne pourront être établis que par l'enquête, c'était parfois rendre impossible la demande en divorce. Aussi la loi du 18 avril 1886 s'est-elle bien gardée d'une sévérité qui ne peut profiter qu'à l'époux coupable ; l'article 234 n'exige plus que la requête détaille et précise les faits qui servent de base à la demande en divorce.

Il suffira donc, pour que la requête soit valable, qu'elle indique la cause sur laquelle l'époux demandeur se fonde pour demander la dissolution du mariage ; les détails ne sont plus nécessaires. Tout ce qu'on pourrait peut-être exiger, c'est un exposé sommaire des faits qui mit le président à même de faire aux époux les représentations propres à opérer un rapprochement.

138. — Sur la présentation de la requête, le président fait à l'époux demandeur les observations qu'il croit convenables. S'il ne réussit pas à le détourner de son dessein, il ordonne, au bas de la requête, que les parties comparaitront devant lui, au jour et à l'heure qu'il indique, et il commet un huissier pour notifier la citation (art. 235).

Aux termes de l'ancien article 238 du Code civil, le président devait parapher la demande et les pièces produites, et dresser procès-verbal de la remise du tout entre ses mains, procès-verbal qui devait être signé par lui et le demandeur. — Ces formalités inutiles ne sont plus exigées.

139. — Lorsque le magistrat a ainsi ordonné la comparution des époux, le demandeur doit signifier à son conjoint : 1° la requête par lui présentée au président du tribunal ; 2° l'ordonnance rendue par ce

magistrat au bas de la requête. Il doit en même temps et par le même acte, citer le défendeur à comparaitre en personne devant le président du tribunal au jour et à l'heure indiqués dans l'ordonnance. Et pour que le défendeur aille le temps de comparaitre, la citation doit être donnée par l'huissier commis trois jours au moins avant le jour fixé pour la comparution, outre les délais de distance (art. 237).

Le tout à peine de nullité, dit l'article 237. Donc, en cas d'inobservation des prescriptions de la loi, la citation serait nulle ; le demandeur serait même obligé de présenter une nouvelle requête au président, si, — et ce sera le cas le plus fréquent — la nullité de la citation a été prononcée après la comparution des époux. Mais là s'arrête la sanction de la loi et il est plus qu'évident que le demandeur ne serait pas déchu de son action en divorce.

140. — La copie de la citation doit être délivrée sous *pli fermé* (art. 237, § 2). C'est là une innovation heureuse de la loi du 18 avril 1886. Le législateur a pensé, avec juste raison, qu'il fallait, — en vue même du résultat désiré, la réconciliation des époux, — éviter les indiscretions qui ne manqueraient pas de se produire, si la citation était remise ouverte à des personnes autres que le défendeur lui-même.

Comment ce pli sera-t-il fermé ? L'acte sera-t-il mis sous enveloppe ou sous doubles bandes entre-croisées ? — Le mode de fermeture importe peu ; il suffit qu'il soit tel que la citation ne puisse pas être lue par des personnes étrangères.

La copie de la citation, ainsi remise par l'huissier devant être conforme à l'original et contenir le « parlant à... », l'huissier devra remplir la mention du « parlant à... » avant de clore la copie, ce qu'il fera, le plus souvent, au domicile du défendeur. L'acte devra mentionner qu'il a été délivré sous pli fermé.

Remarquons toutefois que la remise de la citation sous pli fermé n'est pas prescrite par la loi à peine de nullité. www.libtool.com.cn

141. — Au jour indiqué dans l'ordonnance du président pour la comparution, il se peut ou que les époux comparaissent ou que l'un d'eux fasse défaut.

1° Les époux comparaissent. — Ils doivent se présenter eux-mêmes et ne pourraient se faire assister ni d'avoués ni de conseils. « Le juge, dit l'article 238, entend les parties en personne ». Il fallait les isoler en quelque sorte et les mettre à l'abri de toute influence étrangère pour permettre au juge conciliateur de leur adresser, avec plus de chance de succès, les représentations qu'il croira devoir leur faire. Le président fera ses efforts pour amener un rapprochement. S'il n'y parvient pas, il rend une ordonnance qui constate la non-conciliation et autorise le demandeur à assigner devant le tribunal (art. 238, § 1^{er}).

2° L'un des deux époux ne se présente pas. — Ce défaut de comparution peut être volontaire ou résulter d'une cause légitime d'empêchement.

Le défaut de comparution est volontaire. — Si c'est le demandeur qui ne se présente pas, il est présumé renoncer à sa demande. Toutefois rien ne s'oppose évidemment à ce qu'il puisse en formuler plus tard une nouvelle basée sur les mêmes faits. Il n'y a, en effet, contre l'action en divorce d'autres fins de non-recevoir que celles qui sont expressément édictées par la loi, et aucun texte ne prononce de déchéance à l'encontre de l'époux demandeur qui ne se présente pas devant le juge conciliateur. — Si c'est le défendeur qui fait défaut, le président constate le défaut et autorise le demandeur à assigner (art. 238, § 1^{er}) ; le refus du défendeur de se rendre auprès du magistrat ne saurait entraver la marche de la procédure.

Le défaut de comparution résulte d'une cause légitime

d'empêchement. — L'empêchement dûment constaté, le président détermine le lieu où sera tenté la conciliation, et, au jour qu'il aura fixé, il s'y transportera, assisté de son greffier. — Mais voici que l'époux empêché réside hors de l'arrondissement ! Si c'est le défendeur, le président, pour l'entendre, commettra rogatoirement le président du tribunal de la résidence. Si c'est le demandeur, la tentative de conciliation est pour le moment impossible, car une commission rogatoire ne peut être donnée pour l'entendre. A cet égard, l'Exposé des motifs de la loi du 18 avril 1886 est formel : « Si le défendeur est dans l'impossibilité de se rendre auprès du juge, celui-ci pourra donner commission rogatoire pour l'entendre. *Cette disposition s'applique au défendeur seul* ».

142. — Par l'ordonnance qui constate la non-conciliation ou le défaut du défendeur, le président autorise le demandeur à assigner devant le tribunal. Cette autorisation ne saurait être refusée, car le juge conciliateur n'a pas à apprécier les articulations produites par l'époux qui prétend intenter une action en divorce (Paris, 26 mai 1869, Sirey, 1870, 2, 206).

143. — Mais la loi permet au président de ne pas rendre immédiatement son ordonnance. C'est la disposition du paragraphe 6 de l'article 238 :

« Le juge, suivant les circonstances, avant d'autoriser le demandeur à citer, peut ajourner les parties à un délai qui n'excède pas vingt jours, sauf à ordonner les mesures provisoires ».

Ajourner les parties, c'est-à-dire fixer un jour pour une nouvelle tentative de conciliation.

144. — On voit combien, à cet égard, la procédure organisée par la loi du 18 avril 1886 diffère de la procédure du Code civil.

Dans le système du Code civil, ce n'était pas le pré-

sident, mais le tribunal, auquel le président en référerait qui accordait la permission de citer (art. 240). Le tribunal pouvait suspendre cette permission, sans que la suspension pût excéder pourtant le terme de vingt jours. Le délai expiré, l'assignation était donnée, sans autre formalité, par l'époux demandeur.

Dans le système de la loi de 1886, il n'y a plus de référé au tribunal; il y avait là une formalité sans utilité, puisque le tribunal n'entendait pas les époux. C'est le président lui-même qui autorise le demandeur à citer et la loi lui permet, non pas de suspendre pendant un certain temps cette autorisation, mais d'ajourner les parties, c'est-à-dire de fixer un jour pour une nouvelle comparution. Les époux devront donc se représenter devant lui. « A l'expiration de ce délai, les parties devront comparaître de nouveau devant lui » (Rapport de M. Labiche au Sénat, *Journal off.*, n° du 30 janvier 1886).

Il résulte de là que, contrairement à l'opinion émise par MM. Coulon et Faivre (*Manuel formulaire du divorce et de la séparation de corps*, p. 128), le magistrat ne pourrait pas, par la même ordonnance qui ajourne les parties, accorder l'autorisation de citer pour le cas où, le délai étant expiré, le demandeur persisterait dans sa demande. Le président, en effet, ne suspend pas la permission de citer, comme le croient ces auteurs; il *ajourne* les parties, c'est-à-dire fixe un jour pour une nouvelle comparution. Il faut donc que les parties comparaissent à nouveau.

145. — Si la nouvelle tentative de conciliation ordonnée par le président n'a pas plus de succès que la première, si les époux comparaissent et que les représentations du magistrat ne puissent amener un rapprochement entre eux, ou si l'époux défendeur fait défaut, le magistrat constatera alors la non-conciliation et permettra de citer.

146. — Le président ne pourrait, sans excès de pouvoirs, ajourner les époux à plus de vingt jours. Mais rien ne s'oppose, croyons-nous, à ce qu'il puisse ordonner plusieurs comparutions, pourvu que ces essais successifs de conciliation aient lieu dans les vingt jours qui suivent la première tentative.

147. — L'essai de conciliation est une mesure d'ordre public et son inobservation, qui est de nature à entacher de nullité toute procédure ultérieure, peut être proposée en tout état de cause et doit même être prononcée d'office (Orléans, 29 juillet 1864, Sirey, 1864, 2, 1888; Paris, 28 août 1879, Sirey, 1881, 2, 244). Mais ce moyen de nullité, mélangé de fait et de droit, ne pourrait être proposé devant la cour de cassation que s'il avait été invoqué et vainement invoqué devant les juges du fond (Comp. Cass., 5 janvier 1875, Sirey, 1876 1, 157).

148. — En principe, toute demande en divorce doit être précédée de l'essai de conciliation.

Il en est ainsi même dans le cas où cette demande est fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante.

L'article 261 du Code civil, maintenu par la loi du 27 juillet 1884, disposait que, dans ce cas, les seules formalités à observer consistaient à présenter au tribunal de première instance une expédition en bonne forme de la décision portant condamnation avec un certificat du greffier constatant que cette décision n'était plus susceptible d'être réformée par les voies légales ordinaires. Il en résultait qu'une telle demande n'était pas soumise à l'essai de conciliation. On avait essayé de justifier la disposition de l'article 261 en disant : le but des mesures préliminaires établies par la loi est d'arriver, si c'est possible, à la réconciliation des époux. La réconciliation suppose l'oubli, le pardon des torts de

l'époux coupable envers son conjoint. Or, dans l'hypothèse prévue par l'article 261, la cause du divorce ne repose pas sur une offense envers l'époux. Dès lors à quoi bon tenter une réconciliation ? La cause du divorce est l'infamie qui s'attache au condamné, et cette infamie, rien ne peut l'effacer.

La loi du 18 avril 1886 a abrogé l'article 261. « Sont abrogés les articles 253 à 274 du Code civil... » (Loi du 18 avril 1886, art. 4). D'où la conséquence que la demande en divorce, fondée sur la condamnation de l'époux défendeur, rentre dans le droit commun et est soumise, comme les demandes fondées sur toute autre cause, aux préliminaires de conciliation. « Vous remarquerez que le projet fait en réalité disparaître l'article 261 pour rétablir la procédure ordinaire » (Rapport de M. Labiche au Sénat, *Journal off.*, n° du 30 janvier 1886). C'est qu'en effet, la comparution des parties devant le président a pour but d'arriver, non pas à une réconciliation proprement dite, c'est-à-dire au pardon de l'offense faite à l'époux demandeur, mais, d'une manière plus générale, à la renonciation de la part de l'époux à son action en divorce. Or, cette renonciation, n'est-elle pas possible dans toutes les hypothèses ? N'est-elle pas désirable même dans le cas où l'action est fondée sur une condamnation ? N'oublions pas que l'infamie, et par suite la cause du divorce, subsiste même après que le condamné a subi sa peine ou qu'il a été gracié. Eh bien, ne peut-il pas se rencontrer telles circonstances où il sera du devoir de l'époux de lui tendre la main au lieu de le repousser du foyer conjugal, de le relever, de l'aider à reprendre sa place dans la société ? On comprend combien l'intervention du magistrat, dans de pareils cas, pouvait être utile ; la loi doit donc l'exiger, et elle l'exige.

10. — Le condamné à une peine afflictive et infamante est pendant la durée de sa peine en état d'in-

terdiction légale. L'interdit légal étant représenté légalement par son tuteur, c'est ce dernier qui devra être cité en conciliation et qui devra comparaître devant le président du tribunal. La comparution du tuteur et du conjoint demandeur devant le juge offre tous les avantages de la comparution personnelle des époux, puisqu'il s'agit alors pour le juge et au besoin pour le tuteur d'obtenir, non une conciliation entre époux, mais un désistement de la part du conjoint demandeur par des raisons tirées de l'intérêt de la famille et le plus souvent étrangères à l'époux déshonoré et condamné (Paris, 7 avril 1887, Dalloz, 1888, 2, 243).

150. — Et ce que nous disons de l'interdit légal doit également s'appliquer à l'interdit judiciaire. Le tuteur de l'époux judiciairement interdit contre lequel une demande en divorce est intentée, doit être cité en conciliation.

Au cas où l'époux défendeur se trouverait dans un asile d'aliénés sans être interdit, le tribunal devrait lui désigner un mandataire spécial conformément à la disposition de l'article 33 de la loi du 30 juin 1838 et c'est ce mandataire spécial qui sera cité en conciliation (Bordeaux, 18 juillet 1888, Dalloz, 1890, 2, 51).

15 — Si, en principe, toute demande en divorce doit être précédée de l'essai en conciliation, il n'en est plus ainsi lorsque cette demande est formée reconventionnellement par l'époux défendeur à une demande en divorce déjà intentée contre lui.

Aux termes de l'article 239, § 3, en effet, les demandes reconventionnelles en divorce peuvent être introduites par un simple acte de conclusions. Cette procédure est évidemment exclusive de la tentative de conciliation. A quoi, d'ailleurs, pourrait aboutir une nouvelle comparution des époux devant le magistrat ?

Ils ont déjà comparu sur la demande principale et n'ont pas voulu se concilier. Peut-on espérer que l'époux défendeur renoncera à sa demande, alors que son conjoint n'a pas voulu renoncer à la sienne ? Un nouvel essai de conciliation n'eût été qu'une formalité inutile ; la loi ne l'a pas exigé. « Il a paru que la conciliation ayant déjà été tentée et n'ayant pas abouti, il était peu utile de l'exiger une seconde fois » (Exposé des motifs de la loi du 18 avril 1886).

C'est par la même raison que la loi ne soumet pas aux mesures préliminaires la demande en conversion d'un jugement de séparation de corps en jugement de divorce. « Cette nouvelle demande sera introduite par assignation à huit jours francs en vertu d'une ordonnance rendue par le président » (art. 310, § 2). Le magistrat n'a pu concilier les époux sur la demande en séparation de corps ; il est à présumer qu'une nouvelle tentative ne réussirait pas davantage.

152. — Mais qu'en est-il de la demande formée par le tuteur d'un époux interdit ? Cette demande doit-elle être précédée de l'essai de conciliation ? Nous parlons, bien entendu, d'un interdit légal, puisque le divorce ne peut être demandé au nom d'un interdit judiciaire (*Suprà*, n° 96).

Au premier abord, on ne comprendrait pas pourquoi cet essai de conciliation ne serait pas exigé. Si l'interdit légal doit donner son autorisation (art. 234, § 3), il peut donc la retirer, il peut renoncer à son action, et, s'il peut renoncer à son action, pourquoi la conciliation ne serait-elle pas tentée ? Et pourtant la loi ne l'exige pas. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute à cet égard. « Il n'est pas indispensable, — lisons-nous dans le rapport de M. Labiche, au Sénat, — que le juge entende l'interdit en personne ; mais si cela lui semble nécessaire, il le fera comparaître ; jusqu'à ce que le

juge réclame cette comparution, l'interdit est représenté légalement par son tuteur » (*Journal off.*, n° du 30 janvier 1886). Et si telle n'avait pas été la pensée du législateur, il est évident qu'il eût exigé que la requête en divorce fût présentée par l'interdit en personne, et non par le tuteur, puisque c'est la présentation de la requête qui constitue le premier acte de la tentative de conciliation et que c'est à ce moment que le juge doit faire ses premières observations. Si la loi a dérogé ici à la procédure ordinaire, c'est qu'elle a pensé que l'interdit étant le plus souvent détenu, sa comparution eût été impossible.

153. — L'ordonnance du président, qui constate la non-conciliation et autorise le demandeur à assigner son conjoint devant le tribunal, l'habilite par là même à procéder sur la demande.

Il s'ensuit que l'époux mineur n'a besoin ni de l'autorisation du conseil de famille, ni de l'assistance de son curateur.

Il s'ensuit également que la femme n'a pas besoin d'autre autorisation que celle que l'ordonnance lui confère. « Par le fait de cette ordonnance, la femme est autorisée à faire toutes procédures, pour la conservation de ses droits et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont la suite » (art. 238, § 4).

Ainsi, la femme est autorisée à procéder devant toutes les juridictions, en première instance comme en appel, et même devant la cour de cassation. Elle est autorisée à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont la suite. Elle peut donc, sans nouvelle autorisation, poursuivre l'exécution du jugement et la liquidation de la communauté.

Appliquée au divorce, la disposition finale de l'article 238, § 4, est un non-sens. La loi, en effet, suppose le divorce prononcé. Or, après le divorce, il n'y a plus

de mariage, et partant l'autorisation du mari ou de justice n'est plus nécessaire à la femme. Mais l'article 238 est applicable en cas de demande en séparation de corps (art. 307), et, dans ce cas, sa disposition conservait toute sa signification et son utilité. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui, puisque, comme nous le verrons, d'après la loi du 6 février 1893, la femme séparée de corps, tout aussi bien que la femme divorcée, reprend le libre exercice de ses droits.

154. — L'ordonnance du président autorisant la femme à procéder sur les diverses demandes qui se rattachent à la demande principale, on en a conclu qu'après le rejet de cette demande, elle pourrait, sans autorisation nouvelle et spéciale, ester en justice pour demander sa réintégration au domicile conjugal (Paris, 31 mars 1873, Sirey, 1874, 2, 1). — L'erreur est évidente. L'autorisation de justice, comme celle du mari, est spéciale, et s'applique à un acte ou à un litige déterminé ; en dehors de ce litige, pour lequel l'autorisation a été sollicitée et obtenue, et des actes qui en sont la suite nécessaire, la femme mariée reste soumise à la règle établie par l'article 215 du Code civil. Or, la femme, qui a demandé le divorce, a été autorisée à procéder sur sa demande en divorce et sur toutes les demandes qui s'y rattachent. Mais peut-on dire que la demande en réintégration du domicile conjugal se rattache à la demande en divorce, qu'elle en est la suite, la continuation, alors qu'elle ne peut se produire que lorsque la demande en divorce a été rejetée et a disparu ?

155. — L'essai de conciliation ayant échoué, l'instance proprement dite commence ; elle s'engage, comme toute instance judiciaire, par une assignation.

L'assignation doit être donnée dans la forme ordinaire (art. 61 du Code de procédure). La loi n'exige pas qu'elle soit délivrée sous pli fermé. La précaution édic-

tée par l'article 237, pour le cas de la citation en conciliation, n'était plus ici nécessaire ; les indiscretions n'étaient plus à craindre, puisque l'instance va s'engager et se dérouler au grand jour de l'audience.

156. — Cette assignation est-elle nécessaire lorsque la demande en divorce est fondée sur une condamnation à une peine afflictive et infamante de l'époux défendeur.

Sous l'empire du Code civil et de la loi du 27 juillet 1884, la question était controversée. Certains tribunaux décidaient que, dans ce cas, la demande devait être introduite par voie de simple requête, sans que le demandeur eût à mettre en cause ni le condamné ni son tuteur. Quand le divorce, disait-on, est demandé dans l'hypothèse de l'article 232, les seules formalités à observer consistent, aux termes de l'article 261, à présenter au tribunal une expédition en bonne forme de la décision portant condamnation avec un certificat du greffier constatant que cette décision n'est pas susceptible d'être réformée. Il résulte de cette disposition que le rôle du tribunal se borne à examiner si la condamnation a été réellement prononcée et si les pièces exigées par l'article 261 ont été fournies dans des conditions régulières. Cette constatation faite, l'admission de la demande est obligatoire pour le tribunal. Dès lors, à quoi bon une assignation ? Pourquoi mettre le défendeur en cause ? L'époux condamné ne peut s'opposer à l'admission de la demande en divorce ; il n'est donc pas nécessaire de l'assigner ; une simple requête suffit (Angers, 11 décembre 1884, Sirey, 1885, 2, 19).

Cette opinion reposait évidemment sur une erreur ; elle supposait l'inutilité de la mise en cause de l'époux condamné. Mais n'est-il pas des cas où cet époux peut avoir intérêt à contredire à la demande qui est formée contre lui ? Il peut avoir une renonciation à invoquer à l'encontre de cette demande ; il peut avoir à se préva-

loir d'une condamnation dont son conjoint aurait été lui-même frappé (*Suprà*, n° 92) ; il peut avoir lui-même une demande reconventionnelle à former. D'un autre côté, le jugement, qui prononce le divorce, statue en même temps sur des questions accessoires d'une grande importance, telles que la garde des enfants, la pension alimentaire. Quoique infâme, le défendeur ne peut-il pas être fondé à contester à une mère dégradée la garde de ses enfants ? Sur tous ces points un débat contradictoire s'impose et le défendeur doit être mis en cause par une assignation (Rennes, 15 juin 1885, *Gazette du Palais*, 1886, p. 28).

La question ne saurait plus faire doute aujourd'hui. La loi du 18 avril 1886 a abrogé l'article 261 du Code civil. La demande en divorce, fondée sur la condamnation de l'époux, rentre dans le droit commun. Cette demande est soumise à la tentative de conciliation (*Suprà*, n° 149). Or, le président qui constate la non-conciliation, autorise, par son ordonnance, le demandeur à assigner ; le demandeur doit donc assigner. « L'article 261 réglait, pour le cas où le divorce était demandé à raison de la condamnation de l'un des époux, une procédure extrêmement sommaire dans laquelle, d'après l'opinion commune, le défendeur n'était même pas mis en cause. Le projet ne maintient pas cette procédure exceptionnelle. La demande en divorce basée sur l'article 232 sera instruite et jugée en la forme ordinaire » (Exposé des motifs de la loi du 18 avril 1886).

157. — L'assignation est également nécessaire quand il s'agit d'une demande en conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce. « Cette nouvelle demande sera introduite par assignation à huit jours francs en vertu d'une ordonnance rendue par le président » (art. 310, § 2).

158. — « L'ordonnance nommera un juge rappor-

teur, ordonnera la communication au ministère public et fixera le jour de la comparution (art. 310, § 4). *Le jour de la comparution*. Il ne peut s'agir évidemment ici de la comparution des époux devant le président, puisque la demande est introduite devant le tribunal par assignation (art. 310, § 2) et qu'il en résulte que cette demande n'est pas soumise à l'essai de conciliation (*Suprà*, n° 151). La comparution, dont le jour doit ainsi être fixé par l'ordonnance du président, est la comparution des époux devant la chambre du conseil à l'audience où la demande doit être débattue.

Aux termes de l'article 310, § 2, et conformément d'ailleurs au droit commun (art. 72 du Code de procédure civile), un délai de huit jours francs devant s'écouler entre la date de l'assignation et le jour fixé pour la comparution, le juge devra tenir compte évidemment de cette prescription de la loi en fixant le jour de la comparution. Au délai de huitaine franche il faut ajouter les délais de distance suivant la disposition générale de l'article 1033 du Code de procédure civile.

159. — L'ordonnance du président fixant le jour de la comparution est rendue sur requête. La requête doit-elle être présentée par le demandeur en personne ou bien peut-elle être présentée en son nom par un avoué ?

C'est dans le dernier sens que s'est prononcée la cour de Nancy par un arrêt en date du 13 décembre 1884 (Sirey, 1885, 2, 17). Cette décision nous paraît conforme à l'esprit de la loi ; mais la cour de Nancy en a donné un motif que nous ne pouvons accepter. Si la présence du demandeur n'est pas ici nécessaire, dit la cour, c'est que les règles de procédure édictées pour l'action en divorce par voie principale ne sont pas applicables à la demande en conversion. — Eh, pourquoi donc ? La demande en conversion ne constitue-t-elle pas une véritable action en divorce ? Comme la demande principale

et directe, ne tend-elle pas à la rupture de l'union conjugale ? Comme elle, ne donne-t-elle pas lieu à des débats contradictoires ? ~~Ne laisse-t-elle pas~~ au tribunal un pouvoir d'appréciation qui lui permet, suivant les circonstances, de l'admettre ou de la rejeter ? Il n'y a donc aucune raison de la soustraire aux règles de procédure édictées pour l'action en divorce par voie principale, et ces règles, en général, doivent être suivies, s'il n'en est autrement décidé par la loi.

C'est précisément parce que l'article 310, sinon par son texte, du moins par son esprit, déroge à l'article 234 en matière de demande en conversion, que nous n'exigeons pas que la requête soit présentée par le demandeur en personne. L'obligation que l'article 234 impose à l'époux demandeur est le premier acte de ces préliminaires de conciliation dont la loi a cru devoir faire précéder la demande en divorce ; il faut que le demandeur soit présent pour qu'il puisse recevoir les observations et les conseils que le magistrat doit lui faire entendre. Mais cet essai de conciliation n'est plus nécessaire, quand il s'agit d'une demande en conversion ; l'article 310 ne l'exige pas. La loi a pensé que la période de trois ans écoulée sans qu'il y ait eu un rapprochement entre les époux fait disparaître tout espoir de réconciliation et rend inutile l'intervention du magistrat conciliateur. Dès lors, pourquoi exiger que la requête soit présentée par le demandeur ? Dans quel but ? Ce ne pourrait être évidemment que pour permettre au magistrat de tenter une réconciliation. Mais précisément la loi n'a pas voulu que cette tentative fût faite. La présence du demandeur est donc sans utilité et, par conséquent, on ne saurait l'exiger.

160. — Toute demande en divorce doit être introduite par assignation. La loi fixe un délai dans lequel cette assignation doit être donnée. C'est la disposition de l'article 238, §§ 7 et 8 :

« L'époux demandeur en divorce devra user de la permission de citer qui lui a été accordée par l'ordonnance du président dans un délai de vingt jours à partir de cette ordonnance.

« Faute par l'époux demandeur d'avoir usé de cette permission dans ledit délai, les mesures provisoires ordonnées à son profit cesseront de plein droit ».

C'est là une innovation heureuse de la loi du 18 avril 1886. Lorsque le président a échoué dans son essai de conciliation, il statue sur les mesures provisoires, la résidence de l'époux demandeur, la garde des enfants, la remise des effets personnels, la demande d'aliments. Les mesures qu'il ordonne sont le plus souvent de nature à porter atteinte, soit à l'autorité maritale, soit aux autres droits qui découlent pour l'époux défendeur du mariage même. Cette atteinte à la société conjugale ne saurait être évidemment que provisoire, car la société conjugale ne peut se briser autrement qu'à la suite de faits et d'actes définis par la loi et reconnus vrais par la justice après un débat complet. Or, pouvait-il être permis à l'époux demandeur, satisfait peut-être des mesures qu'il a obtenues, de prolonger indéfiniment, grâce à son inaction, une situation qui n'est ni le mariage ni le divorce ? La loi ne l'a pas pensé ; elle lui a imparti un délai dans lequel il doit engager l'instance et mettre son conjoint à même de se défendre. Si le demandeur laisse expirer ce délai, s'il recule devant un débat contradictoire, les mesures provisoires qu'il a obtenues cesseront de plein droit ; la société sera rétablie avec tout ce qu'elle comporte d'obligations et de droits réciproques.

161. — Mais, remarquons-le bien, l'obligation imposée à l'époux demandeur de donner l'assignation dans les vingt jours n'a pas d'autre sanction, et il est évident que, s'il donnait cette assignation après le délai, il ne saurait être déclaré non recevable dans son action.

162. — L'article 238, § 7, est évidemment inapplicable au cas d'une demande en conversion de jugement de séparation de corps en jugement de divorce, puisqu'alors le jour de la comparution des parties en la Chambre du conseil est fixé par l'ordonnance même du président qui autorise l'assignation.

162. — L'action en divorce, comme toutes les demandes qui soulèvent une question d'état, est de la compétence des tribunaux civils.

Il en est ainsi alors même que les faits, qui servent de base à la demande, constitueraient un délit. L'action en divorce, en effet, même fondée sur un délit, n'est pas cette action civile qui naît du délit et qui a pour but la réparation du préjudice causé; elle dérive, non pas du délit comme tel, mais de la violation du devoir conjugal, et c'est à ce titre que les tribunaux civils seuls peuvent en connaître.

164. — Les tribunaux français sont-ils compétents pour connaître d'une demande en divorce entre époux étrangers ?

Lors de la discussion de la loi de 1886 devant le Sénat, M. Bozérián avait proposé d'ajouter à l'article 234 une disposition ainsi conçue : « Les étrangers domiciliés en France pourront s'adresser aux tribunaux français pour faire prononcer le divorce lorsqu'il est autorisé par les lois de leur pays ». Cette disposition ne fut pas acceptée par la commission et fut d'ailleurs retirée par son auteur. « La question générale, disait M. Bozérián pour motiver ce retrait, celle de savoir quelle sera la compétence des tribunaux français lorsqu'un litige viendra à s'engager entre étrangers, est actuellement pendante devant la commission instituée auprès du ministère de la justice pour la révision du Code de procédure. Le point de savoir comment cette question sera réglée a déjà été discuté et débattu, et, si les renseignements qui

m'ont été donnés sont exacts, on aurait déjà approuvé, provisoirement au moins, un article 10, lequel serait ainsi conçu : « L'étranger peut dans les mêmes conditions que les français, sauf l'application de l'article 16 du Code civil », c'est la caution *judicatum solvi*, « assigner devant les tribunaux un français ou un étranger ». Il est incontestable que, si cette disposition doit être un jour adoptée par la commission de révision du Code de procédure civile, j'aurai entière satisfaction, puisque les étrangers auront les mêmes droits que les français. Dans ces conditions et la question générale étant engagée devant la commission dont j'ai rappelé la création, il ne me paraît ni opportun ni utile d'engager une discussion sur la question spéciale de la procédure en matière de séparation de corps et de divorce ».

La question reste donc entière ; mais comme elle se rattache et se lie à la question plus générale de savoir si les tribunaux français sont compétents ou incompétents pour connaître des contestations entre étrangers, nous ne l'étudierons pas et nous nous contenterons d'indiquer le dernier état de la doctrine et de la jurisprudence. La jurisprudence et avec elle un certain nombre d'auteurs se prononcent pour l'incompétence. Le principe de l'incompétence des tribunaux français, s'il n'est pas textuellement édicté par la loi, résulte virtuellement, a-t-on dit, de l'absence de toute disposition législative qui déroge, quant aux contestations entre étrangers, à la règle *Actor sequitur forum rei*. Il a d'ailleurs été implicitement reconnu dans la discussion qui a précédé l'adoption de l'article 14 du Code civil (Aubry et Rau, t. VIII, p. 143, note 33 ; Paris, 8 avril 1865, Sirey, 1865, 2, 211 ; Aix, 4 mai 1885, Dalloz, 1886, 2, 129). Mais les tribunaux français deviendraient compétents si l'une ou l'autre des parties avait été, en conformité de l'article 13 du Code civil, autorisée à établir son domicile en France et à y jouir des droits civils. Et on est allé

quelquefois jusqu'à étendre la compétence de la juridiction française au cas où l'étranger, en dehors de toute autorisation, aurait établi en France un domicile fixe et certain, exclusif d'un esprit de retour prochain.

165. — Si, en principe, les tribunaux français sont incompétents pour statuer sur le fond d'une demande en divorce, ils peuvent du moins par application de l'article 3 du Code civil, ordonner des mesures conservatoires et provisoires en vue d'assurer la sécurité des personnes et des biens, spécialement des mesures relatives à la résidence de la femme, à la garde des enfants, au paiement d'une pension alimentaire, à l'apposition ou à la levée des scellés (Lyon, 15 février 1857, Dalloz, 1858, 1, 313 ; Aix, 4 mai 1885, Dalloz, 1886, 2, 129 ; Paris, 26 mai 1889, Dalloz, 1890, 2, 128 ; Amiens, 12 décembre 1888, Dalloz, 1891, 2, 39).

166. — Le tribunal compétent pour connaître d'une demande en divorce est celui de l'arrondissement dans lequel les époux ont leur domicile, et, comme la femme n'a pas d'autre domicile légal que celui de son mari, c'est donc, dans tous les cas, devant le tribunal du domicile du mari que l'action en divorce doit être portée. C'est là l'application des règles du droit commun (art. 59, C. pr.).

167. — L'exception d'incompétence *ratione loci*, pour être recevable, doit être opposée par le défendeur conformément à la disposition de l'article 169 du Code de procédure civile, préalablement à toute autre exception et défenses, c'est-à-dire dès le début de l'instance. Mais à quel moment commence l'instance en divorce ? Cette instance est-elle liée par la requête présentée au juge conciliateur ou ne l'est-elle, au contraire, que par la demande proprement dite, c'est-à-dire par l'assignation devant le tribunal ? En d'autres termes, l'exception d'incompétence doit-elle être néces-

sairement invoquée devant le juge conciliateur ou peut-elle l'être encore, au contraire, devant le tribunal?

On décide généralement que l'époux défendeur, qui se prévaut de l'incompétence du tribunal, doit l'opposer, sous peine de forclusion, devant le juge conciliateur. C'est par la requête en divorce, dit-on dans cette opinion, que s'engage l'instance en divorce. D'une part, en effet, c'est en sa qualité de membre du tribunal que le président reçoit la requête et y répond; d'autre part, ce magistrat ne remplit pas seulement l'office de conciliateur; la loi le charge aussi, quand il ne réussit pas à rapprocher les époux, de statuer sur les mesures provisoires que l'action en divorce nécessite. La requête qui lui est présentée est donc bien le premier acte de l'instance soumise à la juridiction du tribunal. D'où la conséquence que l'exception d'incompétence, qui doit être proposée *in limine litis*, doit l'être par le défendeur lors de la comparution des époux devant le président (Demol., *Traité du mar.*, t. II, n° 447; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 219; Dalloz, *V° Sép. de corps*, n° 91; Trib. de Nice, 26 juin 1885, *Gazette du Palais*, 1886, p. 81; Paris, 5 août 1886, Dalloz, 1887, 2, 417; Orléans, 13 juillet 1887, Dalloz, 1888, 2, 492; Paris, 5 février 1889, Dalloz, 1890, 2, 358; Cass., 1^{er} juin 1891, *France judiciaire*, XV, 2, 344). Et on a conclu de là que le changement de domicile du mari, opéré postérieurement à la notification de la requête, ne peut dessaisir le tribunal (Cass., 8 décembre 1880, Sirey, 1882, 1, 403).

Cette opinion ne nous paraît pas conforme aux véritables principes. La procédure du divorce, en effet, comprend deux phases bien distinctes : l'essai de conciliation et l'instance devant le tribunal. Ces deux phases, nous les retrouvons, en général, dans toute procédure. Toute action, en principe, doit être précédée d'un préliminaire de conciliation. Or, le préliminaire

de conciliation n'a jamais été considéré comme liant le débat, puisqu'il peut même, dans certains cas avoir lieu devant un juge autre que celui qui est compétent pour statuer sur le fond du litige. Pourquoi en serait-il autrement en matière de divorce ? Comment la tentative de conciliation exigée par la loi aurait-elle pour effet d'ouvrir et de lier l'instance, alors qu'elle a précisément pour objet principal d'empêcher cette instance de naître et de s'ouvrir ?

C'est en sa qualité de membre du tribunal, dit-on, que le président reçoit la requête. — Est-ce bien exact ? Écoutons nos adversaires eux-mêmes : « La loi voit un mal dans les procès et cherche à concilier les parties avant qu'elles portent leur cause devant le tribunal. En matière de divorce, le législateur montre encore plus de sollicitude à prévenir le procès en ramenant la paix au sein de la famille. Pour donner plus de poids à ces tentatives de conciliation, le législateur en charge, non le juge de paix comme dans les actions ordinaires, mais le président du tribunal » (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 224). Ainsi ce n'est pas comme membre du tribunal et parce qu'il est membre du tribunal, que le président est chargé de recevoir la requête en divorce ; c'est parce que la loi suppose qu'en raison de la situation qu'il occupe, il aura sur les époux plus d'influence que le juge de paix.

Mais le président, dit-on encore, rend des ordonnances qui lient déjà l'instance. — Sans doute, mais ce qui est lié, ce n'est pas l'instance principale en divorce, c'est cette instance particulière qui a pour objet les mesures provisoires. En statuant sur les mesures urgentes que nécessite la situation, le président remplit en quelque sorte l'office de juge de référé. Or, a-t-on jamais soutenu qu'une ordonnance de référé liât l'instance sur le fond ? N'est-il pas de principe que le défendeur, qui a comparu en référé et qui à ce moment

n'a pas opposé l'incompétence du juge ou qui depuis a changé de domicile, peut opposer l'incompétence du tribunal saisi du fond, si ce tribunal n'est pas ou n'est plus celui de son domicile ? Il doit en être de même en matière de divorce.

C'est qu'en effet l'instance en divorce, comme toute instance, ne commence que par l'exploit d'ajournement. Jusque-là, il y a bien pu y avoir des préliminaires, mais il n'y a pas eu d'instance. C'est par l'assignation seule que le tribunal est saisi. « Lorsque le tribunal est saisi, les mesures provisoires prescrites par le juge, dit l'article 238, § 5, peuvent être modifiées..... » Le tribunal n'était donc pas saisi pendant les préliminaires de conciliation, au moment où les mesures provisoires ont été prises ? Or, comment veut-on que le défendeur oppose l'incompétence d'un tribunal devant lequel il n'est pas encore appelé ?

Concluons donc : 1^o quel époux défendeur qui, depuis la requête et même après sa comparution devant le président, a changé de domicile, doit être assigné devant le tribunal de son nouveau domicile ; 2^o qu'alors même qu'il aurait comparu devant le président en conciliation, il peut, sur l'assignation, opposer l'incompétence, non pas du juge conciliateur, — car, à cet égard, il est forclos, — mais du tribunal qui n'a jamais été ou qui n'est plus celui de son domicile.

167 bis. — Si le juge conciliateur, comme nous le croyons, agit, non pas en vertu d'une délégation du tribunal et comme son représentant, mais en vertu d'attributions spéciales qui lui sont conférées par la loi, il s'ensuit qu'il est juge de l'exception d'incompétence soulevée devant lui. Le juge conciliateur ayant une juridiction indépendante de celle du tribunal, il lui appartient de statuer sur sa propre compétence, comme le fera le tribunal lui-même si le déclinatoire est soulevé devant lui.

Mais dans le système qui veut que le défendeur en divorce soit forlos dans son exception d'incompétence pour ne l'avoir pas opposée en conciliation devant le président, la question s'est élevée de savoir si le juge conciliateur a le droit de statuer sur le bien fondé de l'exception d'incompétence qui serait soulevée devant lui. La question ne nous paraît pas pouvoir faire doute. Dès l'instant, en effet, que le juge conciliateur est considéré comme le délégué et le représentant du tribunal, sa compétence se rattache intimement à celle du tribunal et se confond en quelque sorte avec elle ; et la compétence du juge conciliateur dépendant de celle du tribunal, c'est évidemment au tribunal à statuer sur sa propre compétence. La solution contraire donnerait lieu aux plus grands inconvénients. Comme le dit fort justement M. Appleton (*Journal du Palais*, 1892, 2, 2, note) : « Si le président tranchait la question de compétence, il en résulterait que le tribunal, lui, n'aurait jamais à apprécier sa propre compétence. En effet, si le défendeur n'interjetait pas appel de l'ordonnance par laquelle le président aurait affirmé sa compétence, il y acquiescerait et se rendrait ainsi non recevable à soulever son exception devant le tribunal. S'il en portait appel, au contraire, et que la cour confirmât, il y aurait chose jugée et le tribunal ne pourrait plus se déclarer incompétent sans porter atteinte à la chose jugée par l'arrêt de la cour. Si la cour avait infirmé, le tribunal ne pourrait pas davantage se déclarer ensuite compétent sans aller à l'encontre de la chose jugée » (Lyon, 17 mars 1891, *Journal du Palais*, 1892, 2, 1).

Dans ce système, le juge conciliateur devra donc se borner à donner acte au défendeur de ses conclusions en incompétence et renvoyer les parties devant le tribunal pour être statué sur l'exception, en indiquant le jour de la comparution. Toutefois il aurait qualité pour prendre les mesures provisoires que les circonstances

et l'urgence comportent et qui ne pourraient être retardées sans péril, telles que les mesures concernant la résidence de l'époux demandeur, la garde provisoire des enfants, la demande d'aliments, etc. Il est vrai que ces mesures pourront ainsi avoir été ordonnées par un juge incompétent à raison du domicile du défendeur ; mais peu importe. Il en est ici comme en matière de référés : le juge compétent est celui du lieu, s'il y a urgence, et non pas seulement le président du tribunal qui serait compétent pour connaître du fond de l'affaire. — Mais nous croyons que le président, dont la compétence est contestée, n'aurait qualité ni pour tenter la conciliation ni pour donner au demandeur le permis d'assigner. S'il peut, en effet, ordonner les mesures provisoires, c'est uniquement comme juge des référés et en raison de l'urgence, par application des articles 806 et suivants du Code de procédure civile. Le président ne saurait aller au delà sans préjuger la question de compétence qui doit être réservée tout entière au tribunal.

168. — Le tribunal compétent pour connaître de la demande en divorce est, comme nous l'avons dit (*Suprà*, n° 166), celui du domicile du mari : c'est l'application du principe général en matière de compétence. Ce principe nous amène à décider que lorsqu'il s'agira, non plus d'une demande directe en divorce, mais d'une demande en conversion de séparation de corps en divorce, cette demande devra être portée devant le tribunal du domicile du défendeur (Trib. de Versailles, 28 août 1884, Sirey, 1885, 2, 201 ; Orléans, 5 mars 1885, Sirey, 1885, 2, 65) ; et comme les époux séparés ont un domicile distinct, c'est donc le tribunal du domicile de la femme qui connaîtra de la demande en conversion formée par le mari.

Le projet primitif soumis au Sénat et qui est devenu la loi du 27 juillet 1884, voulait que le jugement de

conversion fût prononcé par le tribunal qui avait connu de la demande en séparation de corps. Il semblait, en effet, que, mieux que tout autre, ce tribunal aurait été à même d'apprécier la véritable situation des époux. Mais la commission en décida autrement. « Nous n'avons pas maintenu, disait le rapporteur, l'obligation de porter la question devant le tribunal qui a connu la première affaire, d'abord parce que le second procès, venant plusieurs années après le premier, ne serait que rarement jugé par les mêmes magistrats ; puis nous avons reconnu que cette obligation pour les parties d'aller plaider loin de leur domicile pouvait avoir pour elles bien des inconvénients. Nous avons cru préférable de maintenir le droit commun ; donc le tribunal compétent sera celui du défendeur » (Sénat, séance du 24 juin 1884).

SECTION II. — Des mesures provisoires et conservatoires.

169. — La demande en divorce peut donner lieu à des mesures provisoires ou conservatoires destinées à sauvegarder les intérêts que cette demande met en jeu. Ces mesures concernent :

- 1° La personne des époux et des enfants ;
- 2° Les intérêts pécuniaires des époux.

§ 1^{er}. — *De la personne des époux et des enfants.*

170. — La première mesure qui s'impose dans l'intérêt personnel des époux est évidemment la fixation d'une résidence séparée. Il ne faut pas, en effet, laisser dans l'intimité du foyer ces deux conjoints qui sont devenus des adversaires. La vie commune était déjà insupportable avant la présentation de la requête en di-

vorcée, que sera-t-elle après ? C'est pourquoi la loi permet au président, en répondant à la requête en divorce et en ordonnant la comparution personnelle des époux, d'autoriser le demandeur à résider séparément. Telle est la disposition de l'article 236 :

« Le juge peut, par l'ordonnance permettant de citer, autoriser l'époux demandeur à résider séparément, en indiquant, s'il s'agit de la femme, le lieu de la résidence provisoire. »

Par l'ordonnance permettant de citer..... Il y a là évidemment un vice de rédaction. L'ordonnance qui permet de citer est la seconde ordonnance rendue par le président et par laquelle ce magistrat constate la non conciliation ou le défaut et autorise le demandeur à assigner. Or, l'ordonnance, que vise l'article 236, est la première ordonnance du président, celle mise au bas de la requête en divorce. Par cette ordonnance, le président n'autorise pas le demandeur à citer, il ordonne la comparution des époux. Et c'est bien la première ordonnance que vise l'article 236 ; il ne peut y avoir de doute à cet égard, puisque l'article 238 dispose qu'en cas de non conciliation ou de défaut, le président rend une ordonnance autorisant le demandeur à assigner et statuant à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence de l'époux demandeur.

171. — Aux termes de l'article 878 du Code de procédure civile, qui statue en matière de séparation de corps, le président autorise la femme « à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties seront convenues ou qu'il indiquera d'office ». Ainsi les deux époux qui plaident en séparation de corps peuvent se mettre d'accord sur la résidence de la femme. Cette disposition n'a pas été reproduite par notre article 236, mais il est évident qu'il n'y a pas de raison pour ne pas l'appliquer en matière de divorce (Cass., 6 février 1889, Dalloz, 1890, 1, 169). Dans ce cas, le rôle

du président se bornera à donner aux époux acte de leur accord.

172. — A prendre à la lettre l'article 236, il semblerait que le juge peut autoriser ou refuser la résidence séparée que requiert l'époux demandeur. Il n'en est rien ; dès qu'elle est demandée, la résidence séparée doit être autorisée. D'une part, en effet, il importe que l'époux ne reste point exposé aux violences de son conjoint ; d'autre part, il est nécessaire qu'il ait un domicile distinct pour qu'il puisse y préparer et conduire librement son action.

La rédaction de l'article 236 s'explique historiquement. Aux termes de l'ancien article 268 du Code civil, c'était le tribunal qui statuait sur la résidence provisoire de la femme. La loi du 18 avril 1886 a conféré ce droit au président et c'est pour bien marquer ce changement que l'article 236 dispose que le juge *peut*, c'est-à-dire a le droit, qu'il n'avait pas sous l'ancienne législation, d'autoriser le demandeur à résider séparément. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute à cet égard : « Il a paru nécessaire, — lisons-nous dans le rapport de M. Labiche, au Sénat, — de donner au juge la faculté de statuer, *même par cette première ordonnance*, sur la résidence séparée de l'époux demandeur. »

173. — L'article 236, en permettant à l'époux demandeur de réclamer une résidence séparée, ne fait aucune distinction entre le mari et la femme. Donc, si c'est le mari qui est demandeur, il peut demander que la femme soit tenue de quitter le domicile conjugal et d'aller résider ailleurs ; si c'est la femme, elle peut être autorisée à quitter ce domicile et à se retirer dans une autre maison.

Mais, dans les deux cas, le président doit désigner à la femme sa résidence provisoire. L'article 236 est for-

mel. L'utilité de cette désignation est évidente, puisque, tant que le mariage subsiste, le mari conserve la puissance maritale et, par suite, le droit et le devoir de surveiller sa femme.

174. — Remarquons qu'en ce qui concerne cette désignation de la résidence provisoire de la femme, l'article 236 ne limite en aucune façon le pouvoir du juge et s'en remet complètement à son appréciation.

Il résulte de là que si, autant que possible, la résidence de la femme doit être fixée dans l'arrondissement habité par le mari, de manière à faciliter la surveillance de celui-ci, rien ne s'oppose à ce que, suivant les circonstances, la femme soit autorisée à sortir de l'arrondissement, si, par exemple, ses parents, chez lesquels elle veut se retirer, habitent hors de l'arrondissement (Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 456 ; Dalloz, *V° Sép. de corps*, n° 136).

175. — Le président pourrait même autoriser la femme à demeurer dans le domicile conjugal et enjoindre au mari de le quitter. Cette mesure évidemment doit demeurer exceptionnelle, mais elle peut être prise toutes les fois que l'intérêt de la femme ou de la famille la rend nécessaire.

Il en sera ainsi, par exemple, lorsque le domicile conjugal est le siège d'un établissement de commerce géré par la femme. » Cette femme, dit M. Demolombe, fait le commerce ; elle le faisait même déjà avant son mariage, et c'est son mari qui est ainsi venu chez elle ; ou bien elle ne l'a commencé, si vous le voulez, que depuis le mariage ; mais c'est elle qui le gère, elle même, elle seule ; elle est modiste ou lingère. Voulez-vous enlever cette femme à son comptoir et laisser là son mari ? Cela revient à dire : voulez-vous détruire ce commerce, ruiner la famille et les enfants, et peut-être aussi le mari lui-même ? Je n'hésite donc pas à croire

que le président a le pouvoir d'ordonner provisoirement l'expulsion dans ce cas et autres semblables, comme si encore, par exemple, la femme victime des brutalités du mari est dans un tel état de faiblesse qu'elle ne peut pas être transportée ailleurs » (*Tr. du mar.*, t. II, n° 457 ; Dalloz, V° *Sép. de corps*, n° 141 ; Aubry et Rau, t. V, p. 194 ; Douai, 6 avril 1853, Sirey, 1855, 2, 714 ; Paris, 21 janvier 1857, Sirey, 1857, 2, 257 ; Colmar, 23 mai 1860, Sirey, 1860, 2, 488 ; Cass., 18 janvier 1892, Dalloz, 1892, 1, 124).

La cour de Paris a fait de ce principe une judicieuse application : « Considérant que le droit du mari, défendeur à la séparation, de conserver le domicile conjugal, comme chef de la communauté, n'a rien d'absolu et que, selon la situation respective des époux et l'intérêt de la famille, ce domicile peut être abandonné à la femme ; — Considérant en fait que Petit est ouvrier serrurier travaillant dans les ateliers d'autrui ; qu'il n'a au domicile conjugal aucun établissement professionnel ; que sa résidence dans un garni, pendant le cours du procès, ne présente pas les dangers et les inconvénients qu'elle offrirait pour la dame Petit et le jeune enfant confié à sa garde ; que d'ailleurs Petit a dans son travail des moyens d'existence ; que cette ressource fait défaut à la femme Petit ; qu'elle est surtout hors d'état de répondre aux charges d'un loyer et de l'installation d'un ménage pour elle et pour son enfant ; que de plus, elle est propriétaire de l'immeuble dans lequel se trouve le domicile conjugal, circonstance qui, si elle n'est pas décisive quand elle est isolée, vient cependant à l'appui des autres raisons qui militent en faveur du maintien de la mère de famille dans ce domicile... » Arrêt du 1^{er} février 1864, Sirey, 1865, 2, 96).

176. — Il va sans dire que, lorsque la femme est ainsi maintenue dans le domicile conjugal, le président

n'a pas à assigner au mari une résidence déterminée. L'article 236 n'exige cette indication que pour le cas où c'est la femme qui quitte le domicile conjugal. Quand il s'agit du mari, en effet, le motif sur lequel est basée la disposition de la loi n'existe plus.

177. — La femme est tenue de conserver la résidence qui lui a été assignée par l'ordonnance du président, et elle doit en justifier toutes les fois qu'elle en est requise. C'est la disposition de l'article 241 :

« La femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée toutes les fois qu'elle en est requise ; à défaut de cette justification, le mari peut refuser la pension alimentaire et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites. »

178. — Il résulte des termes formels de l'article 241 que la fin de non-recevoir qu'il édicte, en cas d'abandon par la femme demanderesse de la résidence à elle assignée, ne peut s'appliquer qu'à la *continuation des poursuites*, et non à l'action elle-même. L'action en divorce n'est pas éteinte ; seule la procédure ne peut pas être continuée ; comme le dit M. Laurent, c'est un refus d'audience. Mais les poursuites peuvent être reprises lorsque la situation de la femme, au regard de l'obligation qui lui incombe, a été régularisée (Trib. de la Seine, 28 janvier 1886, *Gazette du Palais*, 1886, p. 474).

17. — Ajoutons que cette fin de non-recevoir n'est pas absolue. L'article 241 édicte une déchéance purement facultative : le mari *peut* faire déclarer la femme non recevable à continuer ses poursuites et refuser la pension alimentaire. C'est qu'il se peut que la femme ait des motifs légitimes pour quitter sa résidence. Il appartient aux juges de décider, en s'inspirant des circonstances, si l'abandon par la femme de sa résidence

est réellement coupable et de nature à entraîner contre elle la déchéance écrite dans la loi (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 239; Agen, 14 mars 1865, Sirey, 1865, 2, 131; Cass., 29 juillet 1868, Sirey, 1868, 1, 402; Paris, 12 juillet 1870, Sirey, 1870, 2, 268; Cass., 25 juin 1889, Dalloz, 1890, 1, 420).

Les tribunaux apprécieront les excuses de la femme, et, s'ils les trouvent légitimes, ils pourront lui accorder un délai, soit pour réintégrer le domicile qu'elle a quitté, soit pour solliciter l'indication d'une nouvelle demeure.

180. — L'ordonnance du président, qui ordonne la comparution des parties et statue sur la résidence de l'époux demandeur, est-elle susceptible d'appel?

La négative nous paraît certaine. La seule ordonnance que la loi déclare susceptible d'appel est celle par laquelle le président constate la non-conciliation et donne à l'époux demandeur l'autorisation d'assigner (art. 238, § 3). Donc la première ordonnance, celle rendue sur la requête en divorce, ne peut être frappée d'appel. C'est, qu'en effet, cette ordonnance appartient à la juridiction gracieuse; elle intervient en présence du demandeur seul, sans qu'il y ait une contestation possible entre les époux, et, par suite, elle ne constitue pas une décision contentieuse. Sans doute, le président statue sur la résidence de l'époux demandeur; il est tenu d'assigner à la femme demanderesse ou défenderesse la maison où elle devra se retirer, et on comprend que le mari puisse avoir intérêt à contester cette assignation. Mais, malgré cet intérêt, la loi n'a pas cru devoir permettre l'appel, et cela par l'excellente raison que l'appel eût été inutile; les époux vont se retrouver devant le président qui a le droit de statuer à nouveau sur la résidence; il pourra alors y avoir débat et la seconde ordonnance sera susceptible d'appel.

181. — Toutefois, il est évident que, si la première ordonnance, rendue sur la requête en divorce, est discrétionnaire et n'est pas susceptible d'appel, c'est à la condition de rester dans les termes prévus par la loi. Mais si le président refusait d'ordonner la comparution des parties ou de statuer sur la résidence de l'époux demandeur ou encore d'assigner à la femme un domicile provisoire, il sortirait de son rôle, il commettrait un véritable excès de pouvoirs, et, à ce titre, il est incontestable que son ordonnance pourrait être frappée d'appel.

182. — La seule mesure provisoire que le président puisse prendre dans sa première ordonnance est relative à la résidence séparée de l'époux demandeur et à l'indication pour la femme d'un domicile déterminé. Mais, lorsque les époux, en suite de cette première ordonnance, comparaissent devant lui, lorsqu'ils peuvent débattre leurs intérêts respectifs, les pouvoirs du président prennent une plus grande étendue. Ces pouvoirs sont définis par le paragraphe 2 de l'article 238, ainsi conçu :

« Le juge statue à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence de l'époux demandeur, sur la garde provisoire des enfants, sur la remise des effets personnels et il a la faculté de statuer également, s'il y a lieu, sur la demande d'aliments. »

Sous l'empire du Code civil, ces mesures étaient de la compétence du tribunal (art. 267, 268). La loi du 18 avril 1886 les attribue au président. Edicter l'obligation de porter les mesures provisoires devant le tribunal, c'était, en effet, précipiter l'action en divorce, alors qu'il peut rester des chances de conciliation. Il ne fallait pas qu'à propos de mesures qui, quoique nécessaires, ne sont, en somme, que d'un intérêt secondaire, on obligeât les parties à aller plaider sur la question principale qui peut-être ne serait jamais née. D'un au-

tre côté, obliger les époux à s'adresser au tribunal, à attendre sa décision, c'était, indépendamment des frais, faire perdre un temps précieux. Il est vrai qu'en cas d'urgence et pour éviter un mal irréparable, les époux auraient peut-être pu se pourvoir par voie de référé. Mais est-ce que les parties, devant le président du tribunal, ne sont pas précisément devant le juge ordinaire des référés ?

183. — 1^o Le juge, dit l'article 238, § 2, statue à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence de l'époux demandeur. — Il se peut, en effet, que les circonstances qui ont déterminé la première décision du président, aient changé et qu'il y ait lieu de la modifier. Il se peut que le mari défendeur, par exemple, qui n'a pas été entendu lors de la première ordonnance, soit fondé à demander la désignation pour sa femme d'une autre résidence. Le juge entendra les explications réciproques des époux et statuera à nouveau, s'il y a lieu.

184. — 2^o Le juge statue sur la garde provisoire des enfants. — Aux termes de l'ancien article 267 du Code civil, l'administration provisoire des enfants devait rester au mari, qu'il fût demandeur ou défendeur en divorce, à moins, toutefois, qu'il n'en fût autrement décidé par le tribunal sur la demande, soit de la mère, soit de la famille ou du ministère public, pour le plus grand avantage des enfants. La loi du 18 avril 1886 n'a pas reproduit la disposition de l'ancien article 267, et l'article 238, § 2, se borne à dire que le juge statuera sur la garde provisoire des enfants.

Toutefois, aujourd'hui encore, les enfants doivent, en règle générale, rester au mari, car la disposition de l'ancien article 267 n'était, à cet égard, que l'application du droit commun (art. 373). Et il doit en être ainsi alors même que le mari serait défendeur en divorce. Il ne saurait suffire, en effet, d'une demande formée

peut-être injustement par la femme, pour dépouiller le mari de l'exercice de la puissance paternelle. Mais à cette règle, une exception peut être faite, si l'intérêt des enfants l'exige, et cela sans distinguer si le mari est demandeur ou défendeur. Il est évident qu'on ne saurait enlever à la mère défenderesse l'enfant qu'elle allaite, pas plus qu'on ne saurait laisser d'innocentes jeunes filles au mari dont l'inconduite a provoqué la demande en divorce.

185. — L'article 238, § 2, ne détermine pas les mesures que le président devra prendre dans l'intérêt des enfants ; la loi s'en est rapportée, à cet égard, à sa sagesse et à son expérience. Le magistrat s'inspirera des circonstances ; il prendra en considération l'âge des enfants, la cause de la demande ; il pourra les confier, soit à la mère, soit au père, comme aussi les partager entre eux. Il pourrait même ordonner qu'ils seront confiés à une tierce personne. L'article 238, en effet, ne dit pas que les enfants resteront au père ou seront remis à la mère ; cet article est conçu en termes très vagues : le juge statue sur la garde provisoire des enfants. Ce que le magistrat a à rechercher, c'est le plus grand avantage des enfants et c'est cet avantage qui doit le décider dans son choix. C'est ainsi qu'il pourrait ordonner que les enfants seront remis aux grands parents ou placés dans une maison d'éducation.

186. — 3° Le juge statue sur la remise des effets personnels. — La loi ne fait aucune distinction entre la femme et le mari. En règle générale, c'est la femme qui quitte le domicile conjugal et c'est elle qui, le plus souvent, réclamera la remise de ses effets personnels. Mais il se peut que la femme, dans le cas, par exemple, où elle exerce une industrie ou un commerce dans la maison conjugale, soit autorisée à demeurer dans cette maison et qu'il soit enjoint au mari d'en sortir (*Suprà*,

n° 175) ; c'est alors le mari qui demandera la remise de ses effets.

187. — Quels sont les effets dont le président peut ordonner la remise ? — En matière de séparation de corps, l'article 878 du Code de procédure disait que le président ordonnera de remettre à la femme les effets à son usage *journalier*. La disposition de notre article 238 est plus large : le juge statue sur la remise des effets *personnels*. Les pouvoirs du juge ne sont donc pas limités. Il suffit que les effets soient *personnels* à l'époux, c'est-à-dire à son usage, mais il importe peu qu'ils soient ou non, pour cet époux, d'un usage *journalier*. Ainsi le juge pourra accorder à la femme, non seulement ses hardes et son lit, non seulement des objets nécessaires à l'exercice de sa profession, comme un piano, une machine à coudre, des costumes, mais encore des objets de toilette et de luxe, ses bijoux, sa parure, etc.

188. — 4° Enfin le juge a la faculté de statuer également, s'il y a lieu, sur la demande d'aliments. — Il était urgent, en effet, de pourvoir aux besoins des époux.

Ici encore la loi ne fait aucune distinction entre le mari et la femme : les époux ne se doivent-ils pas *mutuellement* secours et assistance (art. 212) ?

189. — Le juge statue, *s'il y a lieu*, c'est-à-dire si l'époux, qui demande une provision alimentaire, n'a pas de ressources personnelles suffisantes et si son conjoint est en état de la lui fournir, car ce n'est qu'à cette double condition que l'obligation de fournir des aliments existe.

Si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, la femme n'a aucun revenu, puisque le mari a la jouissance même des biens personnels de la femme, et il en est de même dans le cas où les époux

sont mariés sous le régime exclusif de la communauté ou sous le régime dotal, alors que la femme n'a pas de paraphernaux ; le mari devra donc lui fournir des aliments. Mais les aliments ne seraient plus dus, si la femme, séparée de biens ou mariée sous le régime dotal avec des biens paraphernaux, avait des revenus suffisants pour subvenir à ses besoins (Duranton, *Cours de droit civil français*, t. II, n° 595 ; Demolombe, *Cours de droit civil*, t. IV, n° 458 ; Aubry et Rau, *Cours de Code civil français*, 4^e édition, t. V, p. 195).

L'obligation pour le mari de subvenir aux besoins de la femme n'est donc que subsidiaire. Il résulte de là que si la femme a des ressources éventuelles, si elle a, par exemple, un émolument à toucher dans la liquidation de la communauté, le mari aura le droit de se rembourser sur cet émolument de la provision qu'il a payée à sa femme et qui n'a été pour lui qu'une avance (Cass., 22 juillet 1889, Dalloz, 1890, 1, 424).

190. — La provision alimentaire comprend les frais de nourriture et d'entretien.

Mais quelle doit être son étendue ? — Il faut appliquer ici les principes généraux qui règlent la dette alimentaire (art. 208). La provision doit être proportionnée aux ressources de l'époux qui en est tenu et aux besoins de celui qui la réclame, et ces besoins, évidemment, varient suivant la position sociale et les dépenses auxquelles l'époux avait été habitué, en raison de la fortune de son conjoint (Dalloz, *V° Sép. de corps*, n° 152).

191. — La provision alimentaire n'est due qu'autant que les époux ont un domicile distinct. Si la femme, par exemple, n'a pas quitté la maison conjugale, elle y reçoit des aliments et partant elle ne pourrait réclamer de pension alimentaire proprement dite, à moins toutefois que le mari lui refusât les sommes

nécessaires à ses besoins (Dalloz, V^o *Sép. de corps*, n^o 148).

www.libtool.com.cn
192. — Le mari peut refuser à sa femme le paiement de la pension alimentaire, si la femme cesse de résider dans la maison qui lui a été assignée (art. 241). Mais cette déchéance, comme nous l'avons vu (*Suprà*, n^o 179), est purement facultative ; il appartient aux magistrats d'apprécier les motifs pour lesquels la femme a quitté sa résidence.

193. — L'époux, qui n'a pas de ressources personnelles, a droit non seulement à des aliments, mais encore à une provision *ad litem* ; il faut qu'il puisse faire face aux frais du procès.

Mais ce n'est pas le président qui statue sur les demandes en provision *ad litem* ; ces demandes, aux termes de l'article 240, § 2, doivent être portées devant le tribunal. C'est, qu'en effet, le plus souvent, il n'y a là rien d'urgent et l'époux peut, sans inconvénients, attendre que le tribunal soit saisi. Toutefois, nous croyons que s'il y avait urgence, le président pourrait, comme juge des référés et par application de l'article 806 du Code de procédure, statuer sur une demande de provision *ad litem* (Dalloz, V^o *Sép. de corps*, n^o 153).

194. — L'ordonnance du président, qui statue sur la résidence de l'époux demandeur, sur la garde provisoire des enfants, sur la remise des effets personnels et sur la demande d'aliments, est exécutoire par provision et susceptible d'appel. C'est la disposition du paragraphe 3 de l'article 238 :

« Cette ordonnance est exécutoire par provision ; elle est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 du Code de procédure. »

Elle est exécutoire par provision, parce que les mesures qu'elle prescrit, en raison même de l'urgence, doivent être exécutées immédiatement, sur l'heure ;

elle est susceptible d'appel, parce qu'elle constitue une véritable décision contentieuse.

195. — L'appel, qui est porté devant la cour, doit être interjeté dans les délais fixés par l'article 809 du Code de procédure. Il peut donc être interjeté, même avant le délai de la huitaine à dater de l'ordonnance, mais il ne serait plus recevable, s'il était interjeté après la quinzaine à dater du jour de la signification de cette ordonnance.

La loi assimile ainsi cette ordonnance aux ordonnances sur référés. D'où la conséquence que, si elle était par défaut, elle ne serait pas susceptible d'opposition (art. 809, C. pr.).

196. — Il se peut que les mesures prescrites par le président aient besoin d'être modifiées ou complétées. La femme est obligée de changer de domicile ; les enfants ont grandi, ou ils sont malades, ou les établissements, choisis tout d'abord, ne conviennent plus ; les époux ont un droit de sortie ou de visite dont ils abusent ; la pension alimentaire n'est plus nécessaire ou doit être augmentée, etc. — Quelle sera l'autorité compétente pour statuer sur les nouvelles mesures à prendre ?

La question doit se résoudre par une distinction.

Si le tribunal n'est pas encore saisi de la demande en divorce, c'est au président, jugeant en référé, qu'il appartient de statuer. L'article 806 du Code de procédure, en effet, confère au juge des référés une compétence générale et absolue pour tous les cas d'urgence, et il n'y a pas de raison, en l'absence d'un texte contraire, pour refuser d'appliquer cette disposition aux mesures provisoires et urgentes que nécessite la demande en divorce.

Si le tribunal est saisi, c'est, en principe, au tribunal lui-même que les parties doivent s'adresser. Telle est

la disposition des articles 238, § 5 et 240, ainsi conçus :

ART. 238, § 5 : « Lorsque le tribunal est saisi, les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complétées, au cours de l'instance, par jugement du tribunal, sans préjudice du droit qu'a toujours le juge de statuer, en tout état de cause, en référé, sur la résidence de la femme ».

ART. 240 : « Le tribunal peut, soit sur la demande de l'une des parties intéressées, soit sur celle de l'un des membres de la famille, soit sur les réquisitions du ministère public, soit même d'office, ordonner toutes les mesures provisoires qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants.

« Il statue aussi sur les demandes relatives aux aliments pour la durée de l'instance, sur les provisions et sur toutes les autres mesures urgentes. »

197. — Ainsi, c'est le tribunal, lorsqu'il est saisi de la demande en divorce, qui prescrit les mesures provisoires ; « sans préjudice, dit l'article 238, du droit qu'a toujours le juge de statuer, en tout état de cause, en référé, sur la résidence de la femme. »

Mais le juge ne pourrait-il pas, en référé, statuer sur d'autres mesures que celle relative à la résidence de la femme, et par exemple, sur la garde des enfants ? Il peut y avoir, dans certains cas, une véritable urgence à retirer à l'époux les enfants qui lui avaient été tout d'abord confiés, et, avant la loi du 18 avril 1886, il était de jurisprudence et de doctrine que le président, comme juge des référés, en cas d'urgence, alors même que le tribunal était saisi, pouvait prononcer incidemment sur les questions relatives, non-seulement à la résidence de la femme, mais encore à la garde des enfants (Grenoble, 2 mai 1864, Sirey, 1864, 2, 296 ; Orléans, 4^{er} mai 1864, Sirey, 1870, 2, 13).

Doit-il en être encore ainsi aujourd'hui ? — Nous ne

le pensons pas. Aux termes de l'article 806 du Code de procédure, il appartient bien au juge des référés de statuer provisoirement, en cas d'urgence ; mais ce principe général de compétence ne doit être appliqué qu'autant qu'il n'y a pas été formellement dérogé par la loi (Cass., 15 juillet 1879, Sirey, 1880, 1, 97). Or, c'est précisément une exception à ce principe que consacre l'article 238. L'article 238, en effet, dans sa première partie, pose une règle générale : c'est le tribunal, lorsqu'il est saisi de la demande en divorce, qui modifie ou complète les mesures prescrites par le juge. A cette règle l'article 238, dans sa seconde partie, apporte une dérogation dans un cas spécial, pour un seul cas, lorsqu'il s'agit de la résidence de la femme : le juge, en référé, et bien que le tribunal soit saisi, peut statuer sur cette résidence. Mais les exceptions sont de droit étroit et ne peuvent être étendues d'un cas à un autre. Donc, toutes les fois qu'il ne s'agira pas de la résidence de la femme, on retombera dans la règle générale ; c'est au tribunal qu'il appartiendra de statuer. Et il importe peu qu'il y ait urgence ; l'urgence, dans le système de la loi, n'est pas une raison suffisante pour donner compétence au juge des référés, et la preuve, c'est que l'article 240 décide en termes formels que le tribunal statue « sur toutes les autres mesures urgentes » (Huc, *Commentaire du Code civil*, t. 2, n° 329 ; — Contrà Carpentier, *La loi du 18 avril 1886*, n° 77 ; Depeiges, *De la Procédure du divorce*, n° 78).

198. — Quand il s'agit des mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants, aux termes de l'ancien article 267, le tribunal ne pouvait statuer que sur la demande soit des père et mère, soit de la famille, c'est-à-dire du conseil de famille, soit du ministère public. La loi du 18 avril 1886 est allée plus loin. L'article 240, d'une part, donne au tribunal le droit de statuer même d'office ; d'autre part, il permet, non seulement aux parents

constitués en conseil de famille, mais encore à un membre, de la famille, pris individuellement et à n'importe quel degré, de requérir les mesures que l'intérêt des enfants rendra nécessaires.

199. — L'article 238, § 3, déclare susceptible d'appel l'ordonnance du président qui a statué sur les mesures provisoires ; le même article 238, § 5, dispose que, lorsque le tribunal est saisi de la demande au fond, c'est à lui qu'il appartient de modifier ou compléter les mesures ordonnées par le juge. Du rapprochement de ces deux dispositions est née la question de savoir, d'une part, si, le tribunal étant saisi, il peut encore être interjeté appel de l'ordonnance du président, et, d'autre part, si l'introduction de la demande principale en divorce met obstacle à ce que la cour déjà saisie de l'appel de l'ordonnance, puisse prononcer sur cet appel.

Cette question a divisé la jurisprudence.

Dans un premier système on soutient que dès que le tribunal est saisi, l'appel de l'ordonnance du président manque d'intérêt, puisqu'à partir de ce moment toutes les mesures prescrites par le juge peuvent être changées par le tribunal ; que dès lors la cour doit ou se dessaisir ou repousser l'appel par une fin de non-recevoir, suivant que cet appel est formé avant ou après l'assignation au principal. C'est devant le tribunal que les époux doivent alors porter leurs demandes en modification des mesures provisoirement prises par le juge (Paris, 15 juin 1888, Dalloz, 1888, 2, 242 ; Paris, 10 janvier 1889, Dalloz, 1890, 2, 333).

Ce système nous paraît faire une confusion entre deux situations bien distinctes et qui doivent se régler par des principes différents.

La première hypothèse est celle où les époux n'acceptent pas les mesures prescrites par le président. Le mari, par exemple, trouve que le juge a assigné à sa

femme une résidence qui ne lui convient pas, que les enfants n'auraient pas dû être placés dans l'établissement choisi, que la pension alimentaire accordée est trop élevée, etc. Dans ce cas, l'appel de l'ordonnance du président, qu'il soit interjeté avant ou après l'assignation au principal, doit être examiné et jugé par la cour. La cour décidera sur ce qui existait à l'heure où le président a statué. Il est évident, en effet, que lorsque la situation des époux est restée la même qu'au jour de l'ordonnance, lorsque l'un d'eux demande une modification aux mesures ordonnées et la demande sans se prévaloir des nécessités d'une situation nouvelle qui pourraient la justifier, il ne saurait appartenir au tribunal de statuer sur cette demande. La décision du président à cet égard constitue une véritable ordonnance sur référé et le tribunal n'est pas juge d'appel des ordonnances de son président ; c'est devant la cour seule que peut être porté cet appel. Donner au tribunal le pouvoir de modifier dans cette première hypothèse les mesures édictées par le président, ce serait violer les principes élémentaires qui régissent l'ordre des divers degrés de juridiction.

Les époux, au contraire, — c'est la seconde hypothèse, — acceptent les mesures prescrites par l'ordonnance ; mais les circonstances qui justifiaient ces mesures au moment où elles ont été prises, se sont modifiées, et cela arrivera souvent, car les instances en divorce peuvent durer longtemps. La femme, par exemple, est obligée de changer de résidence ; l'enfant placé dans un établissement d'éducation est malade ou a terminé ses études ; le père ou la mère abuse du droit de visite qui lui a été accordé, etc.. Des mesures nouvelles s'imposent. — Dans ce cas, c'est au tribunal saisi de l'instance principale que les époux devront s'adresser ; c'est pour ce cas seul qu'est faite la disposition de l'article 238, § 5. Tant que le tribunal n'est pas saisi, il ap-

partient au président de modifier ou compléter les mesures par lui prises en raison de circonstances nouvelles : dès que le tribunal est saisi, les pouvoirs du président cessent et c'est le tribunal qui s'en trouve investi. L'article 238, § 5, ne veut pas dire autre chose.

En résumé, la cour et le tribunal statuent sur des situations différentes. La situation est-elle restée ce qu'elle était au jour de l'ordonnance ? L'époux mécontent des mesures prescrites, pourra porter ses griefs devant la cour, alors même que le tribunal serait déjà saisi de la demande principale ; et si l'appel est interjeté avant l'assignation, cette assignation ne dessaisira pas la cour ; l'instance d'appel devra être vidée, la cour décidera en se reportant au jour de l'ordonnance. La situation, au contraire, s'est-elle modifiée ? C'est alors au tribunal seul, saisi de la demande principale, qu'il appartiendra de prendre les mesures nouvelles que cette situation nouvelle comporte (Paris, 11 mars 1890, Dalloz, 1890, 2, 333 ; Paris, 29 avril 1890 et 20 décembre 1890, Dalloz, 1891, 2, 343 ; Riom, 21 décembre 1891, *Journal du Palais*, 1892, 2, 4, Cass., 29 juin 1892, *France judiciaire*, XV, 2, 330).

200. — Le droit de faire appel de l'ordonnance qui prescrit les mesures provisoires appartient respectivement aux deux époux. Mais l'époux demandeur est à cet égard dans une situation toute particulière. Lorsque l'époux demandeur, mécontent des mesures prescrites à son profit, fait appel de l'ordonnance, son appel ne peut sortir à effet que s'il a usé dans le délai de vingt jours imparti par l'article 238, § 7, de la permission de citer qui lui a été accordée. En effet, aux termes du § 8 dudit article, les mesures prescrites au profit du demandeur cessent de plein droit faute par lui d'assigner son conjoint dans les vingt jours. Or, si ces mesures cessent de plein droit, il est évident que l'appel de l'ordonnance qui les a prescrites devient sans objet

et que la cour doit s'abstenir de statuer. Et qu'on ne dise pas que l'appel a suspendu le délai fixé par la loi, car cet appel a porté, non pas sur l'autorisation sollicitée par l'époux et accordée par le président de former la demande en divorce, mais uniquement sur les mesures prescrites par l'ordonnance (Paris, 10 août 1889, Dalloz, 1890, 2, 149).

§ II. — *Des intérêts pécuniaires des époux.*

201. — Il était indispensable de garantir, pendant l'instance en divorce, les intérêts pécuniaires des époux. La loi y a pourvu tout d'abord par la disposition de l'article 242 ainsi conçu :

« L'un ou l'autre des époux peut, dès la première ordonnance et sur l'autorisation du juge donnée à la charge d'en référer, prendre, pour la garantie de ses droits, des mesures conservatoires, notamment requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté.

« Le même droit appartient à la femme même non commune pour la conservation de ceux de ses biens dont le mari a l'administration ou la jouissance.

« Les scellés sont levés à la requête de la partie la plus diligente ; les objets et valeurs sont inventoriés et prisés ; l'époux qui est en possession en est constitué gardien judiciaire, à moins qu'il n'en soit décidé autrement ».

202. — L'ancien article 270 du Code civil n'indiquait, comme mesure conservatoire pouvant être prise par la femme, que l'apposition des scellés ; et alors s'était élevée la question de savoir si la femme ne pouvait pas être autorisée à employer d'autres mesures conservatoires. La question ne peut plus s'élever au-

jourd'hui. L'article 242, en effet, ne détermine pas les mesures à prendre ; l'apposition des scellés n'est indiquée qu'à titre d'exemple. D'où la conséquence que l'époux pourrait demander à employer d'autres mesures conservatoires de nature à garantir ses droits d'une manière plus efficace.

Ainsi, la femme, par exemple, pourrait demander le dépôt à la caisse des consignations du numéraire de la communauté ; elle pourrait pratiquer des saisies-arrêts sur les valeurs appartenant à la communauté, en garantie de ses reprises ou de ses droits sur ces valeurs, etc. La loi du 18 avril 1886 a pensé qu'il n'était pas possible de laisser la femme assister, témoin impuissant, au spectacle des dilapidations et des fraudes auxquelles un mari, sans moralité et sans fortune, pourrait se livrer en prévision du succès de la demande qui lui est intentée.

203. — Mais la femme pourrait-elle provoquer la nomination d'un séquestre pour administrer durant l'instance en divorce ses biens et ceux de la communauté ?

La question est controversée.

Le droit du magistrat, a-t-on dit, quelque étendu qu'il soit, de prescrire des mesures conservatoires dans l'intérêt de la femme ne saurait aller jusqu'à dépouiller entièrement le mari de l'administration de la communauté qu'il lui appartient de par la loi. Cette administration peut être limitée, surveillée, réglementée, elle ne saurait être supprimée. C'est ainsi qu'il a été jugé avec juste raison que la femme ne peut obtenir du tribunal qu'au lieu et place du mari, un tiers soit nommé avec les pouvoirs nécessaires pour gérer et administrer la communauté. Le mari, en effet, est chef de la communauté. Il a le droit, sans le concours de sa femme, de vendre, d'aliéner, d'hypothéquer les biens communs, d'en disposer même à titre gratuit sous certaines

conditions ; et ce droit, il le conserve même pendant l'instance en divorce, puisqu'aux termes de l'article 243 du code civil, les obligations qu'il contracte à la charge de la communauté doivent être respectées, si elles ne sont pas entachées de fraude. Cette situation légale, qui tient à la constitution de la famille et dont les règles à ce point de vue ont été considérées comme d'ordre public, ne saurait être modifiée que par une disposition contraire et exceptionnelle de la loi. Or, notre article 242 autorise bien des mesures conservatoires, mesures qui sont de nature à limiter, à gêner le droit du mari, mais cet article ne va pas jusqu'à supprimer le droit lui-même (Cass., 26 mars 1889, Dalloz, 1889, 1, 444).

Ce système nous paraît être contraire au texte et à l'esprit de la loi. Comme nous l'avons dit, l'article 242 n'indique pas d'une manière limitative les mesures conservatoires que le juge peut ordonner et le mot *notamment* démontre jusqu'à l'évidence que l'apposition des scellés n'est indiqué qu'à titre d'exemple. La loi a entendu protéger de la manière la plus large les droits des époux et laisse à cet égard au juge un pouvoir absolu d'appréciation. Et qu'on ne dise pas que le mari, chef de la communauté ne saurait être dépouillé, tant que dure le mariage, du droit d'administration qui lui appartient en cette qualité. L'article 242, § 3, en autorisant le juge à constituer un tiers gardien judiciaire des meubles inventoriés ne démontre-t-il pas que le mari peut être dessaisi par justice de l'administration des biens communs, lorsque le juge estime qu'il y aurait danger à la lui laisser ? (Carpentier, *La loi du 18 avril 1886*, nos 92 et 98 ; Depeiges, *Procédure du divorce*, nos 80 et 81 ; Dijon, 11 juin 1887, *France judiciaire*, XI, 2, 325).

204. — Les mesures conservatoires dont parle l'article 242 peuvent être prises par « l'un ou l'autre des époux » ; donc, par le demandeur comme par le défen-

deur, par le mari comme par la femme. L'ancien article 270 ne parlait que de la femme, mais la jurisprudence avait étendu sa disposition au mari ; c'est cette jurisprudence que la loi du 18 avril 1886 a, avec juste raison, consacrée. Ainsi, par exemple, le mari pourrait demander, soit l'inventaire des marchandises composant le commerce que la femme a été autorisée à faire, soit le séquestre des immeubles dont le contrat de mariage laisse la jouissance à la femme.

205. — Les mesures conservatoires peuvent être prises en tout état de cause, et elles peuvent l'être même avant que l'instance soit engagée, « dès la première ordonnance » (art. 242). Mais doivent-elles être autorisées par le juge ?

Il est d'abord des mesures, qui, par leur nature même, nécessitent évidemment l'intervention du magistrat ; tels sont, par exemple, le dépôt à la caisse des consignations et le séquestre des meubles ou des immeubles ; il faut bien que le juge ordonne ce dépôt ou nomme le séquestre. Mais il est d'autres mesures qui pourraient être prises sans que le juge intervienne : telle est, par exemple, une saisie-arrêt ou l'apposition des scellés. Pour de telles mesures l'autorisation du juge est-elle nécessaire ? — Si nous nous en tenons à l'article 242, l'affirmative n'est pas douteuse : « L'un ou l'autre des époux peut, dès la première ordonnance *sur l'autorisation du juge...* ». Si nous nous reportons, au contraire, à l'article 238, § 4, nous verrons que, par le fait même de l'ordonnance qui l'autorise à assigner devant le tribunal, la femme est autorisée à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits ; d'où la conséquence que la femme, — et il doit en être ainsi du mari, — n'a pas besoin d'une autorisation spéciale pour prendre les mesures provisoires que cette conservation nécessite.

Y a-t-il contradiction entre l'article 242 et l'article

238, § 4 ? Evidemment non ; ces deux articles s'appliquent à deux situations différentes. Est-on encore dans cette phase de la procédure qui précède l'instance proprement dite, les époux, dès la première ordonnance ordonnant leur comparution devant le président pour l'essai de conciliation, peuvent prendre les mesures qui seront nécessaires pour la garantie de leurs droits, mais à la condition que ces mesures seront autorisées par le juge ; c'est l'article 242 qui s'applique. — L'essai de conciliation a-t-il échoué, l'époux demandeur a-t-il été autorisé à assigner, les époux peuvent, sans autre autorisation, faire toutes procédures pour la conservation de leurs droits ; c'est l'article 238, § 4, qui est applicable.

206. — Lorsque l'autorisation du juge est nécessaire, cette autorisation n'est donnée que « à la charge d'en référer », en cas de difficulté. Si donc la mesure ordonnée suscite des réclamations, le magistrat se resaisira de la contestation, et alors, après un débat contradictoire, par conséquent en pleine connaissance de cause, il statuera définitivement, pouvant maintenir, modifier ou même rapporter son autorisation.

La loi consacre ainsi la jurisprudence qui permet au juge d'insérer dans l'ordonnance autorisant une saisie-arrest la réserve *qu'il lui en sera référé en cas de difficultés*. C'est là, en effet, une procédure qui se recommandait par son utilité. Si la mesure autorisée n'est pas fondée ou si elle est excessive, la réclamation immédiate de l'autre époux, portée devant l'auteur de l'ordonnance, se fait entendre de suite et peut, presque sans frais, sans délai, avant que les choses soient poussées plus loin, prévenir un préjudice imminent.

207. — Parmi les mesures conservatoires que les époux peuvent prendre, l'article 242 indique l'apposition des scellés. L'un ou l'autre des époux peut requé-

rir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté.

Le même droit appartient à la femme même non commune pour la conservation de ceux de ses biens dont le mari a l'administration ou la jouissance (art. 242, § 2). La loi comble ici une lacune qui existait sous l'empire du Code civil. L'ancien article 270 n'accordait qu'à la femme commune en biens le droit de faire apposer les scellés. Et cependant, lorsque les époux sont mariés sous le régime dotal ou sous le régime exclusif de communauté, et que par suite le mari a l'administration et la jouissance des biens de la femme, celle-ci n'a-t-elle pas intérêt à faire apposer les scellés pour éviter que le mari n'aliène son mobilier ? C'est cet intérêt que l'article 242 a voulu garantir.

208. — Les scellés sont levés à la requête de la partie la plus diligente et ils ne sont levés qu'en faisant inventaire avec prisée (art. 242, § 3).

L'inventaire, remarquons-le bien, est une mesure de protection exceptionnelle qui doit se restreindre à la garantie des intérêts pécuniaires des époux et à la liquidation éventuelle de leurs droits respectifs. Il en résulte que cet inventaire ne saurait porter sur les papiers et lettres missives étrangères à ces intérêts pécuniaires et qui seraient la propriété personnelle de chacun des époux. Il en résulte encore qu'un des époux ne pourrait, sous le couvert de cette procédure conservatoire, se livrer à des perquisitions dans les papiers de son conjoint pour y chercher des révélations compromettantes et des éléments de preuve à l'appui de sa demande en divorce ou de sa défense à cette demande (Paris, 2 mars 1886, Dalloz, 1887, 2, 200).

209. — L'époux, qui est en possession des objets mis sous scellés, en est, après la levée des scellés, constitué gardien judiciaire, « à moins qu'il n'en soit décidé autre-

ment » (art. 242, § 3). Il en résulte que le juge pourrait confier la garde des objets inventoriés à l'autre époux, à celui qui n'est pas en possession ou même à un tiers; il aurait même le droit d'ordonner la vente des objets mobiliers qui ne pourraient être conservés sans perte ou sans détérioration et d'en faire consigner le prix.

210. — L'époux, constitué gardien, doit, comme tout gardien judiciaire et par application de l'article 1962 du Code civil, représenter le mobilier en nature (Paris, 26 mars 1885, Sirey, 1886, 2, 53). Il ne peut donc l'aliéner, et il en est ainsi même du mari, alors qu'il s'agit de meubles de la communauté. Toutefois il est évident que l'aliénation faite devrait être maintenue, si l'acquéreur était de bonne foi (art. 1141, 2279); dans ce cas, l'époux n'aurait à répondre que de la valeur des objets aliénés.

Le fait par l'époux de détruire ou de détourner frauduleusement les effets dont la garde lui a été confiée, constituerait le délit prévu par l'article 400, § 3, du Code pénal, et ce fait ne serait pas couvert par l'immunité de l'article 380 du même Code concernant les vols entre époux (Lyon, 10 mai 1865, Sirey, 1865, 2, 228; Cass., 12 août 1869, Sirey, 1870, 1, 47).

211. — L'époux, constitué gardien judiciaire, n'a droit, en cette qualité, à aucun émolument; il n'a que le droit de répéter les dépenses qu'il a pu faire. En effet, s'agit-il de biens de la communauté, l'époux a, dans la gestion qui lui a été confiée, un intérêt égal à celui de son conjoint (Paris, 8 avril 1869, Sirey, 1869, 2, 206). S'agit-il des biens de la femme dont le mari a l'administration et la jouissance: si c'est la femme à qui la garde en a été donnée, elle a géré sa propre chose; si c'est le mari, il n'a fait que continuer la gestion qui lui appartenait.

212. — C'est sur requête qu'est rendue l'ordonnance du juge qui autorise les mesures conservatoires.

Cette ordonnance est-elle susceptible d'appel ? -- La question doit se décider négativement. L'irrecevabilité de l'appel contre les ordonnances sur requête est un principe consacré par une jurisprudence à peu près constante, et cette jurisprudence doit recevoir ici son application.

Et, en effet, où trouverait-on la justification de cette faculté d'appel ? Ce ne serait pas évidemment dans notre article 242 qui est, sur ce point, absolument muet. Serait-ce dans l'article 442 du Code de procédure ? Mais cet article ne parle que des jugements et l'ordonnance sur requête n'est pas un jugement. Dans l'article 809 du même Code ? Mais cet article ne s'occupe que des ordonnances sur référés.

L'ordonnance, qui autorise les mesures conservatoires, appartient par sa nature même à la juridiction discrétionnaire ; elle intervient dans des cas d'extrême urgence ; elle statue sur une mesure qui, pour être efficace, doit être ordonnée sans retard et pour ainsi dire secrètement. Aussi n'y a-t-il point d'assignation qui mette en éveil l'époux dont on veut déjouer les fraudes ; le juge est saisi par une simple requête et c'est, en l'absence de l'autre partie, sans débat possible, qu'il apprécie discrétionnairement l'opportunité des mesures qu'on lui demande. Et ce débat, qu'on évite devant le président du tribunal, on le provoquerait devant la cour ? Que de temps perdu, que de frais inutilement exposés ! — Et voyez à quel résultat désastreux on arriverait si l'appel était possible en pareille matière. Cet appel évidemment serait suspensif, puisqu'aucune disposition n'ordonne l'exécution provisoire des ordonnances sur requête ; et alors, lorsqu'après un long délai, la cour aura statué, si elle confirme la mesure prescrite par le juge, cette mesure le plussouvent n'aura plus d'utilité ;

l'époux, dans l'intervalle, aura consommé la fraude qu'il préparait et le but que l'article 242 voulait atteindre sera manqué.

Mais, dira-t-on, l'ordonnance du président peut froisser des intérêts légitimes ; elle peut avoir été surprise à ce magistrat. Or, si l'époux, qui en souffre, ne peut y faire opposition, puisque l'opposition a pour but de vider un débat contradictoire qui n'a pu s'établir d'abord et que les mesures discrétionnaires sont, de leur nature, exclusives de tout débat ; s'il ne peut faire appel, puisque l'appel n'est possible que contre les décisions contentieuses, par quel moyen peut-il se pourvoir contre une ordonnance qui lui préjudicie? — La loi lui ouvre une voie aussi simple que rapide : c'est celle du référé. Aux termes de l'article 242, les mesures conservatoires ne peuvent être autorisées que sous réserve d'en référer. Les parties viendront devant le président, qui entendra leurs explications réciproques et qui, suivant les circonstances, maintiendra, modifiera ou rétractera sa première ordonnance.

Remarquons que la seconde ordonnance, qui maintient, modifie ou rapporte les mesures tout d'abord ordonnées sur requête, est une véritable ordonnance sur référé qui, comme toute ordonnance sur référé, est susceptible d'appel (art. 809 C. pr.). Ici, en effet, le juge est saisi par une assignation ; les parties sont en présence ; un débat contradictoire s'engage ; il y a une contestation, un litige et par suite une décision qui est un véritable jugement. L'appel pourra donc être interjeté ; et, au cas où l'ordonnance sur référé a maintenu les mesures conservatoires prescrites, cet appel est sans danger, car les ordonnances sur référé sont exécutoires par provision et l'appel de ces ordonnances n'est pas suspensif.

213 — Le mari, pendant l'instance en divorce, reste le chef de la communauté, et, sauf les restrictions que

peuvent apporter à ses pouvoirs les mesures conservatoires que la femme a été autorisée à prendre, il conserve le droit d'administrer les biens communs, de les obliger, de les aliéner même. Ce droit pour le mari résulte incontestablement de l'article 243, qui ne permet à la femme d'attaquer que les obligations et les aliénations frauduleuses.

214. — C'est précisément parce que le mari reste le maître et seigneur de la communauté qu'il importait de surveiller et de déjouer les fraudes auxquelles il peut se livrer, en prévision du succès d'une demande qui entraînera la dissolution de cette communauté. De là la disposition de l'article 243 :

« Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il fait mention en l'article 235, sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle a été faite ou contractée en fraude des droits de la femme. »

215. — Que faut-il entendre par ces mots « en fraude des droits de la femme » ? Pour que l'opération faite par le mari soit annulable, faut-il le double élément exigé pour l'exercice de l'action paulienne, l'intention de nuire et le préjudice, ou suffira-t-il, au contraire que l'opération soit préjudiciable à la communauté ?

A cet égard, les travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886 ne laissent aucun doute. Pour que l'acte puisse être annulé, il faut l'intention de nuire et le préjudice. « Le mot *fraude*, — disait le rapporteur de la loi, au Sénat —, rend parfaitement l'intention de la commission. Il peut arriver, en effet, que de certaines opérations, faites de très bonne foi et dans l'intérêt de la communauté, il résulte un préjudice ; dans ce cas, il

n'y a pas lieu d'annuler ces opérations, car s'il y a préjudice, il n'y a pas fraude. » Et plus loin : « La commission estime qu'il suffit, pour sauvegarder les droits de la femme, de dire que toutes les opérations prévues par notre article pourront être déclarées nulles, quand elles auront eu lieu en fraude des droits de la femme. Le préjudice ne suffit pas à constituer la fraude, il faut l'intention de nuire à la femme et le plus souvent d'attribuer à ses dépens un bénéfice au mari... Je me résume : la disposition de notre article 243 veut dire que, pour annuler les opérations faites par le mari, il ne suffit pas que les opérations constituent un préjudice pour la communauté ; il est de plus nécessaire que ces opérations soient faites en fraude des droits de la femme. La fraude implique la mauvaise foi, la mauvaise intention » (Séance du 22 décembre 1885).

216. — Mais pourquoi donc la loi ne s'est-elle pas contentée du simple préjudice ? « Le simple préjudice causé à la femme, — disait M. Bozérien, au Sénat, — devrait, selon moi, avoir pour résultat d'autoriser la demande en annulation. A partir du moment précisé par l'article en discussion, la femme est absolument désarmée en face de son mari qui devient en quelque sorte omnipotent ; il peut contracter des obligations à la charge de la communauté ; il peut aliéner des immeubles ; et vous voulez que la femme, pour obtenir l'annulation de ces obligations ou de ces ventes, soit obligée, non pas seulement de prouver le préjudice, quelque considérable qu'il puisse être pour elle, mais encore de prouver la chose la plus difficile à prouver au monde, le préjudice frauduleux » (Séance du 23 décembre 1885). Et M. Bozérien demandait que les mots « en fraude des droits de la femme » fussent remplacés par ceux-ci, « au préjudice des droits de la femme. »

L'amendement proposé par M. Bozérien, combattu

par la commission, ne fut pas adopté, et avec raison. Le mari a, de par la loi, le droit d'administrer les biens de la communauté ; il peut les aliéner. Il a donc tout pouvoir de faire une opération qui peut être ou devenir préjudiciable à la communauté. Pourquoi en serait-il autrement après que l'action en divorce a été intentée, alors que l'opération est faite de bonne foi ? Se contenter du simple préjudice causé à la femme pour annuler l'acte du mari, ce serait en fait dessaisir le mari de ses droits d'administration et d'aliénation. En face d'une pareille éventualité, en effet, trouverait-on des tiers disposés à contracter avec le mari ?

216 bis. — Pour que les actes passés par le mari puissent être annulés, il faut donc le préjudice et la fraude.

L'acte est préjudiciable, lorsqu'il a pour effet de diminuer le patrimoine de la communauté. L'acte est frauduleux, non seulement lorsqu'il a pour objet de procurer au mari un avantage au détriment de la communauté, mais encore lorsque, sans aucune intention de s'avantager, le mari ne l'a fait qu'en haine de sa femme et dans le but de la frustrer.

217. — Des explications fournies au Sénat par le rapporteur de la loi du 18 avril 1886 il résulte que le droit, que l'article 243 reconnaît à la femme, n'est que l'application du principe général posé par l'article 1167 au profit de tous créanciers, quand le débiteur fait un acte en fraude de leurs droits ; c'est l'exercice de l'action paulienne. De là les conséquences suivantes :

1° Quoique l'article 243 ne parle que de l'aliénation des immeubles, la femme n'en aurait pas moins, par application de l'article 1167, le droit d'attaquer la vente des meubles, si elle était frauduleuse.

2° Les actes à titre onéreux ne sont annulables qu'autant qu'il est établi que les tiers, qui ont contracté avec le mari, sont complices de la fraude de celui-ci.

3^e Cette complicité des tiers, au contraire, n'est plus nécessaire, si l'acte attaqué est à titre gratuit ; l'intention frauduleuse du mari suffit. Bien entendu, nous supposons que la donation est de celles que le mari a le droit de faire. Mais, s'il s'agissait de donations immobilières, par exemple, la fraude du mari ne serait même pas nécessaire, car l'acte serait annulable, non par application de l'article 1167, mais comme excédant les limites des pouvoirs du mari.

218. — Quel sera l'effet de l'annulation ? — L'action en nullité, que l'article 243 donne à la femme, ayant pour but de lui faire obtenir la réparation du préjudice qu'elle éprouve par suite de la diminution frauduleuse du patrimoine commun, elle a naturellement pour effet, quand elle réussit, de faire révoquer l'acte argué de fraude jusqu'à concurrence du préjudice que la femme en éprouve.

219. — L'article 243 ne parle que des actes faits par le mari postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 235, c'est-à-dire de l'ordonnance rendue par le président sur la requête en divorce.

Est-ce à dire que les actes antérieurs à cette ordonnance ne pourraient pas être attaqués, s'ils avaient été faits en fraude des droits de la femme ? — Non, certes ; ces actes pourraient, comme ceux postérieurs à l'ordonnance, être annulés par application de l'article 1167. Sans doute, le mari est maître et seigneur de la communauté ; il peut la dilapider, la ruiner, sans que la femme soit en droit de lui demander compte de ses actes ; mais, quelque étendus que soient les pouvoirs confiés au mari, il doit les exercer sans fraude. Si le préjudice, en raison du pouvoir absolu dont jouit le mari, ne suffit pas pour donner à la femme une action en indemnité, c'est à la condition qu'à ce préjudice ne vienne

pas s'ajouter la fraude. Ce principe, notre ancien droit l'avait consacré. Les pouvoirs du mari sur la communauté, disait Coquille (*Questions et Réponses*, quest. 96), lui ont été attribués *quatenus bona fides patitur, non etiam ut fraudibus via aperiatur*. Il n'y a pas de raison pour que ce principe ne reçoive pas son application aujourd'hui encore.

220. — En somme, l'article 243 n'est que l'application du droit commun. Il était donc inutile, mais il s'explique par les travaux préparatoires du Code civil. D'après le projet adopté par le Conseil d'Etat, le mari, à compter du jour de la demande en divorce, ne pouvait plus contracter de dettes à la charge de la communauté, ni disposer des immeubles qui en dépendaient, et toute aliénation qu'il en ferait devait être annulée. Cette disposition fut critiquée avec juste raison par le Tribunat. Le mariage, durant l'instance et jusqu'à la prononciation du divorce, subsiste avec toutes ses conséquences légales ; le mari reste le chef de la communauté ; pourquoi donc lui défendre de s'obliger et d'aliéner, s'il est de bonne foi ? Sur ces observations, l'article du projet fut retiré et on en revint au droit commun. De là l'article 271 du Code civil, dont le législateur de 1886 a reproduit la disposition dans notre article 243. Cet article n'a donc pas d'autre signification : le mari peut, durant l'instance ou avant l'instance, obliger la communauté et aliéner les immeubles, sauf pour la femme le droit d'attaquer les actes frauduleux (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 253).

SECTION III. — De l'instruction.

221. — « La cause est instruite et jugée dans la forme ordinaire, le ministère public entendu » (art. 239).

En principe donc, et sauf les dérogations qui peuvent résulter de la loi, il faut s'en référer au droit commun de la procédure (*Supra*, n° 129, 1°).

222. — Si la demande est légalement justifiée dès à présent, les juges peuvent l'admettre sans recourir à aucune mesure d'instruction, comme aussi ils peuvent la rejeter *de plano*, si la cause alléguée n'est point de celles qui, d'après la loi, peuvent donner lieu à divorce ou si les faits invoqués ne paraissent pas pertinents.

223. — C'est au demandeur évidemment à faire la preuve des faits sur lesquels il fonde sa demande.

Comment fera-t-il cette preuve ?

Si la demande est fondée sur la condamnation de l'époux à une peine afflictive et infamante, le demandeur produira au tribunal une expédition en bonne forme de la décision portant condamnation avec un certificat du greffier constatant que cette décision n'est plus susceptible d'être réformée par les voies légales ordinaires.

Si la demande est fondée sur toute autre cause, le demandeur fera la preuve qui lui incombe tant par titres que par témoins.

224. — Mais la preuve des causes de divorce pourrait-elle résulter de l'aveu du défendeur ?

La question pouvait faire doute sous l'empire du Code civil. Aux termes de l'ancien article 244, en effet, lorsque les époux, après que l'essai de conciliation avait échoué, comparaissaient à l'audience, à huis clos, le tribunal devait dresser procès-verbal des *aveux* que l'une ou l'autre partie pouvait faire. Et alors on pouvait se demander quelle utilité il y aurait eu à consigner les aveux du défendeur, si ces aveux ne devaient avoir aucune force probante. Mais la loi du 18 avril 1886 a supprimé la comparution des époux en cham-

bre du conseil ; il n'y a plus de procès-verbal constatant les dires des parties, et on reste dès lors sous l'empire des principes généraux. Or, d'après le droit commun, si l'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait (art. 1356), quand il s'agit d'intérêts pécuniaires dont les parties ont la libre disposition, il en est autrement dans les matières d'ordre public où le seul consentement des parties ne peut rien. Tel est le cas du divorce qui ne peut jamais avoir lieu par le consentement des époux. Admettre, en pareille hypothèse, l'aveu du défendeur, comme preuve des faits allégués, ce serait faire dépendre la dissolution de l'union conjugale de la volonté ou de la collusion des époux.

Toutefois, si, en principe, l'aveu du défendeur est, à lui seul, insuffisant pour faire pleine foi des faits qui servent de base à une demande en divorce, cet aveu pourrait être pris en considération et dispenser les juges d'ordonner une enquête, lorsqu'il ne serait pas volontaire et s'induirait de faits constants dont il appartient aux juges de déterminer le caractère et les conséquences (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 206 ; Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 474 ; Dalloz, *V° Sépar. de corps*, n° 261 ; Cass., 29 avril 1862, Sirey, 1862, 1, 945).

224 bis. — Et c'est précisément parce que l'aveu peut être pris en considération par le juge, que l'interrogatoire sur faits et articles pourrait valablement être ordonné, par application de la disposition de l'article 324 du Code de procédure civile qui admet cette mesure d'instruction *en toute matière*, par conséquent en matière de divorce, comme en toute autre matière (Rouen, 23 février 1891, *Journal du Palais*, 1892, 1, 78).

225. — Ce que nous disons de l'aveu est également vrai du serment décisoire. Si le serment décisoire peut être déféré en quelque espèce de contestation que ce soit (art. 1358), c'est à la condition qu'il s'agisse

d'un litige portant sur des intérêts pécuniaires. Le serment, en effet, est une sorte de transaction entre les parties. Or, la transaction est impossible dans les matières qui, comme le divorce, intéressent l'ordre public. D'autre part, la partie qui, en l'absence de toute preuve, défère le serment, a pour but d'obtenir un aveu; le serment doit donc être prohibé au même titre que l'aveu.

Le même principe s'applique au serment supplétoire. Qu'il s'agisse de trouver dans le serment une preuve complète ou seulement un supplément de preuve, la raison de décider est la même. C'est toujours faire dépendre de la volonté de l'un des époux la dissolution du mariage.

226. — Les causes du divorce, avons-nous dit, peuvent être prouvées par titre. La preuve littérale est admissible en notre matière comme en toute autre. Il est toutefois une espèce d'écrits qui a donné lieu à des difficultés et à des divergences nombreuses; ce sont les lettres missives.

Les lettres missives peuvent-elles être produites en justice?

227. — La difficulté n'existe pas, quand il s'agit d'une lettre écrite par l'un des conjoints à l'autre. Il est de principe, en effet, que la lettre, qui crée un titre au profit du destinataire contre l'expéditeur, peut être produite à l'appui d'une demande que le destinataire forme en justice. Or, la lettre, qui contient des insultes, des outrages, crée, au profit de l'époux qui l'a reçue, une cause de divorce, puisque, comme nous l'avons vu, l'injure peut être faite par écrit et que la publicité n'en est pas une condition essentielle (*Supra*, n° 46). L'époux pourra donc la produire; c'est même le seul moyen qu'il ait de justifier sa demande. Sur ce point tout le monde est d'accord (Laurent, *Princ. de dr. civ.*,

t. III, n° 204 ; Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 394 ; Dalloz, V° *Sép. de corps*, n° 38 ; Aubry et Rau, t. V, p. 180).

www.libtool.com.cn

228. — Mais les auteurs se divisent quand il s'agit de lettres adressées à des tiers par l'époux défendeur.

Les uns enseignent que les lettres adressées à des tiers ne peuvent jamais être produites en justice, de quelque manière d'ailleurs qu'elles soient arrivées en la possession de l'époux demandeur (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 203).

D'autres font une distinction. Les lettres qui ont un caractère confidentiel, soit d'après l'intention exprimée par leur auteur, soit d'après les rapports qui existent entre lui et les personnes auxquelles elles sont adressées, ne peuvent être invoquées par l'époux qui s'y prétend injurié. Cet époux a, au contraire, le droit de produire les lettres qui ne peuvent être réputées confidentielles (Dalloz, V° *Sép. de corps*, n° 42) ; et MM. Aubry et Rau ajoutent, dans ce dernier cas, une condition, c'est que le destinataire consente à cette production (t. V, p. 180).

La jurisprudence fait une autre distinction. Les lettres missives, quelles soient ou non confidentielles, peuvent être produites en justice ou doivent être rejetées des débats, suivant qu'elles sont en la possession de l'époux, qui les invoque, par des moyens licites ou par des moyens illicites (Nîmes, 6 janvier 1880, Sirey, 1881, 2, 54 ; Bruxelles, 30 juin 1881, Sirey, 1882, 4, 28 ; Cass., 9 juin 1883, Sirey, 1885, 1, 137 ; Cass., 15 juillet 1885, Sirey, 1886, 1, 102).

Aucune de ces opinions ne nous semble fondée, et nous croyons, avec M. Demolombe (*Tr. du mar.*, t. II, n° 394), que toute lettre peut être produite en justice, sans distinguer si elle est ou non confidentielle et de quelque manière d'ailleurs que l'époux, qui prétend en faire usage, en ait obtenu la possession.

En règle générale, il est certain que la lettre missive, par le fait même de sa réception, appartient au destinataire et que, sans son consentement, elle ne peut être livrée à la publicité des débats. Il est non moins certain que cette propriété du destinataire n'est pas absolue, qu'elle ne comporte pas un droit de disposition pleine et entière, et que dans toute lettre confidentielle, il y a une condition virtuelle sous-entendue, c'est que celui qui l'a reçue ne pourra ni la publier ni la communiquer aux tiers. De telle sorte qu'il est vrai de dire qu'en principe la lettre confidentielle ne peut être produite en justice qu'avec le consentement de celui qui l'a écrite et de celui à qui elle a été adressée.

Mais cette règle, qui repose sur un principe incontestable de moralité, doit-elle recevoir son application en matière de divorce, ou, au contraire, doit-elle fléchir devant un intérêt social supérieur ? — C'est dans ce dernier sens, suivant nous, que la question doit se résoudre.

Que les tribunaux puissent, à certains égards, tenir compte du caractère confidentiel de la lettre et des rapports qui existent entre l'auteur de cette lettre et la personne à laquelle elle est adressée, nous l'admettons. Mais ces circonstances seront prises en considération pour apprécier la gravité de l'injure alléguée, et non pour faire rejeter la lettre des débats. Et, en effet, si l'auteur de la lettre agit en dehors de toute intention diffamatoire, si son seul but, en s'adressant à un tiers, à un parent dont il provoque les conseils ou à l'autorité duquel il fait appel, est de ramener un époux égaré, il est évident que les accusations que la lettre contient pourront bien ne pas constituer un outrage ; c'est l'intention seule qui fait l'injure (*Supra*, n° 47). Mais ce n'est pas là la question que nous examinons. Il ne s'agit pas de savoir si la lettre est injurieuse ; il

s'agit de savoir si l'injure étant établie, la lettre qui la contient peut être produite en justice.

Il y a deux cas où, ce nous semble, il ne devrait pas y avoir de difficulté ; c'est d'abord lorsque la lettre a été remise à l'époux demandeur par le destinataire lui-même ; c'est ensuite lorsque la lettre contient la preuve des relations adultérines entretenues par l'époux défendeur.

Et d'abord la lettre a été remise au demandeur par celui à qui elle a été adressée. — Pourquoi donc ne pourrait-elle pas être produite en justice ? Si la confidence faite par écrit l'avait été de vive voix, est-ce que le tiers, qui l'aurait reçue, ne serait pas autorisé à venir, comme témoin, révéler ce qu'il sait ? L'époux demandeur pourrait faire citer les témoins devant lesquels l'injure verbale a été proférée ; est-ce que la lettre, qui contient l'outrage, n'est pas un témoin ? Et ce témoignage écrit a une valeur autre que le témoignage oral ; il n'y a pas à craindre ici les défaillances de la mémoire, les atténuations complaisantes ; l'injure reste avec toute sa portée. — Et si la lettre remise au demandeur peut être produite en justice, il faut en conclure qu'au cas où le demandeur ne la posséderait pas, il pourrait faire assigner le tiers et exiger la production de la lettre ou tout au moins le faire interroger sur sa teneur. Le témoin, en effet, appelé à déposer dans une enquête, est, sauf les cas où ses devoirs professionnels lui font une obligation du secret, tenu de révéler tout ce qu'il sait relativement aux faits dont la preuve est recherchée.

Le second cas est celui où la lettre contient la preuve de l'adultère de l'époux défendeur. — Aux termes de l'article 338 du Code pénal, la complicité d'adultère peut être prouvée par des lettres ou autres pièces écrites par le prévenu. La loi ne se préoccupe pas du point de savoir de quelle manière le demandeur s'est procuré

ces lettres ; peu importe qu'il se les soit procurées par dol ou violence. Ce n'est guère d'ailleurs que par de pareils moyens qu'il les aura obtenues, car on ne peut supposer qu'elles lui aient été remises par le destinataire. Or, si, en matière pénale, l'adultère peut se prouver par la correspondance, pourquoi en serait-il autrement en matière civile ? Est-ce que ce principe de moralité, d'honnêteté, qui s'opposerait à la production devant les tribunaux civils des lettres écrites par un tiers, n'existe plus quand on se trouve devant un tribunal correctionnel ?

Mais où la question est peut-être plus délicate, nous le reconnaissons, c'est lorsque la lettre, qui contient l'injure, en dehors des deux cas que nous venons d'examiner, est arrivée en la possession du demandeur par dol, violence ou tout autre moyen illicite. Et cependant, même dans ce cas, nous pensons que la lettre pourrait être produite en justice. Constatons tout d'abord qu'aucun texte ne s'oppose à cette production ; la loi des 10-24 août 1790, qui proclame l'inviolabilité du secret des lettres, ne concerne que l'administration des postes et ses agents. Mais, dit-on, une confidence est un secret, et un secret ne peut pas être produit au grand jour des débats judiciaires. Révéler un secret, c'est trahir la confiance qui l'a fait communiquer ; un délit moral peut-il jamais être invoqué devant les tribunaux à titre de preuve légale ? A plus forte raison, les lettres confidentielles ne peuvent-elles pas être invoquées par celui qui se les ait procurées par dol ou violence. Il y aurait un double délit moral en ce cas ; donc une raison de plus pour que les tribunaux écartent des lettres que l'on n'a pas le droit de produire. D'autre part, une lettre est la propriété de celui à qui elle est adressée, mais une propriété dont il ne peut confier l'usage à personne et dont personne, à plus forte raison, ne peut user, malgré lui ; il y a dans toute

hypothèse, abus de confiance et violation d'un dépôt (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 201).

Cette argumentation ne nous a pas convaincu. Ce que le demandeur invoque devant le tribunal à titre de preuve légale, ce n'est pas un délit moral, c'est une lettre. Cette lettre injurieuse, outrageante, qui démontre, jusqu'à l'évidence, l'impossibilité de la vie commune, elle est sous les yeux des magistrats. L'époux demandeur l'a trouvée par hasard, il l'a interceptée entre les mains de la personne chargée de la remettre à destination, il l'a obtenue par ruse, par violence même, mais enfin elle est produite, elle est là ! Et cette lettre qui constate son déshonneur, cette lettre dans laquelle son conjoint l'outrage et l'insulte, qui a passé sous les yeux de l'avoué, de l'avocat, qui a peut-être été lue à l'audience, qui, en tout cas, est sur le bureau du tribunal, cette lettre sera rejetée des débats ! Si les sentiments de mépris, de haine, de dégoût, qui sont au fond du cœur du défendeur, avaient été exprimés de vive voix, le demandeur pourrait s'en prévaloir, et il ne le pourra pas, parce qu'ils ont été exprimés par écrit ? Est-ce possible ? Est-ce que l'intérêt des époux, l'intérêt social, la morale même, ne protestent pas contre une pareille théorie ? L'époux offensé devait faire la preuve de l'impossibilité de la vie commune, il a cette preuve en main, et parce qu'elle est littérale, le tribunal ne la recevra pas ! Qu'importent les moyens employés pour arriver à cette preuve ? Qu'importe le délit moral ! Le ménage est désuni ; la haine et le mépris ont pris place au foyer. Y aurez-vous ramené la paix, parce que vous aurez décidé que cette lettre outrageante, qui n'est qu'un écho des discordes conjugales, ne pourra pas être versée aux débats ? Une indécatesse a été commise ; un droit de propriété mal défini a été violé : cette circonstance peut avoir un certain poids dans toute autre matière, mais elle est indifférente quand il

s'agit de questions d'état, quand il s'agit du divorce. Il y a, en pareil cas, un intérêt social supérieur devant lequel doivent fléchir les principes ordinaires. Et voilà pourquoi nous estimons que les lettres missives, qui contiennent, soit des injures graves, soit la preuve de l'adultère de l'époux défendeur, peuvent être produites en justice à l'appui d'une demande en divorce, dans toute hypothèse et de quelque manière que le demandeur en ait obtenu la possession.

229. — Comme la preuve littéraire, la preuve testimoniale est admissible en matière de divorce, et elle l'est dans tous les cas, que la demande soit fondée sur l'adultère de l'un des époux ou sur toute autre cause (Cass., 13 novembre 1889, Dalloz, 1890, 1, 36). Il s'agit ici de faits dont le demandeur n'a pu, le plus souvent, se procurer une preuve écrite, qui constituent quelquefois de véritables délits, et alors on applique la disposition de l'article 1348.

Et si la preuve testimoniale est admissible, les présomptions le sont également (art. 1353). Bien entendu, ces présomptions, suivant le vœu de la loi, doivent être graves, précises et concordantes. Il y a là une question de fait abandonnée aux lumières et à la prudence des magistrats.

230. — Comment se feront les enquêtes ? — Elles doivent être faites comme en matière ordinaire et suivant les formes du droit commun. Telle est la disposition de l'article 245 :

« Lorsqu'il y a lieu à enquête, elle est faite conformément aux dispositions des articles 252 et suivants du Code de procédure civile.

« Les parents, à l'exception des descendants, et les domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins. »

C'est là une des grandes innovations de la loi du 18

avril 1886. Aux termes de l'ancien article 253 du Code civil, dont la disposition avait été maintenue par la loi du 27 juillet 1884, les dépositions des témoins devaient être reçues par le tribunal tout entier, séant à huis-clos, en présence du ministère public, des parties et de leurs conseils ou amis jusqu'au nombre de trois de chaque côté. D'après la loi du 18 avril 1886, l'enquête se fera, non plus devant le tribunal, mais devant un juge commis par le jugement qui ordonne la preuve des faits articulés.

Voici en quels termes M. Labiche, rapporteur de la loi de 1886, au Sénat, justifiait la disposition nouvelle : « Les articles 252 et 253 ordonnent l'enquête à l'audience et par le tribunal. Cette disposition n'a aucune utilité et produit souvent des résultats regrettables ; de plus elle constitue pour le tribunal une perte de temps considérable qui n'est compensée par aucun intérêt. C'est, en outre, un mode de procéder détestable à cause de l'intervention des conseils ou amis autorisés par l'article 253 à assister aux dépositions des témoins. Les enquêtes sont converties en scènes de récriminations, et l'autorité du magistrat est parfois insuffisante pour ramener le calme. Aussi, loin de faciliter un rapprochement, cette présence de conseils ou d'amis est une cause de conflit pendant et après l'enquête. La forme de l'enquête édictée par le Code de procédure est bien plus simple et moins onéreuse ; elle offre tout autant de garanties et elle a, en outre, le grand avantage d'assurer le secret sur lequel il n'est pas possible de compter avec la disposition de l'article 253 » (*Journal officiel*, n° du 30 janvier 1886).

231. — L'enquête est faite « conformément aux dispositions des articles 252 et suivants du Code de procédure civile ». Donc, toutes les formalités, prescrites par le Code de procédure pour les enquêtes ordinaires, devront être observées dans les enquêtes en matière de

divorce. C'est l'application pure et simple au divorce des règles du droit commun et, à cet égard, il nous suffit de renvoyer au titre XII du Code de procédure.

232. — Toutefois l'article 245 apporte une exception aux règles ordinaires. D'après le droit commun, les parents ou alliés des parties jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement, ainsi que leurs serviteurs et domestiques, peuvent être reprochés (art. 283 C. pr.). L'article 245, reproduisant le principe posé dans l'ancien article 251 du Code civil, déroge à cette règle en matière de divorce : « Les parents, à l'exception des descendants, et les domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins. » Cette exception se justifie facilement. C'est que, le plus souvent, les parents et serviteurs seront les seuls témoins des faits qui servent de base à la demande en divorce et qui, presque toujours, se passent dans l'intimité de la famille ; repousser le témoignage des parents et des domestiques, c'eût été dans la plupart des cas mettre l'époux demandeur dans l'impossibilité de faire la preuve qui lui incombe.

233. — Mais les descendants ne sont pas compris dans l'exception. La loi ne pouvait admettre que des enfants vinssent témoigner contre leur père ou leur mère. Et par descendants il faut entendre non seulement les enfants communs des conjoints, mais encore les enfants que l'un des conjoints aurait eus d'un précédent mariage. Dans les deux cas, le motif de récuser leur témoignage est le même, et la loi d'ailleurs ne fait aucune distinction (*Contrà*, Demolombe, t. IV, n° 400 bis).

234. — Remarquons que l'exclusion des descendants n'est que l'application restreinte du principe plus général inscrit dans l'article 268 du Code de procédure civile aux termes duquel nul ne peut être assigné comme témoin s'il est parent ou allié en ligne directe de l'une

des parties. Ces deux dispositions procèdent de la même pensée et doivent être entendues dans le même sens. Il en résulte que les enfants et descendants des époux sont frappés d'une incapacité absolue de déposer et leurs dépositions doivent être écartées des débats même en l'absence de tout reproche élevé devant le juge enquêteur (Riom, 18 juillet 1887, *France judiciaire*, XI, 2, 351).

235. — L'article 245 ne parle que des parents. Est-ce à dire que les alliés pourraient être reprochés ? Evidemment non ; la loi ne craint pas d'admettre en notre matière les dépositions presque toujours passionnées et intéressées des parents, à plus forte raison doit-on admettre le témoignage des alliés.

236. — En dehors de l'exception édictée par notre article 245, l'article 283 du Code de procédure demeure le droit commun pour toutes les causes de reproche. Ainsi seraient reprochables ceux qui auraient bu ou mangé avec l'un des époux et à ses frais depuis le jugement ordonnant l'enquête. Toutefois cette cause de reproche ne serait pas admise, s'il s'agissait de parents. Il est évident, en effet, qu'en admettant dans les instances en divorce le témoignage des parents, la loi n'a pu y mettre pour condition l'interruption même momentanée des relations qui sont la conséquence naturelle et ordinaire de la parenté. Le fait reproché est une suite désirable des liens qui existent entre l'époux et le témoin, et non un indice de subornation, comme lorsque le témoin est un étranger (Caen, 28 janvier 1874, *Sirey*, 1874, 2, 169).

237. — Aux termes des articles 252 et 253 du Code civil que notre article 245 déclare applicables en matière de divorce, le demandeur doit articuler, c'est-à-dire spécifier article par article, les faits dont il veut faire preuve et le jugement qui ordonne la preuve

doit contenir les faits à prouver. Il est de toute nécessité, en effet, que le défendeur connaisse les faits qui lui sont reprochés pour qu'il soit en situation de faire la preuve contraire qui lui est réservée.

Les témoins ne peuvent être entendus que sur les faits articulés et déclarés admissibles par le tribunal. Si donc le demandeur voulait faire porter l'enquête sur d'autres faits, l'époux défendeur serait en droit de s'y opposer ; de même, si d'autres faits étaient révélés par les témoins, il aurait le droit de demander que ces faits soient écartés des débats et qu'ils ne soient pas relevés par le tribunal.

238. — C'est devant les juges du premier degré seuls que l'époux défendeur peut se prévaloir du défaut d'articulation ou d'admissibilité des faits à prouver. En appel, l'irrégularité serait couverte. Et, en effet, le défendeur qui, en première instance, ne demande pas le rejet des débats de témoignages qui n'auraient pas dus être reçus, est présumé n'en avoir pas souffert (Cass., 6 février 1889, Dalloz, 1890, 1, 269).

239. — L'époux demandeur doit donc articuler les faits qu'il veut être autorisé à prouver. Mais, pour être admis en preuve, est-il nécessaire que ces faits aient été déduits dans la demande en divorce ? Le demandeur ne pourrait-il pas alléguer des faits nouveaux, soit qu'il les eût ignorés au moment où il a présenté sa requête, soit que ces faits se fussent produits depuis la requête ?

La question doit se résoudre par une distinction. La loi du 18 avril 1886, comme nous l'avons dit (*Suprà*, n° 137), à la différence du Code civil, n'exige plus que la requête précise et détaille les faits qui servent de base à la demande en divorce ; mais il n'en reste pas moins essentiel que le demandeur indique la cause de sa demande ; ce n'est qu'à cette condition qu'il pourra recevoir utilement les observations du président. Il ré-

sulte de là que la seule demande dont le tribunal puisse connaître est celle qui, formulée en la requête, a été soumise au juge conciliateur. Donc si les faits nouveaux constituent une cause de divorce autre que celle ayant servi de base à l'introduction de l'instance et sur laquelle seule a porté le préliminaire de conciliation, le demandeur ne peut être admis à en faire la preuve ; si le divorce est demandé, par exemple, pour cause d'adultère, le demandeur ne pourrait être autorisé à prouver des faits d'injures qui n'auraient pas été indiqués dans la requête. Au regard de ces articulations nouvelles, non révélées au juge conciliateur, la demande n'est pas instruite dans les formes exigées par la loi et elle constitue une véritable demande nouvelle que le demandeur n'est recevable à introduire que par voie d'action principale. — Mais, au contraire, si les faits nouveaux allégués se réfèrent tous à la cause de divorce telle qu'elle résulte de la requête, si, par exemple, ce sont des nouveaux faits d'injures produits à l'appui d'une demande fondée déjà sur des injures, ces faits nouveaux ne modifient en rien la substance de la demande ; la demande reste la même et le tribunal peut ordonner la preuve (Douai, 9 mai 1883, Dalloz, 1886, 2, 99. — *Contrà*, Goirand, *Traité du divorce*, n° 65 ; Carpentier, *Traité théorique et pratique du divorce*, p. 146 ; trib. de Cambrai, 28 février 1885, *La Loi* du 15 mars 1885).

240. — Une difficulté plus grave se présente. Le demandeur avait déjà succombé dans une première instance en divorce. Il articule dans sa nouvelle demande des faits antérieurs au premier procès. Peut-il être admis à en faire la preuve ?

Si ces faits ont été déduits en justice et écartés comme sans gravité ou non prouvés, il est évident que le principe de l'autorité de la chose jugée s'oppose à ce qu'ils servent de base à la nouvelle demande. Toutefois si de-

puis le premier jugement, de nouveaux griefs étaient survenus, le demandeur serait fondé à ajouter aux faits nouveaux les anciens faits, soit qu'ils eussent été articulés dans la première instance, soit qu'ils eussent été omis volontairement ou par ignorance ; il en est ici comme en cas de réconciliation (art. 244, § 2 ; Cass., 5 janvier 1874, Sirey, 1874, 1, 124).

Mais depuis le premier jugement aucun grief nouveau n'est survenu ; la nouvelle demande se base uniquement sur des faits antérieurs au précédent procès et ces faits n'ont pas été soumis au premier juge. Peuvent-ils être articulés et admis en preuve ? En d'autres termes, après un échec subi dans un procès en divorce, le demandeur peut-il renouveler sa demande en se fondant uniquement sur des faits déjà accomplis lors de la première instance, mais qui à ce moment n'ont pas été produits en justice ?

Sur ce point les opinions sont divergentes, mais toutes s'accordent à chercher dans l'article 1351 du Code civil la solution de la difficulté. Il y a, dans les deux instances, identité de partie et identité d'objet ; y a-t-il identité de cause ? — Quelle est la cause d'une demande en divorce ?

Si c'est l'impossibilité de la vie commune, si les faits allégués d'adultère, de sévices ou d'injures ne sont que les moyens pour arriver à établir cette cause, il est évident que la seconde demande doit être repoussée par application de l'article 1351. Il y a dans les deux instances, en effet, identité de cause ; seuls les moyens diffèrent, mais la diversité des moyens est sans influence sur l'autorité de la chose jugée (Massol, *De la séparation de corps*, p. 80).

Si la cause du divorce est, non pas l'impossibilité de la vie commune, mais l'une des trois circonstances prévues par la loi, l'adultère, les excès, sévices ou injures, la condamnation, il n'y aura chose jugée qu'autant que

les faits allégués à l'appui de la seconde demande sont de même nature que ceux qui ont servi de base à la première. Ainsi, une première demande basée sur tel fait déterminé d'adultère ayant échoué, le demandeur ne pourra se prévaloir d'un autre fait d'adultère antérieur au premier procès pour former une nouvelle demande, car il y a identité de cause, l'adultère ; mais rien ne s'oppose à ce qu'il forme cette demande pour excès, sévices ou injures graves ; il n'y a pas alors chose jugée, puisque la cause est différente ; cette cause n'a pas été déduite en justice.

Pour nous, la cause du divorce n'est ni l'impossibilité de la vie commune, ni l'adultère ou l'injure grave d'une manière générale ; c'est tel fait particulier d'adultère ou d'injure. De telle sorte que le fait antérieur à la première demande peut servir de base à la seconde, car il y a cause nouvelle et, par suite, il n'y a pas chose jugée.

Et d'abord, la cause du divorce n'est pas l'impossibilité de la vie commune. Ce qui cause le divorce, ce qui le motive, c'est l'adultère, ce sont les excès, les injures graves ; l'impossibilité de la vie commune n'est que la conséquence naturelle des faits que l'un des époux reproche à l'autre. Le divorce est prononcé, parce que la vie commune est impossible ; mais il a, comme cette impossibilité, sa cause directe dans les faits imputés par le demandeur à son conjoint.

La cause du divorce n'est pas davantage l'adultère ou l'injure grave en général ; cette cause, c'est le fait ou l'ensemble des faits articulés et prouvés. Le divorce est prononcé, non pas pour adultère ou pour injures, mais pour des actes particuliers d'adultère ou d'injures, actes précis, déterminés par le temps et par le lieu. Le juge apprécie, non pas une abstraction comme l'adultère ou l'injure, mais des faits réels et concrets ; il les constate et en fait découler le divorce. Et cette assimi-

lation entre les faits et les causes est faite par la loi elle-même. L'article 244, en effet, après avoir disposé que l'action en divorce s'éteint par la réconciliation survenue depuis les *faits* allégués dans la demande, ajoute que le demandeur peut intenter une nouvelle demande pour *cause* survenue ou découverte depuis la réconciliation et se prévaloir, à l'appui de sa nouvelle demande, des anciennes *causes*, c'est-à-dire, de toute évidence, des anciens *faits*.

Il résulte de là que, lorsque, dans un procès nouveau, le demandeur allègue des faits d'adultère ou d'injure différents de ceux qui ont été articulés dans la précédente instance et antérieurs à cette instance, la demande nouvelle ne peut être repoussée par une fin de non recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée ; il y a une cause nouvelle. Le juge, qui a repoussé la première demande, peut faire droit à la seconde, sans qu'il y ait contrariété entre ces deux décisions, puisqu'il statue sur des faits différents (Paris, 1^{er} août 1874, Sirey, 1874, 2, 264 ; Cass., 3 février 1875, Sirey, 1875, 2, 393).

241. — Toutefois, si les anciens faits, non déduits en justice dans un précédent procès, peuvent servir de base à une demande nouvelle, c'est à la condition que ces faits n'aient été découverts par le demandeur que depuis le premier jugement. Il en serait autrement, croyons-nous, si ces faits étaient déjà, lors du premier procès, connus du demandeur et que celui-ci, à cette époque, les eût volontairement passés sous silence, soit par délicatesse et dans l'espérance que les faits articulés suffiraient pour faire prononcer le divorce, soit pour tout autre motif. Dans ce cas, le procès ne pourrait être renouvelé. Ce qui s'oppose à ce renouvellement, ce n'est par l'autorité de la chose jugée, car, à cet égard, peu importe que les faits aient été connus ou ignorés ; c'est une considération de simplicité d'action et d'utilité pratique. Il importe, en effet, dans un intérêt de simplicité

de procédure, d'économie de temps et de frais, de réunir dans une seule et même instance toutes les causes qui doivent tendre au même résultat à l'encontre du même défendeur. Et c'est bien là l'esprit de la loi, tel qu'il résulte en matière ordinaire de l'article 1346 du Code civil. Si la loi exige que des demandes distinctes soient jointes dans une même instance, il doit en être ainsi *a fortiori* des causes diverses d'une même demande (M. Labbé, sous Cass., 3 février 1875, Sirey, 1875, 1, 393).

Mais auquel des deux époux incombe alors le fardeau de la preuve ? Est-ce au demandeur à établir que, lors du premier procès, il ignorait les faits qu'il invoque aujourd'hui ? Est-ce au défendeur, au contraire, à établir que son conjoint connaissait les faits qu'il lui reproche ? — La question ne saurait faire difficulté. En principe, des faits antérieurs au premier jugement peuvent être articulés à l'appui d'une demande nouvelle, par cela seul qu'ils n'ont pas déjà été déduits en justice ; par exception, ils ne peuvent pas l'être, si le demandeur en avait connaissance lors du premier procès. Le défendeur, qui prétend que ces faits étaient connus du demandeur, oppose donc une fin de non-recevoir, et c'est à lui de la justifier.

242. — Nous avons supposé jusqu'ici une demande principale en divorce. Les demandes reconventionnelles sont-elles recevables en matière de divorce ?

L'affirmative n'est pas douteuse. Chacun des époux a le droit d'agir en divorce, quand il existe à son profit une des causes déterminées par la loi. Or, s'il peut intenter une action directe et principale, pourquoi ne pourrait-il pas agir par voie de demande reconventionnelle ?

243. — Mais dans quelle forme la demande reconventionnelle doit-elle être faite ? Peut-elle être intro-

duite, comme en matière ordinaire (art. 337 C. pr.), par un simple acte de conclusions ?

Sous l'empire du Code civil et de la loi du 27 juillet 1884, des opinions divergentes s'étaient produites. Les uns soutenaient que la demande reconventionnelle devait être formée par assignation et avec toutes les formalités exigées pour les demandes principales et introductives d'instance. Décider le contraire, disait-on, serait porter atteinte aux droits de l'époux demandeur, qui devient défendeur dans la circonstance et qui se trouverait ainsi privé des mesures protectrices que le législateur a cru devoir établir dans une aussi grave matière (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 271 ; trib. de Nevers, 29 juin 1885, *Gazette du Palais*, 1886, p. 80). — D'autres disaient : la demande reconventionnelle est évidemment connexe à l'action principale, puisqu'elle tend au même but, qu'elle s'agite entre les mêmes parties, qu'elle puise comme elle ses moyens dans l'ensemble des faits antérieurs à l'assignation. Elle constitue donc une défense, une réponse directe à cette action sur le terrain même où elle se meut ; elle présente tous les caractères de la demande incidente reconventionnelle et, par suite, elle peut être introduite par un simple acte de conclusions (Aix, 21 mai 1885, *Gazette du Palais*, 1885, p. 782). C'est en ce sens que s'était prononcée la cour de cassation (Arrêt du 14 décembre 1885, *Gazette du Palais*, 1886, p. 103), confirmant à cet égard sa jurisprudence en matière de séparation de corps (Arrêt du 2 décembre 1873, Sirey, 1873, 1, 125).

La loi du 18 avril 1886 a résolu la question dans le sens de la jurisprudence adoptée par la cour de cassation : « Les demandes reconventionnelles en divorce peuvent être introduites par un simple acte de conclusions » (art. 239, § 3).

Cette disposition se justifie, en outre des raisons de droit, par un motif d'utilité pratique. A l'origine du dé-

bat, les deux parties ont été mises en présence ; elles ont comparu devant le président et se sont expliquées ; le magistrat a fait les plus grands efforts pour amener une réconciliation ; il n'a pas réussi. L'instance s'est engagée. Or, le défendeur a pu découvrir certaines circonstances qui le rendent désireux d'arriver au divorce ; il peut avoir intérêt à le faire prononcer à son profit, à raison des effets que le divorce produit contre l'époux coupable. Pourquoi donc l'obliger à former une demande principale et le soumettre aux épreuves préparatoires qui ont déjà été tentées et qui ont échoué ? Ne serait-ce pas une procédure inutile, entraînant des frais en pure perte ?

244. — Cette forme de procéder est-elle applicable au cas où la demande reconventionnelle en divorce est formée dans une instance principale en séparation de corps ? Le défendeur à une demande en séparation de corps peut-il, par un simple acte, former une demande reconventionnelle en divorce ?

La question fut posée au Sénat, lors de la discussion de la loi du 18 avril 1886, par M. de Gavardie, et voici comment M. Denormandie y répondit, au nom de la commission : « Lorsque, par exemple, un mari est l'objet d'une demande en divorce, il peut demander de son côté le divorce par voie de conclusions. Lorsqu'il est l'objet d'une demande en séparation de corps, il peut, par la même voie rapide et économique, demander reconventionnellement la séparation de corps, mais nous n'admettons pas cet enchevêtrement de procédures dont parle l'honorable M. de Gavardie » (Séance du 10 décembre 1885). Et dans la séance du 22 décembre suivant, le rapporteur de la loi, M. Labiche, fut encore plus explicite : « Une demande en divorce, dit-il, ne peut jamais être considérée comme une demande reconventionnelle sur une demande en séparation de corps. La demande en séparation de corps et la demande en

divorce sont des demandes absolument différentes et on ne peut, sous le titre de demande reconventionnelle, greffer l'une sur l'autre en appel ; au contraire, il est conforme à tous les principes que, quand un époux a formé une demande de divorce en première instance ou en appel, l'autre partie puisse former une demande reconventionnelle : sur quoi ? sur ce qui a fait le fond du débat, c'est-à-dire sur le divorce lui-même. »

C'était là déjà l'opinion émise dans l'Exposé des motifs de la loi du 18 avril 1886. « On peut supposer, — y lisons-nous, — qu'à une demande en séparation le défendeur réponde en demandant le divorce. Dans ce cas, qui n'est plus prévu par le second paragraphe de l'article 6 (art. 239, § 3), les formes ordinaires doivent être observées pour la nouvelle demande. Il y a, en réalité, deux demandes principales ; la procédure spéciale à chacune d'elles doit être suivie. L'instance est introduite et, quand les deux affaires seront en état, le tribunal pourra statuer par un seul et même jugement. »

245. — Et ce que nous disons de la demande reconventionnelle en divorce formée dans une instance principale en séparation de corps est également vrai, selon nous, d'une demande reconventionnelle en séparation de corps formée dans une instance principale en divorce. Le défendeur à une demande en divorce ne peut, par voie de simples conclusions, former une demande reconventionnelle en séparation de corps. Il y a là deux demandes absolument différentes dont l'une ne peut être considérée comme une défense à l'autre.

La jurisprudence toutefois paraît être fixée dans un sens contraire, et elle a pour elle, il faut le reconnaître, les travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886. C'est d'abord ce passage de l'Exposé des motifs : « Quand, à une instance en divorce, le défendeur répond par une demande reconventionnelle en séparation de corps, cette demande pourra être introduite par voie de sim-

ples conclusions. » C'est ensuite cette déclaration faite par M. Letellier dans son rapport à la Chambre des députés de la loi de 1886 : « Le défendeur à une demande en divorce pourra répondre à cette demande par une demande reconventionnelle en divorce ou *a fortiori* par une demande en séparation de corps, par la raison que qui peut le plus peut le moins et que cette dernière demande sera moins grave dans ses effets et dans ses résultats que la demande reconventionnelle en divorce » (Riom, 20 février 1888, Dalloz, 1890, 2, 158 ; Rouen, 7 août 1888, Dalloz, 1890, 2, 361).

246. — Lorsque le défendeur à une séparation de corps répond en demandant le divorce, il ne peut donc le faire par voie de conclusions ; il doit introduire sa demande suivant les formes ordinaires, c'est-à-dire par une assignation et il doit suivre la procédure spéciale aux demandes en divorce.

Mais ici se présente une difficulté. Si la demande en divorce doit être accueillie, il devient inutile de prononcer la séparation de corps ; dès lors il semble que le tribunal n'a qu'à surseoir à statuer sur la demande en séparation de corps jusqu'à ce que l'instance en divorce soit terminée, et si le divorce est prononcé, la demande primitive en séparation de corps doit tomber par le fait même (Carpentier, *La loi du 18 avril 1886*, n° 86). Cette solution offre un grave danger. Aux termes de l'article 299 du Code civil, l'époux contre lequel le divorce est prononcé perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits soit par contrat de mariage soit depuis le mariage, et la jurisprudence a étendu cette disposition à la séparation de corps. De telle sorte que, si la demande en divorce est accueillie, l'époux demandeur en séparation de corps perdra les avantages à lui faits, sans pouvoir faire révoquer à son tour les avantages qu'il a faits à son conjoint, puisque

la séparation de corps ne pourrait plus être prononcée à son profit.

Il y ~~aurait là une véritable~~ injustice. Comment l'éviter ? Deux hypothèses doivent être distinguées.

1° Les deux demandes sont, en ce qui concerne leur instruction, à peu près au même point. — Dans ce cas, les deux demandes seront jointes pour être instruites et jugées en même temps. Comment sera rendu le jugement si les deux demandes sont fondées ? Le tribunal prononcera le divorce sur la demande de l'un des époux et *en tant que de besoin* la séparation de corps sur la demande de l'autre. L'intérêt du demandeur en séparation de corps est ainsi sauvegardé, puisque le jugement prononcera la révocation réciproque des avantages matrimoniaux. Il est vrai qu'au premier abord une pareille décision paraît contradictoire, car le lien conjugal ne saurait être à la fois rompu et relâché ; mais la contradiction n'est qu'apparente. La séparation de corps, en effet, n'est prononcée qu'éventuellement et pour le cas où le jugement de divorce ne sortirait pas à effet. Or, aux termes des articles 251 et 252 du Code civil, comme nous le verrons, le divorce prononcé par le tribunal n'est pas définitif ; il ne le devient que par sa transcription sur les registres de l'état civil dans les deux mois ; à défaut de cette transcription, le jugement de divorce est considéré comme nul et non avenue. Dans ce cas, le demandeur en séparation de corps jouira du bénéfice de la décision qu'il a obtenu de son côté, décision dont les effets seront alors définitifs (Rouen, 7 août 1888, Dalloz, 1890, 2, 361).

2° Les deux demandes ne sont pas au même point : l'instruction de la demande en séparation de corps est déjà fort avancée quand l'action en divorce est introduite. — Dans ce cas il ne saurait y avoir lieu à jonction, car il ne se pourrait sans injustice que la de-

mande primitive fût tenue en suspens par l'introduction tardive d'une demande en divorce. Les deux instances suivront leur cours séparément et il sera statué successivement par deux jugements distincts sur la demande en séparation de corps et sur la demande en divorce.

247. — Il se peut, et cette hypothèse a une grande analogie avec celle que nous venons d'examiner, que les deux époux aient introduit devant le tribunal par voie directe et principale, l'un une demande en divorce, l'autre une demande en séparation de corps.

Si les deux demandes sont au même niveau, elles devront être jointes pour être instruites et jugées simultanément.

Si l'instruction de l'une des deux demandes est beaucoup plus avancée que celle de l'autre, les deux instances seront poursuivies séparément. La séparation de corps est-elle d'abord prononcée, rien ne s'oppose évidemment à ce que le divorce le soit à son tour. Est-ce, au contraire, la demande en divorce qui est accueillie la première, le tribunal aura encore à statuer sur la demande en séparation de corps, tant que le divorce ne sera pas devenu définitif par la transcription ; nous en avons indiqué plus haut l'intérêt. Mais même après la transcription du jugement de divorce, le tribunal devra statuer sur la seconde demande. Il est vrai que dans ce cas il n'y a pas lieu à prononcer la séparation de corps, puisque les époux sont déjà divorcés. Mais il reste d'autres questions qu'il y a intérêt à régler, telles que celles relatives aux frais, à la révocation des avantages matrimoniaux. Ce sont ces questions accessoires que le tribunal résoudra, tout en indiquant qu'il ne saurait y avoir lieu à prononcer la séparation en l'état du jugement qui a divorcé les époux.

248. — L'article 239, § 2, accorde au demandeur en divorce la faculté de transformer, en tout état de cause, sa demande en demande en séparation de corps : « Le demandeur peut, en tout état de cause, transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps. »

Cette disposition, qui n'existait ni dans le projet primitif présenté par le gouvernement ni dans le texte élaboré par la commission, a été introduite dans l'article 239 au cours de la première délibération de la loi du 18 avril 1886 au Sénat, sur la proposition de M. Griffe et a été adoptée sans autre observation que celle-ci de M. Denormandie, membre de la commission : « Nous croyons devoir admettre que lorsqu'un époux a formé, par exemple, une demande en divorce, il peut, au cours de l'instance, se borner à demander la séparation de corps, *parce que qui peut le plus peut le moins* » (Sénat, séance du 10 décembre 1885). Le législateur a eu en vue de favoriser le maintien du lien conjugal en donnant au demandeur en divorce le moyen de restreindre sa demande au prononcé de la séparation de corps. Il a estimé que la séparation étant moins grave que le divorce, le demandeur en divorce devait être autorisé à renoncer à ses premières conclusions et à substituer, en cours d'instance, une demande en séparation de corps à l'action en divorce primitivement introduite.

C'est par simples conclusions posées à l'audience que doit être demandée la transformation.

249. — Cette faculté appartient au demandeur comme au défendeur, dans le cas où celui-ci demande de son côté le divorce par voie reconventionnelle ; par sa demande reconventionnelle, le défendeur devient à son tour demandeur en divorce.

Mais voici que les deux époux, étant respectivement demandeurs en divorce, l'un au principal, l'autre reconventionnellement, un seul, usant du bénéfice de l'article 239, § 2, déclare transformer sa demande en di-

vorce en demande en séparation de corps. La situation est alors la même que lorsque le tribunal est saisi de deux demandes principales tendant l'une au divorce, l'autre à la séparation de corps et dont la jonction a été ordonnée.

Cette situation doit se résoudre d'après les principes que nous avons exposés (*Suprà*, n° 247). Les deux demandes sont-elles fondées, le tribunal prononcera le divorce à la requête de l'un des époux et en tant que de besoin la séparation de corps sur la demande de l'autre.

250. — Le demandeur en divorce pourrait-il, par des conclusions subsidiaires, demander la séparation de corps ?

La négative n'est pas douteuse. La demande en divorce tend à la rupture de l'union conjugale ; la demande en séparation de corps tend au maintien de cette union dans des conditions spéciales ; ces deux demandes ont donc des conséquences complètement différentes et, par suite, l'une ne peut être considérée comme le subsidiaire juridique de l'autre. Il est vrai que le demandeur en interdiction peut, par conclusions subsidiaires, demander la nomination d'un conseil judiciaire. Mais il n'y a aucune analogie entre les deux hypothèses. Les causes de l'interdiction et celles de la nomination d'un conseil judiciaire sont différentes ; c'est le plus ou moins de faiblesse d'esprit du défendeur qui commande l'une ou l'autre de ces mesures ; il peut y avoir lieu à la nomination d'un conseil judiciaire, sans que le tribunal soit obligé d'aller jusqu'à l'interdiction. Au contraire, les causes du divorce et de la séparation de corps sont identiques ; il n'y pas ici une question de plus ou de moins ; s'il n'y a pas lieu à divorce, il n'y a pas lieu davantage à séparation de corps et, dès lors, on ne comprendrait pas une demande tendant au principal au divorce et subsidiairement à la séparation de corps (Paris, 5 mars

1886, *France judiciaire*, X, 2, 221 ; Cass., 30 juin 1886, Dalloz, 1887, 1, 60).

251. — Les instances en divorce intéressant l'état des personnes et l'ordre public, le ministère public doit être entendu (art. 239 C. c. et 83 C. pr.).

252. — Les débats d'un procès en divorce doivent, comme en toute autre matière, avoir lieu en audience publique. Toutefois, le tribunal, s'il estime que la publicité peut avoir des dangers pour l'ordre et les mœurs, est autorisé à ordonner le huis-clos. Telle est la disposition de l'article 239, § 4 : « Les tribunaux peuvent ordonner le huis-clos ».

Ce n'est là que l'application à la matière du divorce des règles du droit commun (Const. du 4 novembre 1848, art. 81 ; art. 87 C. pr.).

253. — C'est dans un intérêt analogue que la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, permet aux tribunaux d'interdire le compte rendu des procès civils (art. 39). En matière de divorce, cette interdiction est de droit. C'est ce que décide l'article 239, § 5 : « La reproduction des débats par la voie de la presse dans les instances en divorce est interdite, sous peine de l'amende de 100 à 200 francs édictée par l'article 39 de la loi du 29 juillet 1881. »

L'article 239, § 5, ne fait que reproduire sur ce point la disposition de l'article 3 de la loi du 27 juillet 1884. Voici en quels termes M. de Marcère, rapporteur de la loi de 1884 à la Chambre des députés, justifiait cette disposition : « Quel est l'objet de ces débats spéciaux ? Les affaires de ménage, la connaissance des relations des deux époux entre eux, les secrets domestiques de la nature la plus intime à la fois et la plus délicate, l'inconduite des uns, la grossièreté des autres, des confidences arrachées par le désespoir à des cœurs ulcérés. Pourquoi ajouter à la cruauté de ces situations, en mul-

tipliant par la presse la publicité de ces débats en dehors de celle du prétoire ? Les plaidoiries accentuent les dissentiments entre les époux et rendent les réconciliations presque impossibles. Pour les familles, elles sont une occasion de tristesse et une cause de déconsidération qui atteint tous les membres. Elles laissent derrière elles de déplorables souvenirs dont souffriront les enfants à la fois innocents et victimes de ces haines. Pour la société, elles sont un sujet de scandales en révélant des plaies sociales dont le spectacle n'est rien moins que moralisateur » (Rapport supplémentaire, *Journ. off.*, n° du 4 juin 1882.)

254. — L'interdiction ne porte que sur les débats. Il en résulte que les jugements, aussi bien les jugements préparatoires que ceux rendus sur le fond, peuvent toujours être publiés.

Et c'est le jugement tout entier qui est excepté de la prohibition, ce qui comprend non seulement le prononcé du jugement, mais encore les qualités, c'est-à-dire l'assignation, les conclusions, les enquêtes.

255. — En principe, les diverses règles, que nous venons d'examiner, en ce qui concerne l'instruction d'une demande en divorce, doivent recevoir leur application dans les instances en conversion d'un jugement de séparation de corps en jugement de divorce. Ainsi, le ministère public doit être entendu ; l'enquête, si elle est nécessaire pour prouver, par exemple, des faits de réconciliation déniés, sera faite devant un juge commissaire ; la reproduction des débats est interdite, etc.

Mais aux règles de procédure, qui régissent les instances en divorce ordinaires, l'article 310, § 3 apporte ici une dérogation. Tandis qu'en cas d'une demande ordinaire, l'audience est publique, à moins que le tribunal n'ait ordonné le huis-clos, le huis-clos est obligatoire quand il s'agit d'une demande en conversion.

« Elle sera débattue, dit l'article 310, § 3, en chambre du conseil ».

La loi a considéré que la publicité de l'audience dans notre hypothèse ne pouvait être qu'inutile et dangereuse ; inutile, puisque la contestation a déjà donné lieu à des débats publics, lors de l'instance en séparation de corps ; dangereuse, car de nouveaux débats publics, greffés sur les débats précédents, ne pourraient qu'avoir des inconvénients pour l'une et l'autre partie, comme pour l'intérêt public.

256. — Les débats d'une demande en conversion doivent avoir lieu à huis-clos ; c'est tout ce que veut dire la loi en édictant que la demande sera débattue *en chambre du conseil*. La juridiction de la chambre du conseil est en règle générale une juridiction gracieuse qui est saisie par simple requête et devant laquelle il n'y a pas de débats contradictoires. Mais il en est autrement dans notre cas ; d'une part, le tribunal est saisi par une assignation (art. 310, § 2) et d'autre part, la loi disant que la demande sera *débattue*, il pourra y avoir lieu à débats contradictoires, les parties assistées de leurs conseils, en présence du ministère public.

256 bis. — Le tribunal devra, comme dans les cas où il siège en audience publique, être assisté du greffier. Le greffier, en effet, fait partie intégrante du tribunal et celui-ci dès lors ne saurait être valablement constitué hors la présence de son greffier qui doit, aux termes de l'article 91 du décret du 30 mars 1808, tenir la plume depuis l'ouverture de l'audience jusqu'à ce qu'elle soit terminée (Paris, 11 février 1886, Sirey, 1886, 2, 180).

257. — Les débats en chambre du conseil seront toujours précédés du rapport du magistrat que le pré-

sident est tenu, aux termes de l'article 310, § 4, de désigner dans son ordonnance.

258. — On s'est demandé si le ministère de l'avoué était obligatoire dans la procédure en conversion.

Lors de la discussion de la loi du 27 juillet 1884 au Sénat, le rapporteur de la commission, M. Labiche, expliqua et défendit les dispositions de l'article 310 relatives à la procédure, en disant qu'elles avaient été inspirées par le souvenir de la procédure suivie pour les demandes en autorisation de femmes mariées, c'est-à-dire par la procédure en chambre du conseil. Or, le ministère des avoués est simplement facultatif devant la chambre du conseil. Et le rapporteur déclara formellement que les parties pourraient, soit comparaître en personne sans assistance d'avoués, soit se faire représenter par avoués ou avocats (Séance du 24 juin 1884).

Cette théorie nous semble difficilement conciliable avec les principes que nous avons posés (*Suprà*, n° 255). L'action en conversion est au fond une véritable action en divorce et elle est soumise, sauf certaines dérogations, aux règles de la procédure du divorce. Ces dérogations, la loi les a limitativement déterminées : la demande est dispensée de l'essai de conciliation et les débats doivent avoir lieu en chambre du conseil. En dehors de ces exceptions, c'est le droit commun qui doit être appliqué. Or, la demande en conversion s'introduit par une assignation (art. 310), et l'assignation doit contenir constitution d'avoué (art. 64 C. pr.). D'autre part, toute partie ajournée devant un tribunal de première instance, si elle ne veut être jugée par défaut, doit constituer avoué (art. 75 C. pr.). L'article 310 ne déroge pas à ces dispositions ; donc le ministère de l'avoué est obligatoire. Et on ne voit pas pourquoi cette garantie de bonne administration ne serait pas exigée, quand il s'agit d'une action, qui peut donner

lieu à des incidents nombreux et à des difficultés qui nécessitent une expérience qui, le plus souvent, fera défaut aux parties. L'opinion du rapporteur de la loi du 27 juillet 1884 n'a pas été formulée en texte législatif : elle n'a qu'une autorité doctrinale.

259. — Nous avons vu (*Suprà*, n^{os} 81 et suiv.) que les tribunaux, saisis d'une demande en conversion, avaient le droit d'apprécier souverainement s'il y a lieu d'admettre ou de rejeter cette demande. Mais leur droit ne va pas au delà. Ils ne peuvent qu'admettre ou rejeter la demande en conversion, et s'ils l'admettent, ils ne peuvent modifier les autres dispositions du jugement de séparation de corps ; ces dispositions ont acquis l'autorité de la chose jugée et doivent être intégralement maintenues.

C'est ce qu'indiquait avec juste raison M. Labiche, rapporteur au Sénat de la loi de 1884, répondant à une question qui lui était adressée sur ce point par M. Batbie : « Le jugement de conversion ne pourra, en ce qui concerne les questions dont se préoccupe le collègue qui m'interroge, modifier les décisions qui résulteront du premier jugement. Autrement, ce serait non un jugement de conversion, mais un jugement de révision ; d'après moi, la seule disposition qui pourra être modifiée sera celle qui avait prononcé la séparation de corps et qui, à la suite de l'épreuve de trois ans, pourra être convertie en disposition prononçant le divorce » (*Journal officiel*, 25 juin 1884). Et c'est bien là, en effet, ce qui ressort du texte même de l'article 310 du Code civil. En se servant du mot *convertir*, le législateur a indiqué clairement qu'il s'agit uniquement de transformer la séparation de corps en divorce en laissant à tous autres égards les époux dans la situation même où ils seraient si le divorce avait été prononcé par le jugement converti (Caen, 25 octobre 1887, Dalloz, 1891, 2, 40 ; Cass., 11 février 1889, Dalloz, 1890,

1, 225 ; Aix, 22 juillet 1890, *France judiciaire*, XV, 2, 30).

260. — Il résulte de là :

1^o Que, lorsque la séparation de corps a été prononcée au profit de l'un des époux, c'est à son profit encore que doit être prononcée la conversion en divorce, alors même que cet époux serait défendeur à la demande en conversion, et que, lorsque la séparation a été prononcée aux torts réciproques des deux époux, la conversion en divorce ne peut être prononcée aux torts de l'un d'eux seulement (Cass., 11 février 1889, Dalloz, 1890, 1, 225).

2^o Que les mesures accessoires, notamment celles relatives à la garde des enfants, doivent être maintenues par le jugement de conversion telles que les avait prescrites le jugement de séparation. Si à cet égard une modification est nécessaire, les époux ne pourraient que se pourvoir ultérieurement par exploit séparé portant assignation devant le tribunal siégeant en audience publique. — Cette solution toutefois, nous devons le reconnaître, n'est pas unanimement acceptée. Il a été décidé, en effet, que si, en principe, le tribunal ne peut rétracter les dispositions du jugement de séparation de corps qui ont acquis force de chose jugée et qui ne sont pas incompatibles avec la conversion, ce principe n'est plus applicable quand il s'agit de mesures relatives à la garde des enfants, ces mesures étant essentiellement provisoires et n'emportant jamais l'autorité de la chose jugée. Il n'y a d'ailleurs, ajoute-t-on, aucune raison pour imposer aux parties l'obligation d'agir par voie principale du moment que les époux sont en présence des juges et qu'il y va de l'intérêt des enfants, dont les tribunaux doivent avant tout se préoccuper, que leur situation soit réglée le plus promptement possible (Bastia, 1^{er} mars 1892, Dalloz, 1892, 2, 417. — Carpentier, *La loi du 18 avril 1886*, n^o 207 ; Moraël, *De la conversion de la séparation de corps en divorce*, n^o 342).

261. — Tel est le principe. Mais ce principe doit recevoir exception lorsque la disposition accessoire du jugement de séparation dont on demande la modification est incompatible avec la nouvelle situation faite aux époux par la conversion. Dans ce cas, la demande peut être portée devant le tribunal saisi de la demande principale en conversion et siégeant en chambre du conseil.

Ainsi, par exemple, lorsque, par application de l'article 212 du Code civil, le jugement de séparation de corps a accordé une pension alimentaire à l'un des époux, l'époux qui a été condamné au service de cette pension peut demander que le jugement de conversion en prononce la suppression. Le maintien de la pension alimentaire, en effet, serait incompatible avec l'état nouveau que crée le jugement de conversion, puisque le divorce, en faisant disparaître l'union conjugale, fait cesser de plein droit les obligations respectives des époux. A vrai dire, le tribunal, dans ce cas, ne modifie pas une disposition du jugement converti ; il ne fait que déduire une conséquence nécessaire, se produisant *ipso jure*, de la décision même qui prononce la dissolution du mariage.

261 bis. — Mais le tribunal appelé à statuer sur une demande de conversion serait-il compétent pour statuer aussi sur la pension alimentaire qui serait, par application de l'article 301 du Code civil, demandée par l'époux qui a obtenu la séparation de corps ?

Nous ne croyons pas que cette question puisse faire difficulté. Il est certain, en effet, que, quelque restreint que soit son pouvoir d'appréciation, rien ne s'oppose à ce que le tribunal puisse se préoccuper de la situation nouvelle qui résultera de la conversion pour chacun des époux. Or, aux termes de l'article 301, « l'époux qui a obtenu le divorce », c'est-à-dire en cas de conversion, l'époux au profit duquel la séparation de corps

a été prononcée, peut demander sous certaines conditions l'allocation d'une pension alimentaire. En faisant droit à cette demande par le jugement même qui admet la conversion, le tribunal ne fait qu'indiquer une conséquence légale qui découle de la décision principale (Lyon, 13 mai 1890, Dalloz, 1892, 2, 166).

262. — Du principe que le tribunal, saisi d'une demande en conversion, doit se borner à admettre ou à rejeter cette demande, sans pouvoir statuer au delà, il résulte que les demandes reconventionnelles ne sont pas recevables dans les instances en conversion. Et, en effet, quelle est la situation du défendeur à une demande en conversion ? S'il a obtenu la séparation de corps, c'est encore à son profit que doit être prononcée le divorce ; si la séparation de corps a été prononcée contre lui, c'est également contre lui que le jugement de séparation doit être converti (*Suprà*, n° 260). Donc inutile dans le premier cas, la demande reconventionnelle est irrecevable dans le second.

263. — Le défendeur à une demande en conversion contre lequel la séparation de corps a déjà été prononcée et qui aurait à invoquer des faits pouvant motiver le divorce à son profit, ne peut donc agir par voie de demande reconventionnelle ; il devra se pourvoir par voie d'action directe et principale.

Il va y avoir lieu alors à une véritable course au clocher. A raison des effets que le divorce produit à l'encontre de l'époux coupable, chacun des époux cherchera à arriver le premier. Comment faire ? Le tribunal ne peut pas joindre évidemment les deux instances, car la procédure d'une demande en conversion diffère de celle d'une demande principale en divorce, la demande en conversion devant être débattue en chambre du conseil et la demande principale devant être portée à l'audience publique. — Nous croyons que chaque procédure spé-

ciala devra être suivie et que, quand les deux instances seront en état, le tribunal prononcera sur le tout par un seul et même jugement. Ce mode de procéder préviendra une véritable injustice; car, il est évident que, si le tribunal statuait tout d'abord sur la première demande, sur la demande en conversion, le défendeur, au cas où cette demande serait admise, ne pourrait plus ultérieurement obtenir le divorce à son profit et amener ainsi la révocation des avantages qu'il a pu faire à son conjoint.

Cette solution peut être acceptée, quand c'est le même tribunal qui est saisi des deux instances. Mais il se peut que, par suite des règles de la compétence, ces deux instances soient portées devant des tribunaux différents, puisque les époux séparés de corps peuvent avoir des domiciles distincts. Voici comment la difficulté, selon nous, devrait être résolue. La demande en conversion sera jugée la première; le défendeur opposera à cette demande les faits sur lesquels il se base dans sa propre demande en divorce; il les opposera, non pas pour faire prononcer le divorce à son profit, ce qui actuellement est impossible, mais pour faire repousser la demande en conversion, puisque le tribunal, dans sa faculté d'appréciation, a le droit de tenir compte des faits postérieurs (*Suprà*, n° 83); dans le cas où cette demande en conversion serait repoussée, le tribunal saisi par le défendeur statuera alors sur la demande en divorce formée par celui-ci.

SECTION IV. — Du jugement.

264. — Le jugement qui admet ou rejette la demande en divorce, comme tout jugement ordinaire, doit être rendu en audience publique (Loi du 20 avril 1810, art. 7).

Il en est ainsi même au cas où le tribunal, usant de

la faculté que lui concède l'article 239, § 4, a ordonné le huis-clos ; il en est encore ainsi même au cas où le huis-clos est obligatoire, c'est-à-dire quand il s'agit d'une demande en conversion qui, aux termes de l'article 310, § 3, doit être débattue en chambre du conseil. Que les débats aient eu lieu ou non en audience publique, le jugement doit toujours être prononcé publiquement. C'est ce que dispose expressément l'article 310, § 5, pour les demandes en conversion : « Le jugement sera rendu en audience publique ».

265. — Lorsque la cause du divorce est établie, le tribunal doit l'admettre. Toutefois, si la demande en divorce est formée pour adultère ou pour excès, sévices ou injures graves, le tribunal peut ne pas l'admettre immédiatement. Telle est la disposition de l'article 246, ainsi conçue :

« Lorsque la demande en divorce a été formée pour toute autre cause que celle qui est prévue par l'article 232, le tribunal, encore que cette demande soit bien établie, peut ne pas prononcer immédiatement le divorce.

« Dans ce cas, il maintient ou prescrit l'habitation séparée et les mesures provisoires pendant un délai qui ne peut excéder six mois.

« Après le délai fixé par le tribunal, si les époux ne se sont pas réconciliés, chacun d'eux peut faire citer l'autre à comparaître devant le tribunal, dans le délai de la loi, pour entendre prononcer le jugement de divorce ».

Le but de la loi, en permettant ainsi aux juges d'imposer aux parties une sorte d'épreuve, est de laisser aux époux le temps de réfléchir, aux passions le temps de se calmer et d'arriver par là à une réconciliation, si c'est possible. « Y a-t-il utilité à retarder la procédure, lorsqu'elle est assez avancée pour que le tribunal n'ait

plus qu'à statuer ? L'ajournement prononcé n'est-il pas une mesure arbitraire ? Ne suffit-il pas des précautions prises au début de l'affaire pour tenter de réconcilier les époux ? Il a paru qu'aucune chance de rapprochement, si faible qu'elle puisse être, ne devait être négligée » (Exposé des motifs de la loi du 18 avril 1886).

266. — L'ancien article 259 du Code civil fixait à une année la durée de l'épreuve que le tribunal pouvait imposer aux époux ; d'autre part, il ne permettait cette épreuve que dans le cas où le divorce était demandé pour excès, sévices ou injures graves. La loi du 18 avril 1886 a pensé qu'une durée de six mois était suffisante et que l'épreuve pouvait être tentée, même lorsque la demande est formée pour cause d'adultère, parce que c'est là précisément un des cas où le temps peut faire le plus efficacement son œuvre.

Mais le tribunal ne peut surseoir au prononcé du jugement, lorsque la demande en divorce est basée sur une condamnation à une peine afflictive et infamante (art. 246). Et cependant ne peut-il pas y avoir espoir d'arriver, même dans ce cas, non pas à une réconciliation proprement dite, puisqu'il n'y a pas de torts à pardonner, mais du moins à une renonciation ? Quoique l'article 246, à cet égard, puisse peut-être difficilement se justifier, son texte n'en est pas moins formel.

267. — Qu'en est-il dans l'hypothèse de l'article 310, quand le divorce est demandé comme conséquence de la séparation de corps ? — Nous n'hésitons pas à décider que l'épreuve, dans ce cas, ne peut être ordonnée. L'article 246 dit bien qu'elle peut l'être, quand la demande est formée pour *toute autre cause* que celle prévue par l'article 232 ; mais il y a lieu de remarquer que la loi ne fait pas de la séparation de corps une cause proprement dite de divorce. Et d'ailleurs l'épreuve

n'a-t-elle pas déjà duré trois ans ? Quel intérêt y aurait-il à la renouveler, alors surtout que la demande en conversion et les débats, auxquels cette demande a donné lieu, ont encore aggravé la situation ?

268. — Le jugement qui surseoit au prononcé du divorce est, selon nous, susceptible d'un appel immédiat. Le principe, en effet, est qu'il peut être appelé immédiatement de tout jugement qui porte sur une contestation d'une valeur indéterminée. La loi ne fait exception à cette règle que pour les jugements préparatoires, pour ces jugements qui ne préjugent en rien le fond de la cause. Or, le jugement, qui surseoit au prononcé du divorce, n'est pas un jugement préparatoire. C'est même plus qu'un jugement interlocutoire. S'il ne dessaisit pas le tribunal, il n'est pas moins un jugement définitif en ce sens qu'il fait connaître à l'avance d'une manière sûre et positive quelle sera la sentence des juges, puisque, comme nous allons le voir, après le délai expiré et à défaut de réconciliation, le divorce doit nécessairement être prononcé sur la demande de l'un ou l'autre des époux.

269. — Le jugement de sursis est également susceptible d'opposition quand il a été rendu par défaut. Rien, en effet, ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi qui règle la procédure du divorce ne peut autoriser une exception à ce principe fondamental qui se rattache au droit de défense et d'après lequel l'opposition est toujours ouverte contre les jugements de défaut (Amiens, 30 novembre 1887, Dalloz, 1890, 4, 160).

270. — Quand le tribunal, usant de la faculté que lui accorde l'article 246, ordonne qu'il sera sursis au prononcé du jugement, il doit maintenir ou prescrire l'habitation séparée ; l'épreuve a d'autant plus de chance de réussir que les époux auront un domicile

distinct. Il doit en même temps maintenir ou prescrire les mesures provisoires que la situation rend nécessaires.

En principe et pendant l'instance en divorce, les époux peuvent conserver leur résidence commune ; le président ou le tribunal n'ordonne une résidence séparée que lorsque l'un des époux la demande (art. 236, 238, §§ 2 et 5). Ici, au contraire, l'habitation séparée est obligatoire et le tribunal doit la prescrire, même d'office.

271. — Quel est l'effet du sursis ? — Le délai expiré, peut-il y avoir lieu à de nouveaux débats ? — Le sursis peut-il être ordonné en tout état de cause, en appel comme en première instance ? — Au cas où une première épreuve n'aurait pas réussi, le tribunal pourrait-il de nouveau ajourner les époux ?

Toutes ces questions, nous les trouvons résolues dans l'Exposé des motifs de la loi du 18 avril 1886. « A l'expiration du délai fixé, le tribunal peut-il reprendre l'examen de l'affaire au fond, ou doit-il, s'il en est requis, prononcer le divorce ? Cette interprétation doit être adoptée. On n'a pas voulu donner aux juges le pouvoir de prolonger à leur gré la durée de l'instance ; on a voulu que, le cas échéant, les parties pussent avoir le temps de réfléchir. Mais quand, l'épreuve terminée, elles persistent, le tribunal doit prononcer le divorce. Aussi l'ajournement ne peut-il pas être prononcé en tout état de cause ; il ne pourrait l'être, par exemple, avant l'enquête. C'est seulement lorsque l'affaire est terminée, la preuve faite, le droit au divorce établi, que le tribunal pour remettre à six mois sa décision. Au bout de ce temps, elle doit être nécessairement rendue immédiatement, si l'une des parties le requiert. L'ajournement ne pourrait donc être prononcé plusieurs fois. En outre, cette faculté n'appartient

qu'au juge de première instance et non au juge d'appel. » Ainsi :

1° Le délai fixé est-il expiré sans qu'il y ait eu réconciliation, le tribunal, s'il en est requis, doit nécessairement et sans qu'il puisse y avoir lieu à de nouveaux débats, prononcer le divorce ; il ne lui est plus loisible ni de rejeter la demande ni d'ajourner une seconde fois sa décision (Trib. de Péronne, 6 avril 1887, Dalloz, 1890, 4, 158).

2° Le sursis ne peut être ordonné que lorsque la demande est complètement instruite, justifiée, et qu'il n'y a plus qu'à prononcer le divorce. C'est ce que suppose évidemment la dernière disposition de l'article 246 en permettant à l'un des époux, le délai expiré, de faire citer son conjoint pour *entendre prononcer le divorce*. Ce n'est pas, en effet, pour permettre aux parties de recueillir de nouvelles preuves à l'appui de leurs prétentions que la loi autorise le tribunal à surseoir à statuer ; c'est uniquement un délai d'épreuve que les magistrats impartissent aux époux dans le but d'amener un rapprochement entre eux.

3° Le sursis ne peut être prononcé que par le tribunal. Ce serait, en effet, prolonger l'instance indéfiniment et sans utilité que de permettre aux juges d'appel d'essayer à nouveau une réconciliation qu'rien jusqu'ici n'a pu amener.

272. — La durée de l'épreuve ne peut excéder six mois ; mais rien ne s'oppose à ce que le tribunal fixe une durée moindre. C'est là encore une différence avec le système du Code civil, qui ne laissait, à cet égard, aucune latitude aux magistrats : d'après l'ancien article 260, l'épreuve devait durer une année.

273. — Notre article 246 contient une innovation plus importante encore. Aux termes de l'ancien article 260, c'était le demandeur seul qui, le délai expiré, pou-

vait requérir le tribunal de statuer définitivement sur la demande. D'après l'article 246, ce droit appartient indistinctement aux deux époux. La loi n'a pas voulu que le défendeur fût obligé de rester indéfiniment et jusqu'à ce qu'il plût à son conjoint de la faire cesser, dans cette situation anormale qui n'est ni le mariage ni le divorce.

274. — A l'expiration du délai fixé, le tribunal est saisi par une citation ; le demandeur ou le défendeur cite son conjoint à comparaître devant le tribunal pour entendre prononcer le jugement de divorce (art. 246).

Cette citation doit être donnée pour comparaître « dans le délai de la loi », c'est-à-dire à huit jours francs.

Remarquons que la loi n'indique aucun délai, à partir de l'expiration du terme fixé par le tribunal, dans lequel la citation doit être donnée. Le législateur a pensé qu'il ne devait pas hâter la reprise d'une instance qu'il serait désirable de voir tomber.

275. — L'article 246 suppose que l'époux défendeur a comparu dans l'instance en divorce. L'article 247, § 1^{er}, prévoit une autre hypothèse, celle où, l'assignation n'ayant pas été délivrée à la partie défenderesse, cette partie fait défaut.

« Lorsque l'assignation n'a pas été délivrée à la partie défenderesse en personne et que cette partie fait défaut, le tribunal peut, avant de prononcer le jugement sur le fond, ordonner l'insertion dans les journaux d'un avis destiné à faire connaître à cette partie la demande dont elle a été l'objet. »

Cette disposition se justifie d'elle-même. Il faut, en cette matière, éviter, autant que possible, les jugements de défaut. L'avis inséré dans les journaux, en faisant connaître à l'époux défendeur la demande in-

tentée contre lui, pourra l'amener à se défendre, dans le cas où son défaut ne serait pas volontaire.

276. — La loi n'oblige pas le tribunal à ordonner cette insertion. Il peut, en effet, se présenter telles circonstances où elle serait inutile, dans le cas, par exemple, où il serait établi que le défendeur, bien que l'assignation ne lui ait pas été délivrée à personne, a eu néanmoins connaissance de la demande.

277. — L'article 247 ne détermine pas le délai dans lequel le tribunal, après avoir ordonné l'insertion, devra statuer au fond ; la loi s'en rapporte, à cet égard, à son appréciation. Ce délai peut, suivant les cas, être plus ou moins long ; la loi ne pouvait le fixer *a priori*.

278. — Qui désignera les journaux dans lesquels l'insertion devra être faite ? — L'article 247 n'en dit rien, mais il faut décider que cette désignation appartient au tribunal, et non au demandeur intéressé peut-être à dissimuler la demande. Les travaux préparatoires de la loi de 1886 ne laissent aucun doute à cet égard : « Je n'ai pas bien compris, disait M. Le Guen, au Sénat, si le texte donne au tribunal le pouvoir de désigner les journaux dans lesquels se fera l'insertion. Je crois qu'il serait important que le choix des journaux ne fût pas laissé au demandeur ». Et le rapporteur de la commission répondait : « Le texte dit : dans les journaux qu'il désigne » (Séance du 22 décembre 1885). Le rapporteur confondait ainsi le paragraphe 1^{er} de l'article 247, qui prévoit l'insertion d'un avis de la demande, avec le paragraphe 3 du même article qui règle la publication du jugement. Mais l'intention des rédacteurs de la loi de 1886 de laisser le choix des journaux au tribunal n'en demeure pas moins certaine.

279. — L'ancien article 298 du Code civil voulait qu'en cas de divorce admis pour cause d'adultère, la femme adultère fût condamnée, par le même jugement et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction, pour un temps qui ne pouvait être moindre de trois mois ni excéder deux années.

Cette disposition dérogeait à l'ordre général des juridictions, puisqu'elle permettait à un tribunal civil de prononcer une peine correctionnelle comme accessoire d'une sentence sur une contestation civile. De plus, elle consacrait une justice et une inégalité. L'article 298 consacrait une injustice, car il violait le grand principe de la liberté de la défense. Il est de règle, en effet, que, quand deux personnes sont prévenues en qualité de complices ou de coauteurs du même fait, elles soient comprises dans la même poursuite et comparaissent ensemble devant le tribunal pour subir un jugement commun. Cette comparution simultanée est indispensable pour que le tribunal puisse apprécier la part de responsabilité qui incombe à chacun. Or, la disposition de l'article 298 amenait ce résultat fâcheux que la condamnation ne pouvait être prononcée que contre la femme, comparaisant seule et en l'absence de son complice. — D'autre part, l'article 298 consacrait une inégalité, puisqu'il ne visait que l'adultère de la femme, et qu'au cas où le divorce était prononcé contre le mari adultère, celui-ci ne pouvait être condamné par le tribunal.

L'ancien article 298 s'expliquait historiquement. La législation intermédiaire, en vigueur au moment de la confection du Code civil, ne punissait pas l'adultère. Le législateur de 1804 pensa qu'il y avait là une lacune et c'est dans l'impatience de la combler qu'il édicta l'article 298. Aujourd'hui, cette disposition n'avait plus sa raison d'être, puisque l'adultère est puni par notre

Code pénal. Aussi la loi du 27 juillet 1884 l'a-t-elle supprimée.

280. — Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce doit être affiché et publié. Telle est la disposition de l'article 250 :

« Extrait du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce est inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce que dans les chambres des avoués et des notaires.

« Pareil extrait est inséré dans l'un des journaux qui se publient dans le lieu où siège le tribunal ou, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux publiés dans le département. »

Quand l'un des époux est commerçant, il faut de plus que le jugement de divorce soit lu à l'audience du tribunal de commerce du lieu, s'il y en a (art. 66, C. com.).

On comprend l'utilité de ces mesures de publicité. Le divorce modifie l'état civil des époux ; il crée une situation légale absolument différente de celle qui existait jusqu'alors. Il faut donc que les tiers sachent que la condition des époux, quant à l'administration de leurs biens, se trouve changée.

281. — Le choix des journaux dans lesquels doit être publié l'extrait du jugement du divorce est laissé en principe au demandeur. Mais il en est autrement, quand il s'agit d'un jugement de défaut et que la signification de ce jugement n'a pas été faite à personne : dans ce cas, c'est le président qui, par ordonnance sur requête, désignera les journaux (art. 247, § 3). C'est qu'en effet, la publicité donnée à un jugement de défaut, qui n'a pas été signifié à personne, a pour but, non seulement de sauvegarder les intérêts des tiers, mais encore d'avertir le défendeur de la décision prise contre lui. On comprend dès lors que, dans ce cas, la

loi n'ait pas voulu que le choix des journaux, où se fera cette publicité, fût laissé au demandeur dont l'intérêt est peut-être d'arriver au divorce, sans que son conjoint ait eu la possibilité de se défendre.

282. — Quelle serait la sanction du défaut de publicité ? — La loi n'en édicte aucune.

L'exécution du jugement ne serait donc pas entachée de nullité par cela seul qu'elle aurait eu lieu avant que ce jugement ait été rendu public. Il n'y a pas à appliquer ici l'article 872 du Code de procédure civile, aux termes duquel un jugement de séparation de biens ne peut être exécuté tant que les formalités de publicité n'ont pas été remplies ; et la preuve, c'est que l'article 252 du Code civil fait courir le délai, pendant lequel la transcription du jugement doit être faite, non pas du jour où les formalités de publicité ont été remplies, mais du jour où le jugement est devenu définitif.

283. — Mais faut-il appliquer, en matière de divorce, l'article 873 du Code de procédure civile ? Les créanciers qui, nous allons le voir (*Infra*, n° 305), ont trente ans pour attaquer, par la voie de la tierce opposition, le jugement de divorce, verront-ils, au cas où le jugement aura reçu la publicité exigée, leur action restreinte au délai d'un an pendant lequel le jugement doit rester affiché dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce ? — La question doit se résoudre par une distinction.

Si l'un des époux est commerçant, la tierce opposition doit, à peine de déchéance, être exercée par les créanciers dans le délai d'un an mentionné en l'article 872 du Code de procédure ; les créanciers n'auraient trente ans pour exercer leur action que dans le cas où le jugement de divorce n'aurait pas été rendu public. Sur ce point l'article 66 du Code de commerce, que la loi du 18 avril 1886 n'a pas abrogé, est formel : « Tout

jugement qui prononce une séparation de corps ou un divorce entre mari et femme, dont l'un serait commerçant, sera soumis aux formalités prescrites par l'article 872 du Code de procédure civile ; à défaut de quoi, les créanciers seront toujours admis à s'y opposer, pour ce qui touche leurs intérêts et à contredire toute liquidation qui en aurait été la suite. » *Toujours*, c'est-à-dire pendant trente ans.

Mais cette déchéance ne s'applique pas au cas où aucun des deux époux n'est commerçant. Et, en effet, le délai pour former tierce opposition est, en règle générale, de trente ans. La disposition de l'article 873 du Code de procédure civile constitue donc une dérogation au droit commun et doit, par cela même, être restreinte au cas pour lequel elle est édictée. Or, l'article 873 ne vise que l'hypothèse d'un jugement de séparation de biens. La disposition ne doit pas être étendue aux séparations de biens qui sont la suite de jugements prononçant le divorce.

284. — Les voies de recours contre les jugements se divisent, on le sait, en voies ordinaires, qui sont l'opposition et l'appel, et en voies extraordinaires, comme la tierce opposition, la requête civile et le pourvoi en cassation.

Ces voies de recours existent-elles en notre matière ?

285. — I. De l'opposition. — L'opposition est la voie ordinaire pour attaquer les jugements ou arrêts par défaut.

Sous l'empire du Code civil et de la loi du 27 juillet 1884, l'opposition n'était pas recevable contre les jugements de divorce. L'ancien article 263, en effet, fixant le délai pour interjeter appel d'un jugement qui statuait sur une demande en divorce, le faisait courir du jour de la signification, que le jugement eût été

rendu contradictoirement ou par défaut ; ce qui excluait évidemment, au regard du jugement par défaut, toute autre voie de recours que l'appel. L'opposition, au contraire, était admise contre les arrêts de défaut, car l'ancien article 295, fixant le délai dans lequel le divorce doit être prononcé par l'officier de l'état civil, quand la demande avait été accueillie, indiquait, comme point de départ de ce délai, à l'égard des arrêts par défaut, l'expiration du délai *d'opposition*.

La loi du 18 avril 1886 a assimilé, à ce point de vue, les jugements aux arrêts. Il n'y avait pas de raison, en effet, pour admettre l'opposition dans un cas et ne pas l'admettre dans l'autre, alors d'ailleurs que, dans une matière aussi grave, il ne fallait rien négliger pour que les décisions par défaut fussent aussi rares que possible. L'opposition est donc recevable contre les jugements par défaut aussi bien que contre les arrêts. Telle est la disposition de l'article 247, §§ 2 et 3 :

« Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce par défaut est signifié par huissier commis.

« Si cette signification n'a pas été faite à personne, le président ordonne sur simple requête la publication du jugement par extrait dans les journaux qu'il désigne. L'opposition est recevable dans le mois de la signification, si elle a été faite à personne, et, dans le cas contraire, dans les huit mois qui suivront le dernier acte de publicité. »

286. — Cette disposition déroge profondément au droit commun. En matière ordinaire, il faut, au point de vue du délai d'opposition, distinguer entre le défaut contre avoué et le défaut contre partie. Si le jugement est rendu contre une partie ayant un avoué, l'opposition ne sera recevable que pendant huitaine, à compter du jour de la signification à avoué ; s'il est rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué, l'oppo-

sition sera recevable jusqu'à l'exécution du jugement (art. 157, 159, C. pr.).

Une pareille distinction, si elle eût été admise en matière de divorce, aurait donné lieu à de grandes difficultés. Comment se fera cette exécution du jugement de défaut contre partie, jusqu'à laquelle l'opposition est recevable ? N'est-il pas même impossible d'exécuter un tel jugement, alors que l'époux défendeur n'a point d'immeubles et qu'il n'a ni domicile ni résidence connus ? La transcription du jugement sur les registres de l'état civil eût-elle été une exécution suffisante ? C'est pour couper court à toutes ces difficultés que l'article 247 détermine, dans tous les cas, un délai préfix.

Mais l'article 247 fait une autre distinction. Il distingue suivant que la signification de la décision de défaut a été faite ou non à personne. Si la signification est faite à personne, l'opposition doit, à peine de déchéance, être formée dans le mois de cette signification ; si la signification n'est pas faite à personne, le jugement doit être publié par extrait dans les journaux, et c'est dans les huit mois qui suivent le dernier acte de publicité que l'opposition doit être formée.

287. — Le délai de huit mois ainsi donné à l'époux défendeur pour faire opposition, dans le cas où la signification ne lui a pas été faite à personne, n'a pas été fixé arbitrairement ; c'est le délai le plus long déterminé par le Code de procédure pour les ajournements donnés aux individus qui sont hors de France (Exposé des motifs de la loi du 18 avril 1886).

288. — Pour que le défendeur puisse bénéficier de ce délai — certainement excessif — de huit mois, il importe peu qu'il ait comparu lors de la tentative de conciliation ; il importe peu que l'assignation introductive d'instance lui ait été donnée à lui-même, qu'il ait un

domicile connu et que même la copie du jugement ait été remise à ce domicile ; il suffit que la signification du jugement n'ait pas été faite à sa personne. A cet égard, le système de la loi n'est peut-être pas à l'abri de toute critique.

289. — L'époux, qui a obtenu le jugement de divorce, n'est pas enchaîné par le délai d'opposition ; il peut poursuivre l'exécution du jugement par un commandement, par une saisie, par la liquidation de ses reprises. Il n'y a qu'une chose qu'il ne puisse faire, la transcription du jugement sur les registres de l'état civil (art. 252).

Bien entendu nous appliquerons alors ici la disposition de l'article 155 du Code de procédure civile : les actes d'exécution ne pourront commencer avant l'échéance de la huitaine de la signification à avoué, s'il y a eu constitution d'avoué, et de la signification à personne ou à domicile, s'il n'y a pas eu constitution d'avoué.

290. — L'opposition est recevable, aussi bien s'il s'agit d'un jugement de conversion que s'il s'agit d'un jugement statuant par défaut sur une demande directe et principale en divorce. Il faut appliquer dans le premier cas, comme dans le second, l'article 247 §§ 2 et 3, car le jugement, qui convertit une séparation de corps en divorce, est un « jugement qui prononce le divorce ».

291. — Nous avons supposé jusqu'ici le défaut du défendeur. Le jugement rendu par défaut-congé contre le demandeur serait-il susceptible d'opposition ? — Sans aucun doute ; il n'y aurait, à notre avis, aucune raison pour faire une différence entre le demandeur et le défendeur. En disant, dans l'article 239, que la demande en divorce est instruite et jugée dans la forme ordinaire, la loi a voulu mettre l'action en divorce sur la même

ligne que toute autre action, et, sauf les exceptions qui peuvent résulter d'un texte formel, c'est le droit commun qui est applicable. Le jugement de défaut-congé pourra donc être attaqué par la voie de l'opposition dans la huitaine (art. 157, C. pr.) .

292. — II. De l'appel. — Les jugements en matière de divorce sont susceptibles d'appel conformément au droit commun.

Dans quel délai l'appel doit-il être interjeté ? — La question est résolue par les paragraphes 1 et 2 de l'article 248 :

« L'appel est recevable pour les jugements contradictoires dans les délais fixés par les articles 443 et suivants du Code de procédure civile.

« S'il s'agit d'un jugement par défaut, le délai ne recommence à courir qu'à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable. »

C'est là l'application pure et simple du droit commun. Le délai pour interjeter appel est de deux mois. S'agit-il d'un jugement contradictoire, les deux mois courent du jour de la signification à personne ou à domicile ; s'agit-il d'un jugement par défaut, les deux mois courent du jour où l'opposition n'est plus recevable suivant la distinction établie par l'article 247 du Code civil. Il faut d'ailleurs appliquer ici les dispositions des articles 73 et 1033 du Code de procédure civile relativement à l'augmentation des délais à raison des distances.

293. — En principe, l'appel est signifié, au domicile de la partie contre laquelle il est interjeté. La femme n'ayant d'autre domicile que celui de son mari (art. 108), ce sera donc au domicile du mari qu'en règle générale l'appel, interjeté par le mari contre le jugement de divorce, devra être signifié.

Mais le plus souvent, durant l'instance, la femme

aura été autorisée à quitter la maison commune et à avoir une résidence séparée. C'est alors à cette résidence que l'appel interjeté par le mari devra être signifiée à la femme. Il est vrai que la résidence séparée de la femme, pendant l'instance en divorce, étant accidentelle et provisoire, n'a pas les caractères qui font le domicile. Mais ne serait-il pas étrange, ne serait-ce pas ouvrir la porte à la fraude, quand il s'agit d'exploits faits à la requête du mari, que de charger l'adversaire de la femme de recevoir pour elle les actes qu'il lui adresse ? (Dalloz, V^o *Domicile*, n^o 77).

294. — En laissant expirer les délais d'appel, le défendeur peut acquiescer tacitement au jugement qui prononce contre lui le divorce. En faut-il conclure qu'il pourrait y acquiescer expressément ? — La question est vivement controversée en matière de séparation de corps ; mais elle ne saurait l'être en matière de divorce. En effet, aux termes de l'article 249 : « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement. »

Sur quel motif est fondée cette prohibition de la loi ? L'acquiescement, a-t-on dit, implique le droit de disposition et ce droit de disposition ne saurait exister dans les matières qui intéressent l'ordre public. Or, le jugement qui prononce le divorce ne se réfère pas exclusivement à des intérêts privés ; une pareille décision touche évidemment à l'ordre public, puisqu'elle touche à la condition des personnes et à la constitution de la famille, cette base des sociétés. La loi était bien obligée d'admettre cette sorte d'acquiescement tacite qui résulte de l'expiration des délais d'appel, car elle ne pouvait contraindre le défendeur à remettre en question la chose jugée contre lui en première instance et, d'autre part, il fallait bien limiter les délais d'appel ; mais elle ne pouvait valider, en pareille matière, un acquiescement pur et simple qui constitue

de la part du défendeur, une véritable renonciation au droit de recours qui lui appartient. A cela on pourrait répondre peut-être que si le divorce touche à l'ordre public, c'est en ce sens seulement qu'il ne saurait être permis aux époux de briser le lien conjugal de leur seul consentement et sans l'intervention de l'autorité judiciaire. Mais lorsque cette intervention a eu lieu, l'ordre public a reçu satisfaction et se trouve complètement garanti par l'examen auquel les magistrats se sont livrés, et dès lors plus rien ne s'oppose, ce semble, à ce que l'époux défendeur renonce expressément à des voies de recours qu'il est assurément libre d'exercer ou de ne pas exercer. Quoiqu'il en soit, la loi est formelle.

295. — L'article 249 s'applique à l'acquiescement exprès; il s'applique également à cet acquiescement tacite qui résulte de l'exécution volontaire du jugement ou de l'arrêt. Sans doute, la disposition principale de la décision qui prononce le divorce ne peut être exécutée que lorsque cette décision est devenue définitive par l'expiration soit des délais d'appel soit des délais de pourvoi (art. 252), et dès lors il ne peut être question sous ce rapport d'acquiescement résultant de l'exécution. Mais il est d'autres dispositions qui peuvent être exécutées avant même l'expiration des délais d'appel ou de pourvoi, telle est celle qui condamne l'une des parties au paiement des frais. Le paiement des frais, même volontaire, ne privera pas l'époux qui l'a fait du droit d'appeler du jugement qui l'y a condamné ou de se pourvoir contre l'arrêt qu'il a ainsi en partie exécuté (Chambéry, 19 juillet 1887, Dalloz, 1888, 2, 99).

296. — De ce que l'acquiescement n'est pas possible, faut-il en conclure que les parties ne pourraient se désister d'un appel déjà formé ? — On est allé quelquefois jusque-là. Le désistement de l'appel d'un jugement

qui prononce le divorce constitue tout à la fois, a-t-on dit, une transaction et un acquiescement. Or, il est évident qu'on ne peut transiger sur des matières qui intéressent l'ordre public, et, d'autre part, l'article 249 défend l'acquiescement à un jugement qui prononce le divorce.

Cette théorie ne nous paraît pas exacte. Sans doute, on ne peut transiger sur des questions qui touchent à l'ordre public, pas plus qu'on ne peut acquiescer à un jugement de divorce. Mais le désistement d'appel n'est ni une transaction ni un acquiescement.

Et d'abord ce n'est pas une transaction. La transaction, en effet, porte sur le fond même du droit; elle implique une renonciation à ce droit. Le désistement, au contraire, est une simple renonciation à l'instance; c'est l'abandon de l'exercice actuel du droit, ce n'est pas l'abandon du droit lui-même. Or, si on comprend que l'ordre public s'oppose à ce qu'on puisse transiger sur le droit de faire appel d'un jugement de divorce et renoncer par suite à ce droit qui touche à une question d'état, on comprend également que l'ordre public n'est en rien intéressé à ce qu'on se désiste d'un appel déjà interjeté, alors que ce désistement ne constitue qu'une renonciation à l'exercice actuel du droit et laisse intact le droit lui-même. Sans doute, si le désistement — et ce sera le cas le plus fréquent — intervient à la suite d'une transaction, il est évident que ce désistement sera nul; mais s'il est nul, c'est uniquement parce qu'il constitue alors l'exécution d'une convention illicite.

Pas plus qu'il n'est une transaction, le désistement d'appel n'est un acquiescement au jugement. Acquiescer, c'est adhérer au jugement et renoncer à l'attaquer, c'est abandonner le droit d'appel. Se désister, c'est abandonner l'instance, l'exercice actuel du droit d'appel, mais ce n'est pas renoncer à ne plus appeler si on

se trouve dans les délais. Il est vrai que si les délais sont expirés, le désistement équivaudra à un acquiescement. Mais qu'importe ? La loi qui donne aux parties le droit d'appeler ne les oblige pas à user de ce droit, et si elles peuvent par leur silence laisser le jugement acquérir l'autorité de la chose jugée, n'est-il pas logique qu'elles puissent se désister de l'appel déjà formé, alors qu'elles reconnaissent que c'est à tort qu'elles ont appelé ? (Coulon et Faivre, *Manuel formulaire du divorce*, p. 239 ; Madic, la *Loi*, n° du 4 avril 1886).

297. — Des termes de l'article 249 découle une double conséquence :

1° La prohibition de la loi est générale et s'étend à toutes les dispositions du jugement ou de l'arrêt, qu'il s'agisse de la disposition principale qui prononce le divorce ou des dispositions accessoires, telles que celles relatives à la garde des enfants, au règlement de la pension alimentaire, etc. L'article ne fait aucune distinction.

2° C'est le jugement ou l'arrêt qui *prononce le divorce* qui n'est pas susceptible d'acquiescement, c'est-à-dire la décision définitive qui, en admettant le divorce, dessaisit le tribunal ou la cour. Il est donc permis d'acquiescer aux jugements qui repoussent la demande en divorce, comme aux jugements interlocutoires ordonnant la preuve des faits allégués ou toute autre mesure d'instruction (Cass., 29 janvier 1890, Dalloz, 1890, 1, 480).

298. — Sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884, la question s'était élevée de savoir si l'appel devait être jugé en audience solennelle ou en audience ordinaire.

L'article 22 du décret du 30 mars 1808 dispose que les contestations intéressant l'état civil des personnes doivent être jugées en audience solennelle, mais il ex-

cepte de la juridiction des chambres réunies les questions qui doivent être jugées à bref délai. D'autre part, l'article 262 du Code civil disposait que les appels en matière de divorce seraient jugés comme affaires urgentes. Fallait-il tirer argument de ce texte pour faire rentrer les appels des jugements de divorce dans l'exception édictée par le décret de 1808 ? — Sur ce point, les cours s'étaient divisées ; les unes tenant pour l'audience solennelle, les autres pour l'audience ordinaire. C'est dans ce dernier sens que s'était prononcée la cour de cassation (Arrêt du 12 août 1885, Sirey, 1886, 1, 193).

Le décret du 30 avril 1885 mit fin à la controverse en décidant que les appels des instances en divorce devaient être jugés en audience ordinaire.

C'est cette disposition que reproduit l'article 248, § 3 : « En cas d'appel, la cause s'inscrit à l'audience ordinaire et comme affaire urgente ». *Comme affaire urgente...* Cela a été prescrit, lisons-nous dans le rapport au Sénat de la loi du 18 avril 1886, pour que ces causes puissent venir même pendant les vacances judiciaires, si cela semble nécessaire.

299. — L'appel des jugements de conversion doit être débattu en chambre du conseil. — La loi du 27 juillet 1884 était muette à cet égard ; mais il résultait des explications échangées au Sénat (séance du 24 juin 1884), lors de la discussion de cette loi, entre le rapporteur de la commission et M. de Marcère que la procédure exceptionnelle organisée par l'article 310 devait être suivie en appel. La loi du 18 avril 1886, pour éviter toute difficulté, a cru devoir s'en expliquer formellement. De là le paragraphe 6 de l'article 310 ainsi conçu :

« La cause en appel sera débattue et jugée en chambre du conseil, sur rapport, le ministère public entendu. L'arrêt sera rendu en audience publique. »

300. — Les demandes reconventionnelles peuvent se produire en appel sans être considérées comme demandes nouvelles » (Art. 248, § 4).

L'article 464 du Code de procédure ne permet de former une demande nouvelle en appel qu'autant que cette demande serait une défense à l'action principale. La demande reconventionnelle en divorce formée en appel est évidemment une demande nouvelle, puisqu'elle n'a pas été soumise au premier degré de juridiction, et elle n'est pas une défense à l'action principale, puisqu'elle ne saurait avoir pour résultat de faire rejeter cette action. Donc, si on eût appliqué ici les principes généraux, il eût fallu dire que la demande reconventionnelle en divorce n'est pas recevable en appel. L'article 248, § 4 en a décidé autrement. La loi a pensé qu'il ne serait pas juste que le défendeur, qui a lui-même des causes de divorce à invoquer et survenues peut-être depuis le jugement de première instance, fût obligé de soumettre au premier degré de juridiction sa demande reconventionnelle et se trouvât ainsi exposé à ne plus pouvoir obtenir le divorce à son profit, si la dissolution du mariage venait à être prononcée à la requête de son conjoint, avant que lui-même eût pu faire statuer sur sa propre demande.

301. — Mais le demandeur pourrait-il, en appel, transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps, comme il le peut en première instance, aux termes de l'article 239, § 2 ?

La question, à notre avis, doit se résoudre négativement. Il est de principe, en effet, qu'en cause d'appel, aucune demande nouvelle ne peut être formée (art. 464, C. pr.). Or, l'époux, qui, en première instance, a demandé et obtenu le divorce, ne peut, en appel, transformer sa demande en séparation de corps, car il demanderait en appel ce qu'il n'a pas demandé en première instance, il formerait une demande nouvelle.

Il est vrai que l'article 239 dispose que la transformation peut avoir lieu *en tout état de cause*. Mais ces mots ne doivent pas être entendus ici dans le sens qu'on y attache ordinairement. L'article 239, en effet, ne s'occupe que de l'instruction en première instance ; l'instruction en appel est réglementée par l'article 248. Or, l'article 248 indique bien, comme l'article 239, la forme dans laquelle la cause doit être instruite ; il autorise les demandes reconventionnelles en appel, comme en première instance ; mais il ne donne nullement au demandeur le droit de transformer sa demande en divorce. Et alors apparaît le véritable sens de ces mots de l'article 239 : *en tout état de cause*. On aurait pu se demander jusqu'à quel moment la transformation pourrait avoir lieu, si elle pouvait être demandée alors que la cause était en état, que les conclusions avaient été posées, alors même que l'enquête avait été ordonnée, qu'elle avait eu lieu. L'article 239, pour couper court à toute difficulté à cet égard, répond que la transformation peut être demandée *en tout état de cause*, c'est-à-dire pendant toute la durée de l'instance, jusqu'au jugement sur le fond. C'est dans le même sens que ces mots sont pris dans l'article 443 du Code de procédure civile.

Et c'est bien là l'intention du législateur, telle que nous la révèlent les travaux préparatoires. Dans la séance du 24 décembre 1885, lors de la discussion au Sénat de l'article 6 de la loi du 18 avril 1886, qui permet, même en cours d'appel, de convertir les instances en séparation de corps en instances en divorce, M. de Gavardie, oubliant que cet article ne s'appliquait qu'aux instances pendantes au moment de la promulgation de la loi du 27 juillet 1884, s'éleva avec force contre une disposition qu'il considérait comme une dérogation au droit commun. Le rapporteur de la commission, après avoir relevé l'erreur dans laquelle

tombait M. de Gavardie, ajouta : « Nous avons déjà expliqué que notre texte vous donnait satisfaction, qu'il n'autorisait aucune dérogation aux principes généraux du droit qui ne permettent pas de transformer en appel une demande de séparation de corps en instance en divorce et *réciiproquement* » (Depeiges, *De la procédure du divorce et de la séparation de corps*, n° 95. — *Contrà*, Carpentier, *La loi du 18 avril 1886*, n° 80 ; Vraye et Gode, *Le divorce et la séparation de corps*, t. I, n° 460 ; Bordeaux, 13 février 1889, Dalloz, 1891, 2, 44 ; Cass., 5 juillet 1892, *France judiciaire*, XVI, 2, 374).

302. — L'époux demandeur serait recevable à faire preuve en cause d'appel de faits nouveaux à l'appui de sa demande, que ces faits soient antérieurs ou postérieurs au jugement dont est appel. Une telle preuve, en effet, ne saurait être considérée comme constituant une demande nouvelle ; elle forme seulement un moyen nouveau à l'appui de la demande originaire (Chambéry, 4 mai 1872 et Caen, 22 mai 1872, Sirey, 1873, 2, 217, 290).

303. — **III. De la tierce opposition.** — Nous avons vu que les créanciers des époux ne peuvent intervenir dans l'instance en divorce (*Suprà*, n° 94). Mais rien ne s'oppose à ce qu'ils puissent attaquer, par la voie de la tierce opposition, le jugement qui prononce le divorce, dans le cas où ce jugement préjudicierait à leurs droits.

L'article 1167 du Code civil, en effet, donne aux créanciers le droit d'attaquer, en leur propre nom, les actes de leur débiteur, faits en fraude de leurs droits, et cet article ne distingue pas entre les jugements et les contrats. Cette règle générale doit recevoir son application en matière de divorce. L'article 66 du Code de commerce l'applique au cas où l'époux débiteur est un com-

merçant. Il n'y a pas de raison pour ne pas l'étendre au cas où l'époux n'est pas commerçant.

Bien entendu, si les créanciers peuvent attaquer le jugement qui prononce le divorce et le faire annuler, ce n'est qu'en ce qui touche leurs intérêts. Entre les parties, le jugement subsiste avec tous ses effets.

304. — Le droit pour les créanciers de former tierce opposition n'étant qu'un cas d'application du principe général posé dans l'article 1167, il en résulte qu'il ne suffirait pas que le jugement, qui prononce le divorce, préjudiciât aux droits des créanciers ; il faut de plus que l'intention dolosive des époux, la fraude, soit établie.

305. — La tierce opposition est recevable pendant trente ans. Toutefois, si l'époux débiteur est commerçant et que les formalités de publicité aient été observées, les créanciers doivent, sous peine de déchéance, se pourvoir contre le jugement qui prononce le divorce, dans l'année pendant laquelle ce jugement doit rester affiché dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce (*Suprà*, n° 283).

306. — **IV. Du pourvoi en cassation.** — L'article 248, § 5, conformément au droit commun, admet le pourvoi en cassation contre les arrêts de divorce :

« Le délai pour se pourvoir en cassation court du jour de la signification à partie pour les arrêts contradictoires, et pour les arrêts par défaut du jour où l'opposition n'est plus recevable.

« Le pourvoi est suspensif en matière de divorce et en matière de séparation de corps. »

Le pourvoi doit être formé dans les deux mois qui suivent la signification à personne ou à domicile, ou le jour où l'opposition n'est plus recevable (Loi du 2 juin 1862). — Il est suspensif. Cette dérogation au droit commun se justifie facilement. A la suite d'un arrêt pro-

nonçant le divorce, les époux pourraient contracter une nouvelle union ; de telle sorte que, si l'arrêt déferé à la cour suprême venait à être cassé, le premier mariage dissous par cet arrêt subsisterait et le même homme se trouverait avoir deux femmes ou la même femme deux maris à la fois. C'est pour éviter un pareil résultat que l'article 248, par dérogation aux principes généraux, déclare que le pourvoi, en cette matière, est suspensif.

307. — Mais, quel que soit le motif de la disposition de l'article 248, il est à remarquer que cette disposition ne fait aucune distinction et que dès lors l'effet suspensif du pourvoi s'applique indistinctement à tous les arrêts qui peuvent être frappés d'un pourvoi au cours d'une procédure de divorce. C'est ce qu'a décidé avec raison la cour de cassation dans un arrêt en date du 23 novembre 1891 : « Attendu en droit que le nouvel article 248 (Loi du 18 avril 1886), après avoir déterminé le point de départ du délai pour se pourvoir en cassation contre les arrêts contradictoires et les arrêts par défaut rendus en matière de divorce, ajoute dans son paragraphe dernier que « le pourvoi est suspensif » ; — Attendu que du rapprochement de ces dispositions, de leur réunion dans un même article et de la généralité des expressions dont s'est servi le législateur, découle cette conséquence que l'effet suspensif s'applique indistinctement à tous les arrêts qui peuvent être frappés d'un pourvoi au cours d'une procédure de divorce » (Dalloz, 1892, 1, 291).

308. — Il suit de là :

1^o Que le pouvoir est également suspensif qu'il s'agisse de l'arrêt qui prononce le divorce ou de l'arrêt qui rejette une demande en divorce.

Sans doute dans ce dernier cas, le motif de la loi, qui est d'empêcher la personne divorcée en vertu d'un

arrêt attaqué devant la cour de cassation de contracter une nouvelle union, n'existe plus ; mais nous le répétons, la disposition de l'article 248, § 5, a un caractère absolu et général et on ne saurait distinguer là où la loi ne distingue pas.

2^o Que l'effet suspensif du pourvoi doit s'appliquer à toutes les dispositions de l'arrêt, soit qu'il s'agisse de l'exécution de la disposition principale admettant ou rejetant le divorce, soit que, l'arrêt prononçant le divorce, il s'agisse de l'exécution des mesures accessoires prescrites par les juges en vue de la situation nouvelle créée aux époux, telles que la pension alimentaire ou la garde des enfants (Besançon, 1^{er} juin 1885, Sirey, 1886, 2, 131).

3^o Que l'effet suspensif est attaché au pourvoi formé contre une décision interlocutoire, par exemple, un arrêt ordonnant une enquête, aussi bien qu'au pourvoi formé contre l'arrêt définitif. Dans les deux cas, en effet, l'inconvénient que la loi a voulu éviter est le même, puisque si le pourvoi formé contre un arrêt interlocutoire n'était pas suspensif, il pourrait se faire que l'arrêt qui aurait prononcé le divorce fût annulé par voie de conséquence, parce que l'interlocutoire qui lui aurait servi de base serait cassé postérieurement, et que l'un des époux fût ainsi constitué en état de bigamie légale. Il est impossible d'admettre que l'éventualité d'un pareil résultat ait échappé au législateur et que, l'ayant aperçue, il n'ait pas pris les mesures pour en prévenir les conséquences. Aussi l'article 248 vise-t-il d'une manière générale les voies de recours toutes les décisions qu'une instance en divorce rend nécessaires (Besançon, 1^{er} juin 1886, Dalloz, 1886, 2, 64 ; Cass., 23 novembre 1891, Dalloz, 1892, 1, 291 ; — *Contrà*, Paris, 7 février 1889, Dalloz, 1890, 2, 313).

309. — V. De la requête civile. — La requête civile, ce moyen extraordinaire de recours qui ne sus-

pend jamais l'exécution du jugement, est-elle admise en matière de divorce ?

Le projet primitif, qui est devenu la loi du 18 avril 1886, contenait une disposition aux termes de laquelle le jugement ou l'arrêt, qui prononçait le divorce, ne pouvait être attaqué par la voie de la requête civile. Au Sénat, au cours de la seconde délibération, cette disposition fut supprimée, malgré l'opposition du Gouvernement. Il en résulte qu'on reste alors sous l'empire du droit commun et qu'en matière de divorce, comme en toute autre matière, la requête civile est recevable.

Lorsque le divorce est prononcé, — disait l'orateur du Gouvernement, défendant la disposition qui prohibait la requête civile —, lorsqu'après toutes ces précautions que la loi édicte, la décision est définitive et transcrite sur les registres de l'état civil, le mariage est détruit, un nouveau mariage a pu être contracté, une seconde famille s'est constituée, des enfants sont nés. Eh bien, est-il possible qu'une des parties, celle qui aura obtenu le divorce, ou peut-être même celle contre laquelle le divorce aura été prononcé, vienne, après de longues années, demander aux tribunaux l'anéantissement de ce jugement qui a permis la constitution de cette nouvelle famille ? N'y aurait-il pas là un danger très grand pour la société et ne vaut-il pas mieux déroger aux principes généraux que de permettre une voie de recours qui entraîne de pareils résultats ?

Nous reconnaissons qu'il y a dans cette argumentation quelque chose de sérieux, et pourtant nous croyons que le législateur a été bien inspiré en maintenant, en matière de divorce, comme en toute autre matière, le principe général de la requête civile. Et, d'abord, dans la plupart des cas, dans les cas les plus ordinaires où la requête civile est admise, les résultats fâcheux que l'on redoute ne se produiront pas, car l'article 483 du Code de procédure fixe un délai très court, un dé-

lai de deux mois à dater de la signification du jugement, dans lequel la requête civile doit être signifiée. Il est des cas, il est vrai, où ce délai est indéterminé ; lorsqu'il s'agit de faux, de dol, le délai court du jour seulement où soit le faux, soit le dol, auront été découverts. Mais, quoi ! lorsque le mari, par exemple, aura soudoyé des témoins pour arriver à établir des torts imaginaires de sa femme, lorsqu'il aura obtenu, par un faux, par un crime, ce jugement de divorce qui a brisé l'union conjugale, est-il juste, est-il moral que ce mari soit couvert, que la loi lui assure le bénéfice de son crime ? Sans doute, la nouvelle famille est intéressante, mais la famille que le dol, le faux ont détruite, l'est-elle moins ? D'ailleurs la présomption de bonne foi ne couvre-t-elle pas le conjoint et ses enfants ? De telle sorte que tous les effets civils du nouveau mariage subsisteront, et le coupable seul sera atteint. Ajoutons enfin que la requête civile est une procédure excessivement rare et dont on peut citer à peine quelques exemples.

310. — En principe, les dépens de l'instance sont supportés par la partie qui succombe. Toutefois entre conjoints ils peuvent être compensés (art. 131 C. pr.). Les magistrats useront rarement ici de la faculté que leur donne l'article 131, car la raison d'être de la dérogation que contient cet article ne se rencontre pas en matière de divorce. Il ne s'agit pas ici d'éviter de jeter dans les familles de nouvelles semences d'aigreur, de ménager l'amour-propre de l'époux qui succombe. Le divorce prononcé, il n'y a plus d'époux. L'époux, contre lequel le jugement aura été prononcé, sera donc le plus souvent condamné aux entiers dépens.

311. — Mais qu'en est-il des dépens du jugement qui convertit une séparation de corps en divorce ?

Diverses hypothèses peuvent se présenter.

C'est l'époux, au profit duquel la séparation a été prononcée, qui a demandé la conversion et l'a obtenue. — Le défendeur succombe, il supportera les dépens.

C'est, au contraire, l'époux, défendeur à la séparation, qui a obtenu le jugement de conversion. — Il devra être condamné aux dépens, car bien qu'il ne succombe pas dans sa demande en conversion, c'est en définitive lui qui a créé la cause du divorce (Caen, 3 février 1885, Dalloz, 1886, 2, 98 ; Cass., 4 février 1889, Dalloz, 1889, 1, 250). — Mais nous croyons qu'il en serait autrement si l'époux défendeur à la conversion s'opposait à cette conversion ; dans ce cas, à notre avis, l'époux défendeur à la conversion devrait supporter les dépens, ou tout au moins les dépens devraient être compensés.

312. — Lorsque le divorce aura été prononcé au profit de la femme, le recouvrement des dépens de l'instance se trouvera garanti par l'hypothèque légale que la femme a sur les biens de son mari. Il est de principe, en effet, que l'hypothèque légale garantit toutes les créances que la femme mariée acquiert contre son époux, à quelque titre que ce soit, en cette qualité et par le fait du mariage (art. 2121 et 2135 du Code civil). La jurisprudence a admis depuis longtemps que l'accessoire de ces mêmes créances est protégé comme le principal et que l'hypothèque légale s'étend aux dépenses que la femme a dû faire pour assurer la liquidation et le recouvrement de ses reprises, notamment aux frais d'une séparation de biens et même d'une séparation de corps qui entraîne nécessairement, lorsqu'elle est prononcée, les effets de la séparation de biens prononcée par justice (Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4^e édit., t. 3, § 264 *ter*, p. 218 ; Paris, 28 juillet 1853, Dalloz, 1855, 2, 64). Il est évident que

cette jurisprudence doit être appliquée en matière de divorce, puisqu'en cas de divorce, comme en cas de séparation de corps, il est nécessaire de procéder à la liquidation des reprises de la femme (Bordeaux, 22 mars 1889, Dalloz, 1889, 2, 280).

343. — Sous l'empire du Code civil et de la loi du 27 juillet 1884, ce n'était pas le tribunal qui prononçait le divorce; le tribunal l'autorisait, et c'était l'officier de l'état civil qui le prononçait, sur la réquisition de l'époux qui avait obtenu le jugement de divorce. La loi du 18 avril 1886 a supprimé l'obligation de la comparution des époux devant l'officier de l'état civil; c'est aujourd'hui le tribunal lui-même qui prononce le divorce.

Quel est le motif de cette grave innovation? — La loi a voulu supprimer une solennité inutile et qui donnait presque toujours lieu à des scènes tantôt comiques, tantôt scandaleuses. Si, disait M. Allou, au Sénat, on examine la question au point de vue d'abord des époux eux-mêmes, au point de vue de l'intérêt public ensuite, on verra qu'il y a quelque chose de puéril, de bouffon parfois, de dangereux quelquefois dans une pareille cérémonie. Ce n'est pas assurément dans l'intérêt des époux qu'elle est exigée. On se glisse dans le divorce, on n'y entre pas avec fracas, et les époux seraient heureux de voir disparaître cette comparution cruelle, douloureuse, où ils vont se rencontrer peut-être pour la dernière fois. Au point de vue public, qu'est-ce donc que cette scène préparée, organisée? Lorsqu'il s'agit d'un mariage, la curiosité qui entoure l'union est une curiosité sympathique et souriante; lorsqu'ils s'agit d'un divorce, la curiosité est ironique et railleuse. Vous trouvez que c'est une chose toute simple que de convoquer, par la voie de la presse, le public à se rendre à telle heure, à tel jour, à telle mairie pour examiner la figure de monsieur un tel ou de madame une telle, et, dans cette

épreuve cruelle, deviner les émotions, les regrets, la colère, l'humiliation ? Est-ce que ce spectacle est sain ? Et puis on risque, dans des conditions pareilles, un véritable scandale. Dans une mairie, la femme, au moment où l'officier public allait prononcer le divorce, s'est élancée sur lui pour l'empêcher de le prononcer. Dans une autre mairie, la femme est venue accompagnée comme témoin de celui-là même dont l'intimité avec elle avait amené le divorce. Ailleurs, il a fallu que le maire fit appel à l'intervention de la force armée pour maintenir le mari au moment où le divorce venait d'être prononcé, de manière à permettre à la femme de s'échapper par une porte dérobée (Séance du 12 décembre 1885).

314. — C'est donc le tribunal qui aujourd'hui prononce le divorce. Mais pour produire ses effets, le jugement est soumis à une certaine formalité ; il doit, aux termes de l'article 251, être transcrit sur les registres de l'état civil :

« Le dispositif du jugement ou de l'arrêt est transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré.

« Mention est faite de ce jugement ou arrêt en marge de l'acte de mariage, conformément à l'article 49 du Code civil. Si le mariage a été célébré à l'étranger, la transcription est faite sur les registres de l'état civil du lieu où les époux avaient leur dernier domicile, et mention est faite en marge de l'acte de mariage, s'il a été transcrit en France. »

Quelle est l'utilité de cette transcription ? — La transcription du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce, a-t-on dit, est surtout édictée dans l'intérêt des tiers. Il faut que la date de la dissolution du mariage soit irrévocablement fixée et constatée, car les tiers ont intérêt à la connaître (M. Griffe, Sénat, séance du 12 décembre 1885). — Sans doute, la transcription est

utile aux tiers qui, en demandant l'acte de mariage, pourront s'assurer de l'état civil de ceux avec qui ils traitent. Mais si cette transcription a été exigée dans l'intérêt des tiers, pourquoi donc la loi de 1886 ne l'a-t-elle pas prescrite en matière de séparation de corps ? Le jugement de séparation de corps, qui entraîne comme conséquence la séparation de biens, n'intéresse-t-il pas les tiers, tout autant qu'un jugement de divorce ? Quant à nous, nous croyons que la loi a exigé la transcription des jugements de divorce par la même raison qu'elle exige la transcription des jugements rectificatifs des actes de l'état civil. L'acte de mariage est inscrit sur les registres de l'état civil ; le divorce anéantit le mariage ; le jugement, qui prononce le divorce et qui modifie ainsi la condition des époux, doit être inscrit sur les registres de l'état civil.

315. — A la différence des jugements rectificatifs des actes de l'état civil, qui doivent être transcrits en leur entier, la loi, pour les jugements de divorce, n'exige que la transcription du dispositif. Il était inutile, en effet, de surcharger la tenue des registres, en y reproduisant la partie du jugement qui ne saurait avoir aucun intérêt au point de vue qui nous occupe.

316. — Le dispositif du jugement de divorce est transcrit sur les deux registres de l'année courante ; après quoi, mention est faite de ce jugement en marge de l'acte de mariage, afin que ceux qui consultent cet acte connaissent en même temps les modifications apportées dans l'état civil de la personne qu'il concerne. La mention est faite et sur le registre déposé aux archives de la mairie et sur le registre déposé au greffe du tribunal, conformément à l'article 49 du Code civil (*Infra*, n° 324).

La transcription et la mention sont faites sur les registres du lieu où le mariage a été célébré. Si le mariage

a été célébré à l'étranger, la transcription est faite sur les registres de l'état civil du lieu où les époux avaient leur dernier domicile, et la mention est faite en marge de l'acte de mariage, s'il a été transcrit en France, ainsi que l'exige l'article 171 du Code civil.

317. — Les extraits de l'acte de mariage ne peuvent plus être délivrés qu'avec la mention faite en marge, à peine de tous dommages-intérêts contre l'officier de l'état civil qui contreviendrait à cette obligation (art. 857, C. pr.).

318. — A la diligence de qui est faite la transcription ? Par qui et dans quel délai doit-elle être faite ? Quels sont les effets de la transcription ? Quelle est la sanction du défaut de transcription ? — Toutes ces questions sont résolues dans l'article 252, dont la disposition est ainsi conçue :

« La transcription est faite à la diligence de la partie qui a obtenue divorce ; à cet effet, la décision est signifiée, dans un délai de deux mois à partir du jour où elle est devenue définitive, à l'officier de l'état civil compétent pour être transcrite sur les registres. A cette signification doivent être joints les certificats énoncés en l'article 458 du Code de procédure civile et, en outre, s'il y a eu arrêt, un certificat de non pourvoi.

« Cette transcription est faite par les soins de l'officier de l'état civil le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés, sous les peines édictées par l'article 50 du Code civil.

« A défaut par la partie qui a obtenu le divorce de faire la signification dans le premier mois, l'autre partie a le droit, concurremment avec elle, de faire cette signification dans le mois suivant.

« A défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non avenu.

« Le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande. »

319. — Ainsi, c'est à l'époux, qui a obtenu le divorce, qu'il appartient, en principe, de requérir la transcription. A cet effet, dans un délai de deux mois à partir du jour où la décision est devenue définitive, c'est-à-dire dans les deux mois qui suivent l'expiration des délais d'appel ou de pourvoi, l'époux signifie cette décision à l'officier de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré, pour être transcrite sur les registres.

L'officier de l'état civil doit être mis en mesure de savoir, d'une façon précise, si la décision qui a prononcé le divorce est devenue définitive, et, d'autre part, si le délai de deux mois, indiqué par l'article 252, est expiré. A cet effet, l'époux qui requiert la transcription doit joindre à l'acte de signification les certificats énoncés en l'article 548 du Code de procédure et, en outre, s'il y a eu arrêt, un certificat de non pourvoi. Ainsi les pièces qui doivent être remises au maire sont :

1° Un certificat de l'avoué de l'époux requérant attestant que la décision a été signifiée à l'autre conjoint et indiquant la date de la signification ;

2° Un certificat du greffier du tribunal constatant qu'il n'existe contre le jugement ni opposition ni appel ;

3° S'il y a eu arrêt, un certificat du greffier de la cour constatant que l'arrêt, s'il est par défaut, n'a pas été frappé d'opposition, et en outre un certificat de non pourvoi délivré par le greffier de la cour de cassation. Le certificat de non pourvoi n'est pas exigé, quand il n'y a pas eu d'arrêt, parce que les jugements en premier ressort ne sont pas susceptibles d'un recours en cassation.

320. — Sur le vu de ces pièces, qui doivent rester annexées au registre, il appartiendra aux officiers de

l'état civil de vérifier si les délais d'appel, d'opposition ou de pourvoi en cassation sont périmés, sans qu'aucune voie de recours ait été exercée, et de rechercher ensuite si, depuis le jour où la décision est devenue définitive, il ne s'est pas écoulé plus de deux mois.

321. — Le certificat de non opposition et de non appel devant être délivré par le greffier du tribunal, il en résulte qu'il doit être tenu au greffe du tribunal un registre sur lequel, conformément à la disposition des articles 163 et 549 du Code de procédure, l'avoué fera mention sommaire de l'opposition formée ou de l'appel interjeté.

322. — Si le droit de requérir la transcription appartient à l'époux seul qui a obtenu le divorce, c'est à la condition qu'il l'exerce dans le mois qui suit le jour où la décision est devenue définitive. S'il laisse écouler ce délai, la transcription, dans le second mois, peut être requise même par l'époux contre lequel le divorce a été prononcé.

C'est encore là une innovation de la loi du 18 avril 1886. Sous l'empire du Code civil et de la loi du 27 juillet 1884, l'époux, contre lequel le jugement de divorce avait été prononcé, ne pouvait, à aucune époque, requérir la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil ; ce droit n'appartenait jamais qu'à l'époux qui avait obtenu le jugement de divorce.

Cette innovation de la loi de 1886 a été vivement critiquée. Il se peut, a-t-on dit, que l'époux demandeur, après avoir fait reconnaître son droit devant la justice, après avoir obtenu complètement la satisfaction morale qu'il poursuivait, réfléchisse une dernière fois et que des considérations graves le déterminent à ne pas user de sa victoire et à oublier. Il lui suffit de laisser passer le délai de deux mois, sans faire de transcription, et le jugement sera considéré comme nul et non

avenu ; ce sera de sa part une renonciation tacite. Pourquoi donner au défendeur, à l'époux condamné, le droit de lui forcer la main et d'amener le divorce auquel l'autre époux a renoncé ? Pourquoi lui permettre de bénéficier d'une décision qui a été précisément prononcée contre lui ? Le demandeur aurait pu se désister en cours d'instance ; le divorce est-il donc si favorable qu'il faille lui enlever le droit de renoncer au bénéfice du jugement qu'il a obtenu ?

Voici en quels termes M. Léon Renault, au Sénat, justifiait la disposition de la loi : « Je comprends, j'approuve que notre procédure du divorce permette qu'à tout moment, jusqu'au jour du jugement définitif, il y ait possibilité, pour l'époux demandeur en divorce, d'arrêter son action et que l'époux défendeur ne puisse pas se substituer à l'époux demandeur, pour le forcer à pousser jusqu'au bout son action en divorce. En effet, jusqu'au jour de l'arrêt, jusqu'au jour où il n'y a pas eu de publicité, surtout depuis que nous avons sagement interdit la reproduction des débats en matière de séparation de corps et de divorce, l'instance n'a pas encore produit de blessures mortelles. Elle n'a pas abouti à une condamnation contre l'époux défendeur. Elle ne lui a pas fait, vis-à-vis de son conjoint victorieux, l'intolérable situation d'infériorité et de défaite que le jugement ou l'arrêt définitifs sont appelés à créer.

« Mais en est-il ainsi après le jugement, après l'arrêt ! Quoi ! voici un époux demandeur en divorce ; il a subi, sans fléchir, toutes les épreuves auxquelles les demandes en divorce sont soumises. Il a été inutilement adjuré de se réconcilier par le président du tribunal, par les magistrats devant lesquels il a comparu. Il a franchi et fait franchir par l'époux défendeur toutes les étapes de la procédure, les enquêtes, les plaidoiries, le prononcé public du jugement. Puis,

quand tout cela est fini, quand il a été impitoyablement jusqu'au bout de son droit, qu'un arrêt définitif a été rendu, que tout ce qu'il reprochait à l'époux défendeur a été écrit, fixé, libellé en termes précis, dans un document judiciaire que rien ne pourra plus abolir et qui a été livré à la curiosité de tous et à la malignité publique, l'honorable M. Paris veut que l'époux défendeur puisse être obligé, par l'inaction de son conjoint, par l'abandon que celui-ci fera de sa victoire judiciaire, à subir la situation ainsi créée contre lui ! Il a convenu à l'époux demandeur de traîner son conjoint jusqu'aux dernières limites de la déconsidération, de lui infliger toutes les souffrances morales, toutes les dégradations sociales qui peuvent résulter des constatations inscrites dans un jugement et un arrêt. Il a été implacable dans sa procédure ; il a poussé jusqu'au bout. Je dis qu'il ne peut dépendre de lui seul d'effacer ces choses ineffaçables » (Séance du 12 décembre 1885).

Ce ne sont pas là assurément les véritables raisons qui peuvent justifier la disposition de l'article 252. C'est en effet, renverser les rôles que de reporter sur le défendeur la sympathie et la pitié dont le demandeur seul est digne. Si l'époux demandeur a obtenu le divorce, c'est qu'apparemment il a rapporté la preuve des faits pour lesquels le divorce est admis ; c'est que le défendeur avait encouru une condamnation infamante, c'est qu'il s'était rendu coupable d'adultère, d'excès, de sévices ou d'injures graves, c'est qu'en un mot il avait rendu la vie commune désormais impossible. Cette longue instance, durant laquelle l'époux défendeur a été humilié et a souffert, c'est lui-même qui, par sa propre faute, l'a rendue nécessaire. Ce n'est donc pas dans ces humiliations et ces souffrances qu'il peut trouver le droit de rendre irrévocable un jugement prononcé contre lui et au bénéfice duquel son conjoint a peut-être renoncé.

Mais la disposition de l'article 232 peut se justifier, à notre sens, par une raison de droit et une raison de fait. Et d'abord, d'après le droit commun, une décision judiciaire profite à toutes les parties, sans aucune distinction. Il en est ainsi incontestablement en matière de séparation de corps ; pourquoi en serait-il autrement en matière de divorce ? En réalité, bien que les effets du jugement de divorce soient suspendus jusqu'à la transcription, il n'en est pas moins vrai que c'est le jugement lui-même qui crée la situation nouvelle, qui brise le mariage ; la transcription n'est qu'une formalité, tout comme la signification qui doit précéder l'exécution des arrêts de justice ; et alors on ne comprendrait pas pourquoi le défendeur n'aurait pas le droit de remplir cette formalité. D'autre part, en fait, le plus souvent, presque toujours, si le demandeur n'a pas fait la transcription ce n'est pas qu'il aura renoncé à son droit, c'est parce qu'il aura négligé de l'exercer ; est-il naturel, en effet, de supposer une renonciation, une réconciliation au point où les choses en sont arrivées ? En faisant transcrire, le défendeur, le plus souvent, ne privera donc pas son conjoint du droit de renoncer au bénéfice du jugement qu'il a obtenu ; il réparera une omission, voilà tout.

323. — La transcription doit être requise dans les deux mois qui suivent le jour où la décision prononçant le divorce est devenue définitive.

La loi n'a pas exigé la transcription immédiate pour laisser une dernière fois aux époux le temps de la réflexion. Il se peut que des considérations graves, des conseils éclairés, les supplications des parents, la considération des enfants, déterminent les époux à ne pas user du jugement qui brise leur union. Les deux mois expirés sans que la transcription ait été requise, le silence des époux sera considéré comme une renonciation tacite.

324. — C'est par les soins de l'officier de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré, ou du dernier domicile des époux, si le mariage a été célébré à l'étranger (art. 251), que la transcription est faite ; et elle doit l'être le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés. L'omission de cette formalité exposerait l'officier de l'état civil à être poursuivi devant le tribunal et condamné à une amende qui ne pourrait excéder cent francs (art. 50), sans préjudice de la réparation pécuniaire du dommage qu'il peut avoir causé aux parties intéressées.

Quant à la mention en marge de l'acte de mariage, elle sera faite, sur le registre déposé aux archives de la commune, par l'officier de l'état civil, et, sur le registre déposé au greffe du tribunal, par le greffier. L'officier de l'état civil doit, dans les trois jours, aviser le procureur de la République, pour que celui-ci fasse faire la mention sur le registre déposé au greffe (art. 49).

325. — « A défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non avenu » (Art. 252, § 4). La décision, qui avait prononcé le divorce, tombe ; le mariage subsiste avec tous ses effets civils.

Cette déchéance, qui est fondée sur une présomption de renonciation à la décision obtenue, peut paraître rigoureuse ; elle était pourtant nécessaire. « Les époux ne doivent pas reprendre la vie commune et la faire cesser à leur gré, en opérant inopinément une transcription retardée dans ce but ; une union ainsi prolongée aurait le caractère d'un mariage avec faculté de répudiation arbitraire » (Exposé des motifs de la loi de 1886). D'un autre côté il ne fallait pas permettre à l'un des époux de retarder indéfiniment à son gré la régularisation du jugement de divorce pour se faire de ce jugement une arme permanente de menace ou de chantage.

326. — Mais remarquons bien que ce n'est pas le défaut de *transcription* qui rend le divorce nul et non avenue ; c'est, aux termes de l'article 252, § 4, le défaut de *réquisition* dans les deux mois.

Il est évident, en effet, que, dès l'instant que l'inaction des époux était considérée comme une renonciation, il était de toute nécessité que le retard, apporté dans l'accomplissement de la formalité prescrite, fut imputable aux époux. Donc, il suffit que l'époux requière la transcription dans les deux mois. Il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour assurer l'effet du jugement. On ne pouvait rien lui demander de plus, il ne pouvait être responsable de la négligence ou de la mauvaise foi de l'officier de l'état civil (Riom, 7 août 1889, Dalloz, 1891, 4, 277). Il y a plus : la déchéance ne serait pas encourue si le défaut de réquisition était dû à des circonstances de force majeure. Un arrêt de la cour de Paris (30 mai 1888, Dalloz, 1890, 2, 17) considère comme une circonstance de force majeure relevant l'époux de la déchéance encourue, le fait de la détention arbitraire par un tiers de la grosse du jugement de divorce pendant le délai légal pour la transcription.

327. — Le divorce est nul si le jugement qui le prononce n'a pas été transcrit, les époux n'en ayant pas requis la transcription dans les deux mois. Il en est de même si, par une erreur de l'officier public, le jugement a été transcrit, bien que la réquisition ait été faite après l'expiration des délais légaux.

Et cette nullité est absolue. Elle pourrait donc être invoquée par l'un ou l'autre des époux. Elle pourrait l'être également par le ministère public à qui la loi attribue un droit d'action dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public (Loi du 20 avril 1810, art. 46).

La nullité du divorce pourrait être proposée, croyons-

nous, par les héritiers des époux qui succèdent à tous les droits et actions de leur auteur ; et, par analogie avec les articles 184 et 187 du Code civil, nous devons décider que l'action en nullité appartient encore à tous ceux qui ont un intérêt légitime à faire prononcer la nullité du divorce, soit un intérêt d'honneur et d'affection, comme les ascendants, soit même un simple intérêt pécuniaire, comme les créanciers des époux.

328. — Faute d'avoir requis la transcription dans les deux mois, le *divorce* est nul et non avenue. La déchéance encourue est donc celle du divorce, et non pas seulement celle du jugement qui a prononcé le divorce.

Il résulte de là que l'époux demandeur ne pourrait pas reprendre son action et obtenir en se basant sur les mêmes faits un nouveau jugement de divorce. Il en était ainsi certainement sous l'empire du Code civil et de la loi du 27 juillet 1884. L'ancien article 266, en effet, disposait que l'époux demandeur, qui avait laissé passer le délai de deux mois sans appeler son conjoint devant l'officier de l'état civil, était déchu du bénéfice du jugement qu'il avait obtenu, et ne pouvait reprendre son action en divorce, sinon pour cause nouvelle. Notre article 252 n'est pas aussi formel, mais la raison de décider reste la même. Le législateur, en effet, a interprété le silence de l'époux comme un oubli volontaire, un pardon, une réconciliation tacite. Or, la réconciliation ou la renonciation s'oppose à ce qu'une demande en divorce soit exclusivement fondée sur des faits pardonnés. L'époux ne pourra donc reprendre son action qu'en l'appuyant sur des faits nouveaux. Toutefois il est évident qu'à ces faits nouveaux il pourra joindre les causes qui ont motivé le jugement annulé (Art. 244).

329. — Quel est l'effet de la transcription ? — Elle

rend irrévocable le jugement de divorce et, par suite, définitive la dissolution du mariage.

Cette dissolution a-t-elle un effet rétroactif? Le mariage doit-il être considéré comme dissous du jour de la prononciation du jugement de divorce ou seulement du jour de la transcription de ce jugement sur les registres de l'état civil? — Cette question ne pouvait se présenter sous l'empire du Code civil et de la loi du 27 juillet 1884, puisqu'à cette époque c'était, non pas le tribunal, mais l'officier de l'état civil qui prononçait le divorce et que par suite évidemment le mariage subsistait jusqu'au jour de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil. Mais elle se pose depuis la loi du 18 avril 1886, puisque aujourd'hui c'est le tribunal lui-même qui prononce le divorce et que le rôle de l'officier de l'état civil se borne à transcrire le jugement de divorce.

La question est différemment résolue. En substituant, a-t-on dit dans une première opinion, le juge à l'officier de l'état civil pour prononcer le divorce, la loi nouvelle exige, pour que la décision du tribunal produise effet, qu'elle ait été transcrite. Le jugement de divorce dissout donc le mariage sous condition suspensive, les effets de ce jugement étant suspendus jusqu'à la transcription. Dès lors, la transcription effectuée, c'est-à-dire la condition réalisée, le mariage se trouve rétroactivement dissous à dater du jour même du jugement. En réalité, la transcription n'est qu'une formalité de publicité (Carpentier, *La loi du 18 avril 1886*, n° 159; Limoges, 26 novembre 1887, Dalloz, 1889, 2, 46; Toulouse, 10 mars 1890, Dalloz, 1891, 2, 276).

On comprend facilement quels graves dangers présente un pareil système. Et en effet, toutes les voies de recours étant ouvertes contre un jugement de divorce et le pourvoi en cassation étant suspensif, le jugement de première instance et la transcription seront sépa-

rés bien souvent par un intervalle de temps fort long. Pendant toute cette période, les effets du mariage resteront en suspens et se trouveront subordonnés à une formalité qu'il appartient aux époux de requérir ou de ne pas requérir. Le législateur n'a pu vouloir un pareil résultat qui laisserait dans l'incertitude et en suspens, pendant un temps plus ou moins long, au grand détriment des tiers et de l'intérêt social, l'état et la capacité des époux. Le mariage doit être dissous à un moment précis et déterminé. C'était là le système de la loi de 1884. En faisant une simple loi de procédure, le législateur de 1886 n'a évidemment pas eu l'intention de rien changer à ce système et il est certain qu'il s'en serait expliqué clairement s'il avait voulu introduire sur ce point une innovation qui touchait, non plus à la procédure, mais au fond même de la loi. Les travaux préparatoires d'ailleurs ne paraissent laisser aucun doute à cet égard. C'est d'abord l'exposé des motifs de la loi de 1886 où nous lisons au sujet de la transcription : « La nature de cette formalité est seule modifiée ; les effets en subsistent ». C'est ensuite cette déclaration de M. Griffe au Sénat dans la séance du 25 décembre 1885 : « La transcription du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce est surtout édictée dans l'intérêt des tiers. Il faut que la date de la dissolution du mariage soit irrévocablement fixée et constatée, car les tiers ont intérêt à la connaître. C'est la transcription qui la fixe ». Et enfin cette autre déclaration de M. Labiche, rapporteur de la loi de 1886 au Sénat : « En ce qui concerne les effets de la séparation de corps ou du divorce à l'égard des tiers, il n'est apporté aucune modification au régime actuel ». Tenons donc pour certain que la transcription du jugement de divorce seule dissout définitivement le mariage et que cette transcription est sans effet rétroactif (Depeiges, *De la procédure du divorce*, n° 118 ; Vraye et Gode,

Le divorce et la séparation de corps, t. 1, n° 386 et t. 2, n° 611 ; Moraël, *De la conversion de la séparation de corps en divorce*, n° 490 et suiv. ; Grenoble, 9 septembre 1887, *France judiciaire*, XII, 2, 58 ; trib. de Brioude, 18 mars 1891 et trib. de la Seine, 15 avril 1891, Dalloz, 1891, 3, 95).

330. — Par application de cette règle nous décidons :

1° Que les engagements de la femme vis-à-vis des tiers, passés sans autorisation du mari ou de justice dans l'intervalle qui sépare le jugement de divorce de la transcription, peuvent être annulés conformément à la disposition de l'article 225 du Code civil (Riom, 5 avril 1892, *Journal du Palais*, 1892, 2, 112).

2° Que le délai de trois mois et quarante jours imparti à la femme par l'article 1463 du Code civil pour accepter la communauté court seulement du jour où la transcription du jugement de divorce a été opérée sur les registres de l'état civil (Paris, 12 janvier 1892, *Pandectes françaises*, 1892, 2, 353).

3° Que du jour de cette transcription seulement commence à courir le délai de dix mois pendant lequel, aux termes de l'article 296 du Code civil, la femme ne peut contracter un nouveau mariage (*Infra*, n° 349).

331. — Quelle que soit la solution que l'on donne à la question que nous venons d'examiner, il est un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que le jugement qui prononce le divorce et qui est transcrit ne rétroagit pas au jour de la demande. Le principe de la rétroactivité des jugements, en effet, suppose une déclaration de droits antérieurs et préexistants. Or, le jugement qui prononce le divorce n'est pas déclaratif de droits préexistants ; il n'annule pas le mariage, il le dissout, il détruit un état et en crée un nouveau. Il ne saurait donc rétroagir au jour de la demande.

332. — Tel est le principe. A ce principe l'article 252, § 5 apporte une dérogation : « Le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande. »

La disposition de l'article 252, § 5 constituant une exception au droit commun, doit être entendue restrictivement. De là les conséquences suivantes :

1° Le jugement de divorce dûment transcrit ne rétroagit au jour de la demande qu'en ce qui concerne les droits *pécuniaires* des époux. — Les travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886 ne laissent à cet égard aucun doute. Quel a été le but du législateur en édictant la disposition de l'article 252, § 5 ? Il a voulu enlever aux époux la faculté de modifier, en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté, en avançant ou retardant, suivant certaines combinaisons, le moment où la décision du juge sera définitive et où elle produirait seulement effet, si on avait appliqué les règles du droit commun. Il fallait redouter les incidents, les chicanes, toutes les ruses enfin par lesquelles l'époux défendeur s'efforcerait de prolonger la durée du procès, pour jouir plus longtemps des biens de son conjoint, pour faire une coupe de bois, pour recueillir une succession opulente que la mort imminente d'un parent va mettre dans la communauté, si le procès dure encore quelques jours (Demol., *Tr. du mar.*, t. III, n° 514). — Donc, c'est la séparation de biens, conséquence du divorce, qui seule remonte au jour de la demande, et la communauté devra être liquidée telle qu'elle se comportait à ce jour. Quant aux autres effets du divorce, de la dissolution du mariage, ils ne datent que du jour de la transcription du jugement ; jusque-là, le mariage a subsisté avec toutes les conséquences que la loi y attache.

2° Le jugement de divorce ne rétroagit au jour de la demande qu'entre les époux. A l'égard des tiers, la dis-

solution de la communauté, qui dérive du divorce, ne date que du jour de la transcription. Aussi avons-nous vu (*Suprà*, n° 217) que les actes faits par les tiers avec le mari, pendant l'instance, ne peuvent, hors le cas de fraude, être attaqués par la femme, ce qui suppose évidemment le maintien de la communauté pendant cette instance.

332 bis. — Le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la *demande*. Mais quel sens faut-il ici ajouter à cette expression ? S'agit-il de la requête en divorce ou bien de la demande principale, c'est-à-dire de l'assignation devant le tribunal ?

On décide généralement que l'effet du jugement remonte au jour même où la requête est présentée. Cette requête, dit-on, rédigée par un avoué, contenant toutes les énonciations requises pour un exploit d'ajournement, a tous les caractères d'une demande en justice ; elle en a de plus les effets, puisqu'elle lie et commence l'instance à tel point que le défendeur, qui entend se prévaloir de l'incompétence du tribunal devant lequel il sera ultérieurement assigné, doit, dès ce moment et devant le président, soulever l'exception à peine de forclusion (Carpentier, *La loi du 18 avril 1886*, n° 37 ; Coulon, *Le divorce et la séparation de corps*, t. IV, p. 472). Pour nous qui croyons que la procédure en divorce comprend deux phases bien distinctes : l'essai de conciliation et l'instance en divorce, et que l'instance proprement dite ne commence que par l'assignation devant le tribunal (*Suprà*, n° 167), nous déciderons que c'est au jour de cette assignation seulement qu'il faut, par application des règles du droit commun, faire remonter l'effet rétroactif du jugement.

CHAPITRE III

DES EFFETS DU DIVORCE.

333. — Le divorce dissout le mariage. Dès que le jugement qui le prononce est transcrit sur les registres de l'état civil, le mariage cesse d'exister avec tous les effets qui dérivaien't, soit de la loi, soit des conventions matrimoniales. Droits et devoirs de fidélité, droits et devoirs d'assistance et de secours, droit de succession, communauté de biens, tout disparaît ; il n'y a plus d'époux, il n'y a plus de puissance maritale, il ne subsiste rien des liens qui unissaient les époux entre eux.

334. — Et ce qui est vrai des époux entre eux l'est également des parents des époux. C'est ainsi que l'époux divorcé n'est plus tenu de l'obligation alimentaire envers les père et mère de son ancien conjoint, alors même qu'il existe des enfants issus du mariage.

L'article 206 du Code civil, en effet, qui pose le principe de l'obligation alimentaire d'un époux vis-à-vis des père et mère de son conjoint, ne prévoit que deux cas : celui où le mariage subsiste et celui où il se trouve dissous par le prédécès dudit conjoint avec survivance d'enfants nés du mariage. Cet article ne dit rien du cas où le mariage est dissous par le divorce. Et la raison en est bien simple ; c'est que l'article 206, inséré au titre du mariage, est spécial aux obligations qui naissent du mariage. C'est donc au titre du divorce qu'il

faut se reporter pour savoir si l'époux divorcé est ou non tenu de la dette alimentaire envers les parents de son ancien conjoint. Or, dans ce titre, nous ne trouvons aucune disposition qui consacre une pareille obligation et ce serait ajouter arbitrairement à la loi que de la reconnaître en cas de divorce (Cass., 13 juillet 1891, Sirey, 1891, 1, 311 ; Paris, 23 décembre 1891, *Journal du Palais*, 1892, 2, 43).

335. — Mais, remarquons-le bien, le divorce, s'il dissout le mariage, ne l'annule pas ; le mariage a existé jusqu'au jour où le divorce est devenu irrévocable et jusque-là il a produit ses effets. Si donc ces effets sont de nature à se perpétuer malgré le divorce, ils subsisteront même après la rupture du lien conjugal. C'est ainsi que les enfants nés du mariage restent légitimes et conservent tous leurs droits contre leurs parents divorcés, droit d'éducation, droit aux aliments, droit de succession (Laurent, *D. civ.*, t. III, n° 287).

C'est ainsi encore que l'alliance résultant du mariage dissous par le divorce produit un empêchement de mariage entre chacun des ci-devant conjoints et les parents de l'autre, en ligne ascendante et descendante à l'infini et en ligne collatérale jusqu'au degré de frère et sœur inclusivement. La dissolution du mariage, en effet, n'a pas détruit l'affinité naturelle qu'a produite l'union des deux époux et cette affinité suffit pour créer un empêchement qui se fonde sur les motifs les plus graves de morale et d'honnêteté publique.

336. — Tels sont les effets généraux du divorce. Il nous faut maintenant entrer dans les détails et pour cela nous examinerons les effets du divorce en ce qui concerne :

- 1° Les rapports personnels des époux entre eux ;
- 2° Leurs rapports avec les enfants ;
- 3° Leurs intérêts pécuniaires.

SECTION I. — Des rapports personnels des époux entre eux.

337. — Le mariage étant dissous par le divorce, il en résulte que les obligations, qu'imposaient aux époux les articles 212-214 du Code civil et qui sont essentiellement attachées à la qualité d'époux, cessent de plein droit.

Ainsi, avec le mariage, disparaissent les devoirs de fidélité, de protection, d'assistance, de secours, et, à plus forte raison, l'obligation de la vie commune.

338. — La pension alimentaire, allouée à l'un des époux par un jugement de séparation de corps, cesse-t-elle de plein droit d'être due, au cas où le divorce est prononcé à la suite d'une demande en conversion ? — Deux hypothèses peuvent se présenter : 1° La pension avait été allouée à l'époux qui a obtenu le jugement de séparation de corps ; 2° cette pension avait été allouée à l'époux contre lequel le jugement de séparation de corps a été prononcé.

1° La pension avait été accordée à l'époux demandeur originaire à la séparation de corps. Se trouve-t-elle éteinte par l'effet du jugement de conversion qui prononce le divorce ? — Pour nous qui croyons que l'article 301 est inapplicable en matière de séparation de corps (*Infra*, n° 427), la question ne saurait faire doute. Le tribunal, en accordant à l'époux une pension alimentaire, n'a pu se baser que sur l'article 212, aux termes duquel les époux « se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance. » Or, cette obligation de secours n'existe que durant le mariage. Donc, dès que le mariage vient à être dissous, par la mort de l'un des époux ou par le divorce, cette obligation disparaît et la pension alimentaire cesse de plein droit, sauf à l'é-

poux, qui a obtenu le divorce, à demander au tribunal de lui accorder des aliments en vertu de l'article 301, soit par le jugement même qui prononce la conversion, soit par un jugement postérieur (*Suprà*, n° 261 *bis*). Mais la jurisprudence, comme nous le verrons, décide que la pension, allouée à l'époux qui a obtenu la séparation de corps, lui est accordée, non pas en vertu de l'article 212, mais par application de l'article 301, que cette pension constitue pour lui une indemnité qui ne s'éteint pas par le décès de l'époux débiteur et qui survit à la dissolution du mariage survenue par la mort de cet époux. Dès lors, dans le système de la jurisprudence, il est évident que le divorce, prononcé à la suite d'une conversion, n'aura pas pour effet d'exonérer l'époux débiteur du service de la pension dont il est tenu sur ses biens (Douai, 29 juin 1885 et Alger, 2 février 1886, Sirey, 1886, 2, 177; trib. d'Orléans, 25 février 1885, Dalloz, 1886, 3, 94; Cass., 4 février 1889, Dalloz, 1889, 1, 250).

2° La pension avait été allouée à l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée. — Ici tout le monde est d'accord. La pension n'a pu être accordée à l'époux en vertu de l'article 301, puisque cet article ne donne qu'à l'époux demandeur le droit aux aliments. C'est donc sur l'article 212 seulement que les premiers juges ont pu se baser pour allouer la pension. Dès lors, le divorce faisant disparaître les obligations qui naissent du mariage, le jugement de conversion aura pour effet d'arrêter, de plein droit, le cours de la pension accordée à l'époux, contre lequel la séparation de corps avait été prononcée (Trib. de la Seine, 3 janvier 1885, Sirey, 1885, 2, 46; Cass., 24 novembre 1886, Dalloz, 1887, 1, 335; Orléans, 30 mai 1887, Dalloz, 1888, 4, 167).

339. — Avec le mariage, avons-nous dit, disparaît l'obligation de secours. Toutefois à ce principe l'article 301 apporte un tempérament :

« Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire ».

Ce n'est qu'à l'époux, qui a obtenu le divorce, que la loi permet d'accorder une pension alimentaire; l'époux, contre lequel le divorce a été prononcé, n'y a pas droit. C'est qu'en effet, la pension, ainsi faite à l'époux, n'a pas pour cause les obligations qui naissent du mariage, puisque le divorce fait disparaître ces obligations; elle a pour cause l'indemnité qui est due à l'époux pour le préjudice qu'il éprouve de la rupture anticipée du mariage et des obligations qui en découlaient; c'est une indemnité qui lui tiendra lieu des avantages de fortune que le mariage lui assurait. On comprend dès lors qu'une pareille indemnité ne pouvait être accordée à l'époux par la faute duquel le mariage a été rompu.

340. — Lorsque le divorce a été prononcé à la requête des deux époux et contre chacun d'eux, il est évident qu'aucune pension alimentaire ne saurait être due. Pour que l'époux divorcé soit en droit de réclamer une pension, il faut que le divorce ait été obtenu par lui et à son profit exclusif. S'il a été obtenu par et contre lui, si le mariage a été rompu autant par sa faute que par celle de son conjoint, l'époux ne se trouve pas dans cette situation de faveur qui pouvait autoriser à son profit l'application de l'article 301 du Code civil (Cass., 24 novembre 1886, Dalloz, 1887, 1, 335).

341. — C'est à l'époux *qui a obtenu le divorce* que l'article 301 autorise les tribunaux à accorder une pen-

sion alimentaire. Lorsque le divorce est prononcé à la suite d'une demande en conversion, il y a lieu de se reporter aux conditions dans lesquelles la séparation de corps a été prononcée pour apprécier la situation légale des parties par rapport à l'application de l'article 301. Ainsi la pension serait due à l'époux qui, ayant fait prononcer la séparation de corps à son profit, obtient ultérieurement la conversion de cette séparation en divorce ; mais elle ne serait pas due au défendeur originaire à la séparation qui fait prononcer le divorce. Dans ce cas, en effet, le divorce, bien que prononcé à la requête du demandeur en conversion, ne l'est pas à son profit, et il est vrai de dire que c'est le défendeur à la conversion, demandeur originaire à la séparation de corps, qui en réalité obtient le divorce (Douai, 29 juin 1885, Sirey, 1886, 2, 177 ; Cass., 27 janvier 1891, *France Judiciaire*, XV, 2, 131).

342. — La pension alimentaire n'est due qu'autant que l'époux est dans le besoin : il faut, dit l'article 301, que les époux ne se soient fait aucun avantage ou que du moins ceux stipulés ne paraissent pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce. C'est, sous une autre forme, la condition exigée par l'article 205. Si donc l'époux avait des revenus personnels suffisants, la pension alimentaire ne lui serait pas due, alors même qu'il n'aurait reçu de son conjoint aucun avantage ; à ce point de vue le divorce ne lui causerait aucun préjudice.

La question de savoir si les ressources personnelles de l'époux sont suffisantes pour subvenir à ses besoins est laissée à l'appréciation des tribunaux, qui, dans la fixation du chiffre des aliments, doivent prendre pour base les conditions d'habitudes et de fortune des époux. C'est là l'application de cette règle générale édictée par l'article 208 du Code civil qui proportionne les ali-

ments à la fortune de celui qui les doit et aux besoins de celui qui les réclame (Cass., 27 janvier 1890, Dalloz, 1890, 1, 447). www.libtool.com.cn

343. — La quotité des aliments devant se mesurer sur l'étendue des besoins de l'époux qui y a droit et sur la fortune de son conjoint, il est évident que la fixation primitive peut recevoir postérieurement des modifications en sens contraire, suivant les circonstances et les variations des éléments qui l'ont déterminée.

La pension pourrait même être supprimée totalement si l'époux qui l'a obtenue n'en avait plus besoin. « Cette pension sera révocable, dit l'article 301, dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. »

Mais quels que soient les besoins de l'époux qui a obtenu le divorce, l'article 301 ne veut pas que la pension alimentaire excède le tiers des revenus de l'époux qui la doit.

344. — Quel est le caractère de cette pension alimentaire ? Est-elle une dette ordinaire, de telle sorte qu'elle ne s'éteint pas par le décès de l'ancien époux débiteur et que ses héritiers en sont tenus, comme de toutes les autres charges de la succession, ou, au contraire, constitue-t-elle une véritable dette alimentaire, par cela même personnelle et ne passant pas aux héritiers du débiteur ?

C'est une *pension alimentaire*, dit-on, que la loi accorde à l'époux qui a obtenu le divorce, pour *assurer sa subsistance*. Il ne s'agit donc pas d'une indemnité, d'une dette ordinaire passant aux héritiers ; il s'agit d'aliments et toute dette alimentaire s'éteint par le décès du débiteur, comme par le décès du créancier. « Si c'était une indemnité, l'époux demandeur y aurait toujours droit, qu'il soit dans le besoin ou non, car le divorce lui cause toujours un préjudice. Cependant il n'y a pas droit, s'il n'est pas dans le besoin ;

donc ce n'est pas une indemnité. La quotité de la pension est fixée d'après la fortune de l'époux qui la doit. Conçoit-on une indemnité, c'est-à-dire des dommages-intérêts qui sont évalués, non d'après le préjudice souffert, mais d'après la fortune du débiteur ? Conçoit-on une indemnité qui ne peut pas dépasser le tiers des revenus du débiteur, bien que le préjudice soit plus élevé ? Enfin, si c'était une indemnité, la créance, une fois évaluée, entrerait dans le patrimoine de l'époux créancier et il ne pourrait plus en être privé. Cependant la loi déclare que la pension alimentaire est révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. Conçoit-on une indemnité, due à raison d'un préjudice, qui cesse d'être due, quand le créancier n'est plus dans le besoin ? La révocabilité de la pension prouve à l'évidence qu'il s'agit d'aliments et non d'indemnité » (Laurent, *Prin. de dr. civ.*, t. III, n° 341).

Nous croyons, avec M. Laurent, que la pension alimentaire, que la loi accorde à l'époux qui a obtenu le divorce, cesse par le décès de l'époux débiteur ; mais c'est sur d'autres raisons que celles invoquées par le savant professeur de l'Université de Gand que nous appuyons notre opinion.

Et comment, en effet, s'agirait-il ici d'aliments ? La dette alimentaire entre époux, mais elle naît avec le mariage et disparaît avec lui. Une fois le divorce prononcé, la loi aurait-elle pu, sans violer tous les principes, maintenir une obligation qui ne peut résulter que du mariage ? La pension alimentaire, que la loi accorde à l'époux demandeur, ne découle donc pas de cette obligation de secours que l'article 212 impose aux époux. C'est, comme nous l'avons dit, une indemnité qu'elle lui donne pour le préjudice que lui cause la rupture anticipée du mariage ; c'est une indemnité qui lui tiendra lieu des avantages de fortune que le mariage lui assurait. La loi a donné à cette indemnité la

forme d'une pension alimentaire, parce que le préjudice qu'elle voulait réparer, le seul qui pouvait être pécuniairement réparé, c'est précisément le préjudice qui résulte pour l'époux demandeur de sa privation des revenus de son conjoint. — Et l'intention du législateur ainsi dégagée, on aperçoit tout de suite la faiblesse de l'argumentation de M. Laurent. Si l'indemnité n'est pas due à l'époux demandeur, lorsqu'il n'est pas dans le besoin, c'est qu'au point de vue des aliments, le seul auquel la loi s'est placée, le divorce ne lui cause aucun préjudice. Si l'indemnité est fixée d'après la fortune de l'époux qui la doit, c'est que cette fortune était justement la mesure des avantages dont l'époux demandeur jouissait pendant le mariage et dont le divorce l'a privé. Si la pension alimentaire est révocable, quand elle cesse d'être nécessaire, c'est que l'époux demandeur, ayant des revenus suffisants, n'éprouve plus le préjudice que la loi a eu en vue de réparer.

Mais, — et ici nous sommes d'accord avec M. Laurent, — la pension alimentaire, bien que constituant une indemnité, doit cesser par le décès de l'époux débiteur. Pourquoi? C'est que précisément cette pension a pour objet d'indemniser l'époux, qui a obtenu le divorce, des avantages de fortune que le mariage lui assurait. S'il n'y avait pas eu de divorce, ces avantages, l'époux ne les aurait conservés que jusqu'à la dissolution naturelle du mariage, c'est-à-dire jusqu'à sa mort ou à la mort de son conjoint. Celui-ci venant à décéder après le divorce prononcé, l'époux demandeur n'a donc plus droit à l'indemnité, puisque le préjudice qu'il éprouve ne provient plus alors du divorce, mais d'une cause naturelle, d'un cas de force majeure, la mort du conjoint.

L'opinion que nous venons de soutenir nous paraît la seule conforme aux principes, à la nature même des choses et à l'intention du législateur. Cependant nous

devons reconnaître que la jurisprudence, qui applique la disposition de l'article 301 en matière de séparation de corps, est fixée dans un sens contraire ; elle décide que la pension alimentaire est une véritable créance ordinaire ; accordée sur les biens de l'autre époux, elle passe avec ces biens aux héritiers de l'époux débiteur et ne s'éteint que par le décès de l'époux qui y a droit (Cass., 2 avril 1861, Dalloz, 1861, 1, 97 ; Rouen, 30 juillet 1862, Dalloz, 1864, 2, 238 ; Grenoble, 11 juillet 1863, Dalloz, 1865, 2, 6).

345. — La pension alimentaire ne cesserait pas de plein droit d'être due, si l'époux qui l'a obtenue contractait un nouveau mariage. Cette pension n'est révocable, aux termes de l'article 301 que dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. La loi laisse ainsi aux tribunaux un certain pouvoir d'appréciation à cet égard, et c'est à eux qu'il appartient de décider, suivant les circonstances, si même après le second mariage, la pension reste nécessaire.

346. — Remarquons que l'article 301 du Code civil ne fixe aucun délai spécial pour l'introduction de la demande en pension alimentaire qu'il autorise. Et comme les déchéances sont de droit étroit, qu'il n'appartient pas au juge de les suppléer dans le silence de la loi, il s'ensuit que l'époux qui a obtenu le divorce serait recevable, même après la transcription qui rend définitive la rupture du lien conjugal, à intenter une action en pension alimentaire contre son ancien conjoint. L'action ainsi introduite par voie principale rentre dans les règles du droit commun ; de telle sorte que dans le cas où le divorce a été obtenu à la suite d'un jugement de conversion, la demande doit être jugée, non pas en chambre du conseil, mais en audience publique (Cass., 10 mars 1891, Dalloz, 1891, 1, 175).

347. — La femme divorcée peut-elle continuer à porter le nom de son ancien mari ?

Avant la loi du 6 février 1893, cette question avait donné lieu à quelques difficultés. Toutefois la jurisprudence après certaines hésitations, en était arrivée à décider que, par l'effet seul du divorce, sans que le jugement eût à statuer de ce chef, il était interdit à la femme, en principe, de porter le nom de son mari, mais que la femme, suivant les circonstances, pouvait être autorisée, sur sa demande, à continuer à porter le nom de son ancien mari dans ses relations mondaines ou commerciales (Alger, 29 décembre 1886 et Nîmes, 8 août 1887, Dalloz, 1889, 2, 9).

La question est aujourd'hui tranchée expressément par la loi du 6 février 1893 qui a ajouté à l'article 299 la disposition suivante :

« Par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom. »

Le divorce, entraînant la suppression de tout ce qu'il y a de commun entre les époux, il est logique que la femme soit tenue de quitter le nom de son mari pour ne plus user que de son nom à elle. Cette solution est d'autant mieux justifiée que si la femme prend le nom de son mari, c'est en vertu d'un usage et non pas d'un droit qui découlerait pour elle du mariage. Le nom de chaque personne, en effet, est celui qu'elle tient de ses parents et qui est inscrit sur les registres de l'état civil. Ce nom ne peut plus être modifié qu'en vertu d'une autorisation du Gouvernement ou d'une disposition de la loi. Or, aucun texte ne confère à la femme le nom du mari, et si le mariage avait dû produire un pareil effet, il est évident que le législateur s'en serait expressément expliqué comme il l'a fait dans l'article 347 du Code civil pour l'adoption (Laurent, *Principes de droit civil*, t. III, n° 329).

347 bis. — La nouvelle disposition de l'article 299 a été vivement critiquée. N'est-il pas excessif, a-t-on dit, lorsque le divorce a été prononcé à la requête de la femme, de priver celle-ci du nom qu'elle a toujours porté, sous lequel elle est connue et qui est celui de ses enfants? D'autre part, la femme peut avoir acquis, indépendamment du mariage, par son art ou son industrie, des droits à la copropriété du nom. La femme commerçante, par exemple, peut avoir engagé toute son activité, toute son intelligence dans la prospérité d'une entreprise connue sous le nom de son mari; que le divorce intervienne, et sa situation, celle de ses enfants, va se trouver compromise par ce fait qu'elle ne pourra plus porter ce nom qu'elle avait pour ainsi dire créé elle-même et qui faisait en quelque sorte partie intégrante du fonds de commerce.

Cette situation intéressante sans doute, mais toute particulière, n'a pas paru suffisante au législateur pour faire fléchir ce principe que, le divorce prononcé, rien ne rattachant plus la femme à son mari, elle ne saurait être autorisée à continuer à porter son nom. On a estimé au surplus que cette autorisation ne serait pas toujours sans danger. La femme peut courir des aventures comme commerçante; elle peut arriver à la faillite, de telle sorte que le mari, séparé d'existence, d'intérêts, sera mis en quelque sorte en faillite sous son nom et par le fait de sa femme. Le remède à la situation dont on se préoccupe est d'ailleurs tout indiqué; il en sera ici comme dans l'hypothèse d'une dissolution de société: la femme commerçante enverra une circulaire dans laquelle elle dira qu'elle abandonne les affaires dans les conditions où elle les avait faites jusqu'ici et qu'à partir de telle époque la maison une telle continuera sous telle autre dénomination.

347 ter. — Quoiqu'il en soit la loi est formelle: le divorce prononcé, chacun des époux reprend l'usage

de son nom. La femme sera donc tenue de quitter le nom de son mari. De même le mari, s'il avait joint à son nom celui de sa femme, n'aura plus le droit de faire usage de ce dernier.

Et la loi ne fait aucune distinction. Peu importe que le divorce ait été prononcé au profit de la femme ou à son encontre ; peu importent également les circonstances plus ou moins favorables de la cause ; les tribunaux n'ont à cet égard aucun pouvoir d'appréciation.

348. — Le divorce, en brisant l'union conjugale, a pour effet de permettre à chacun des époux de contracter une nouvelle union.

Mais ce droit pour les époux est soumis à une double restriction :

1° « La femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après que le divorce sera devenu définitif » (art. 296).

2° « Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice » (art. 298).

349. — Et d'abord la femme divorcée ne peut se remarier que dix mois après que le divorce est devenu définitif. — Cette prohibition est fondée sur les mêmes motifs que la disposition de l'article 228 du Code civil qui défend à la veuve de se remarier dans les dix premiers mois de son veuvage. Il importe que la femme divorcée, comme la veuve, ne puisse pas, en contractant un nouveau mariage immédiatement après la dissolution du premier, laisser des doutes sur l'état des enfants dont elle pourrait être mère.

Le divorce devenant définitif par la transcription, le délai de dix mois pendant lesquels la femme divorcée ne peut pas se remarier, court donc seulement du jour

où le jugement, qui prononce le divorce, a été transcrit sur les registres de l'état civil.

350. — En second lieu, lorsque le divorce est prononcé pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice. — Rien de plus moral que cette prohibition ; il ne fallait pas que l'époux adultère pût trouver dans le jugement qui le condamne un titre et un moyen de satisfaire ses coupables passions.

Et cet empêchement fondé sur l'honnêteté publique et sur la morale existe toujours, même après la mort du conjoint qui a obtenu le divorce. L'article 298 est absolu : l'époux adultère ne pourra *jamais* se marier avec son complice.

351. — L'empêchement que l'article 298 crée au mariage de l'époux adultère avec son complice est purement prohibitif. Il en résulte que si le mariage était contracté au mépris de la défense faite par la loi, il n'en resterait pas moins valable et ne pourrait être annulé. Les nullités, en effet, surtout en matière de mariage, sont de droit étroit. Or, la nullité du mariage de l'époux adultère avec son complice n'est édictée nulle part dans notre législation (Aubry et Rau, t. V, p. 83 ; Demolombe, t. III, n° 339 ; trib. de Lyon, 27 décembre 1888, Dalloz, 1890, 2, 365 ; — *Contrà*, Valette sur Proudhon, t. 1, p. 407 ; Laurent, *Principes de droit civil*, t. III, n° 290 ; Frémont, *Traité du divorce et de la séparation de corps*, n° 867).

352. — Il appartient à l'officier de l'état civil de refuser de procéder à la célébration du mariage de l'époux adultère avec son complice. Mais il ne peut le faire évidemment qu'autant que l'adultère et la complicité sont prouvés, et alors s'élève la question de savoir comment sera faite cette preuve.

La preuve de l'adultère et de la complicité ne peut

résulter que du jugement qui a prononcé le divorce ; mais elle peut en résulter expressément ou tacitement. La preuve sera expresse dans le cas où le jugement, soit dans ses motifs, soit dans son dispositif, indiquera le nom du complice. Elle sera tacite dans deux cas : 1° lorsque le jugement de divorce, sans indiquer le nom du complice, visera une condamnation correctionnelle prononcée contre l'époux adultère et son complice ; 2° lorsque le nom du complice sera indiqué par les témoins entendus dans les enquêtes sur lesquelles se base le jugement qui prononce le divorce pour cause d'adultère. Sans doute, dans ce cas, comme d'ailleurs dans le cas où le jugement de divorce indique le nom du complice, le complice peut dire que sa qualité n'est pas vis-à-vis de lui légalement constatée, puisqu'il a été étranger à l'instance ; mais l'officier de l'état civil répondra avec raison que la qualité du complice est légalement constatée au regard de l'époux adultère et que cela suffit pour qu'il ait le droit de se refuser, par application de l'article 298, à procéder à la célébration du mariage. Qu'importe, en effet, que le mariage soit possible au regard du complice, s'il ne l'est pas au regard de l'époux adultère ?

353. — Si le mariage de l'époux adultère avec son complice, contracté au mépris de la prohibition de la loi, reste valable et ne peut être annulé, pourrait-il au moins être fait opposition à sa célébration ? A quelles personnes appartiendrait ce droit d'opposition ?

Le principe est que les dispositions des articles 172 à 175 du Code civil, qui s'occupent des oppositions au mariage, ayant été rédigées dans l'intention de limiter à certaines personnes le droit de s'opposer au mariage, ce droit doit être refusé à toute personne qui n'en a pas été expressément investie. Ainsi, dans notre hypothèse, il ne compète ni aux descendants des futurs époux, ni à leurs collatéraux, ni même à l'époux

qui a obtenu le divorce pour adultère puisqu'il a perdu la qualité qui, aux termes de l'article 172, lui serait nécessaire pour user de ce droit (Carpentier, *La loi du 18 avril 1886*, n° 165 ; Huc, *Commentaire du Code civil*, t. II, n° 402 ; — *Contrà*, trib. de Dieppe, 26 juin 1890, Dalloz, 1892, 2, 213). Seuls, les ascendants des époux, dont le droit est absolu (art. 173), pourraient donc s'opposer au mariage. Quant au ministère public, s'il est admis qu'il peut former opposition au mariage, bien que la loi ne lui en ait pas expressément accordé le droit, c'est à la condition qu'il pourrait demander la nullité de ce mariage au cas où il aurait été célébré. Or, le mariage de l'époux adultère avec son complice, s'il vient à être célébré, ne peut être annulé, même sur les réquisitions du ministère public. Donc le ministère public ne peut s'opposer à sa célébration.

354. — Les époux divorcés peuvent contracter une nouvelle union ; mais pourraient-ils se réunir, se remarier entre eux ?

« Les époux, disait l'article 295 du Code civil, qui divorceront pour quelque cause que ce soit, ne pourront plus se réunir : » et Treilhard justifiait ainsi cette disposition : « Le divorce ne doit être prononcé que sur la preuve d'une nécessité absolue et lorsqu'il est bien démontré à la justice que l'union entre les deux époux est impossible. Cette impossibilité une fois constante, la réunion ne pourrait être qu'une occasion nouvelle de scandale. Il importe que les époux soient d'avance pénétrés de toute la gravité de l'action qu'ils vont tenter ; qu'ils n'ignorent pas que le lien sera rompu sans retour et qu'ils ne puissent pas regarder l'usage du divorce comme une simple occasion de se soumettre à des épreuves passagères, pour reprendre ensuite la vie commune, quand ils se croiraient suffisamment corrigés. Il faut aussi qu'on ne puisse pas spéculer sur cette action, et que les époux adroits et avides, peu satisfaits

des gains assurés par leur contrat de mariage, ne puissent pas envisager le divorce comme un moyen de former dans la suite de nouvelles conventions pour obtenir de plus grands avantages. »

La disposition de l'article 295 du Code civil était une réaction contre les abus qu'avait permis le divorce étendu de la loi de 1792. Mais aujourd'hui que le divorce ne peut plus s'obtenir que dans des conditions exceptionnelles et rigoureuses, alors surtout que le divorce par consentement mutuel a été supprimé, il n'y a plus, ce semble, d'inconvénients à permettre une réunion nouvelle. Il ne peut y avoir que des avantages, car il ne faut pas oublier que le divorce est une extrémité fâcheuse, regrettable, pour les époux et les enfants. Eh bien, si les époux se réconcilient, si, se rappelant d'anciens souvenirs, si, ramenés par leurs enfants qui ont grandi et conquis sur eux plus d'influence, ils veulent se rapprocher, reprendre la vie commune, pourquoi la loi s'y opposerait-elle ? A la différence des rédacteurs du Code civil, le législateur de 1884 a pensé que la réunion des époux divorcés ne pouvait être que désirable ; il l'a permise. De là, la nouvelle disposition de l'article 295 :

« Les époux divorcés ne peuvent plus se réunir, si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce. En cas de réunion des époux une nouvelle célébration du mariage sera nécessaire.

« Les époux ne pourront adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait originairement leur union.

« Après la réunion des époux, il ne sera reçu de leur part aucune nouvelle demande de divorce, pour quelque cause que ce soit, autre que celle d'une condamnation à une peine afflictive et infamante prononcée contre l'un d'eux depuis leur réunion. »

355. — Ainsi, les anciens époux peuvent se réunir, mais c'est à la condition que l'un ou l'autre n'ait pas contracté un nouveau mariage, ou que du moins, s'il s'est remarié, le second mariage ait été dissous par la mort du nouveau conjoint. Si le mariage, contracté postérieurement au divorce, avait été dissous encore par le divorce, les anciens époux ne pourraient pas se réunir. « Je ne puis comprendre, disait M. Béranger au Sénat, que les deux époux, qui se sont séparés par le divorce, puis qui se sont remariés de leur côté, divorcent de nouveau, si cela leur convient, pour se réunir à leur premier époux. Il me semble qu'adopter cette proposition, ce serait, après avoir favorisé l'inconstance dans le mariage par le divorce, encourager l'inconstance dans le divorce même » (Séance du 7 juin 1884).

En cas de réunion des anciens époux une nouvelle célébration du mariage est nécessaire. Et cette nouvelle union est soumise à toutes les conditions de forme et de fond prescrites au titre V, livre 1^{er}, du Code civil, pour la régularité et la validité du mariage, telles que les publications et le consentement des ascendants.

356. — Les époux divorcés qui se réunissent ne peuvent plus demander le divorce pour quelque cause que ce soit. La loi ne veut pas qu'ils se fassent ainsi un jeu du mariage et du divorce. Mais elle fait une exception à cette prohibition dans le cas où la nouvelle demande en divorce serait fondée sur une condamnation à une peine afflictive et infamante, prononcée contre l'un des époux depuis leur réunion. Et cette exception se justifie facilement. La loi a supposé que l'époux, qui voudrait reprendre sa liberté, pourrait provoquer une nouvelle demande en divorce en se livrant, dans ce but, à l'inconduite ou à des outrages envers son conjoint, et c'est pour déjouer ces calculs qu'elle n'a pas permis une seconde demande basée sur l'adultère, les sévices ou

les injures ; mais elle ne pouvait supposer que l'époux, pour parvenir de nouveau au divorce, s'exposerait à une condamnation infamante. — Bien entendu, si l'adultère, les excès, les sévices, les injures ne peuvent plus être une cause de divorce, l'époux innocent pourra toujours les invoquer pour demander la séparation de corps.

357. — Les époux, en se réunissant, ne peuvent adopter un régime matrimonial autre que celui qui régissait leur première union. La loi a voulu par là éviter un danger. Il aurait pu se faire, en effet, que les époux n'eussent d'autre but, en divorçant, que de faire tomber leur contrat de mariage, pour se remarier ensuite sous un autre régime, ce qui aurait pu avoir de graves inconvénients au point de vue de l'intérêt, soit de l'un des époux, soit des tiers.

La première rédaction de l'article 295 défendait aux époux d'adopter d'autres *conventions* matrimoniales. Mais on fit remarquer avec raison qu'il serait quelquefois impossible de faire revivre les anciennes conventions matrimoniales, parce que les conditions, dans lesquelles la nouvelle union était contractée, seraient entièrement différentes. La dot, en effet, pouvait avoir disparu ; l'existence d'enfants pouvait mettre obstacle à certaines stipulations. Et alors le mot *régime* fut substitué au mot *conventions*, pour qu'il fût possible de tenir compte des modifications qui seraient survenues dans la situation des époux.

SECTION II. — Des rapports des époux avec leurs enfants.

358. — Nous devons envisager les rapports des époux divorcés avec leurs enfants, en ce qui concerne :

- 1° Les droits des parents ;
- 2° Les droits des enfants.

§ 1^{er}. — *Des droits des parents.*

359. — L'ensemble des droits que la loi confère aux parents, soit sur la personne, soit sur les biens de leurs enfants, constituent la puissance paternelle.

En principe, la puissance paternelle appartient au père et à la mère ; mais le père seul, pendant le mariage, en a l'exercice (art. 373, 384, 389). Et alors on aperçoit immédiatement quels sont les effets du divorce sur les droits des parents. Au point de vue de la jouissance, ces droits restent intacts, car ils ne découlent pas du mariage. Mais, au point de vue de l'exercice de ces droits, la situation va changer : le mariage étant dissous, le père perd l'exercice exclusif de la puissance paternelle que la loi lui attribuait à raison même du mariage ; la mère acquiert un droit égal à celui du père.

360. — Toutefois, il est évident que, parmi les droits qui composent la puissance paternelle, il en est certains qui ne pourraient être exercés simultanément par le père et par la mère ; tels sont les droits de garde et d'éducation, car l'éducation demande l'unité dans la direction. La loi avait donc à choisir, entre les époux divorcés, celui auquel elle confierait l'exercice de ces droits ; elle l'a fait dans l'article 302, dont la disposition est ainsi conçue :

« Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne. »

361. — Ainsi, en principe, les enfants doivent être confiés à l'époux qui a obtenu le divorce. La loi a eu en

vue l'intérêt des enfants. Bien que mauvais époux ne veuille pas toujours dire mauvais père, la loi suppose — et elle a raison le plus souvent — que l'époux coupable ne serait pas digne de diriger l'éducation des enfants.

362. — Mais c'est précisément parce que la loi a surtout en vue l'intérêt des enfants, qu'elle n'a pas voulu poser une règle absolue. Il se peut, en effet, que cet intérêt exige que les enfants ne soient pas placés sous la garde de l'époux qui a obtenu le divorce. Aussi l'article 302 permet-il au tribunal de les confier aux soins, soit de l'époux coupable, soit d'une tierce personne.

Cette dérogation à la règle que l'article 302 pose d'abord peut avoir lieu sur la demande, soit de la famille, soit du ministère public ; elle pourrait être demandée également, quoique la loi ne le dise pas, par l'époux, contre lequel le divorce a été prononcé, car cet époux, comme nous allons le voir, a, au même titre que son conjoint, un droit de surveillance sur l'éducation des enfants communs, droit de surveillance qui n'aurait plus de sanction si l'époux ne pouvait requérir du tribunal la désignation de la personne à laquelle sera confiée la garde des enfants.

Mais dans le silence des époux, de la famille ou du ministère public, le tribunal ne pourrait que se conformer à la règle et confier les enfants à l'époux qui a obtenu le divorce ; il ne pourrait donc pas ordonner d'office les mesures qui lui paraissent nécessaires, comme il en a le droit dans l'hypothèse de l'article 240 du Code civil, quand il s'agit de ces mesures essentiellement provisoires à prendre durant l'instance en divorce.

363. — Il faut entendre par « *la famille* » non seulement le conseil de famille tel qu'il est défini et organisé par le titre X du Code civil, mais encore toutes les personnes qui, par leur parenté plus ou moins proche

selon les circonstances, agissant de concert ou individuellement, sont suffisamment qualifiées pour prendre soin des intérêts des enfants mineurs issus du mariage. Rien ne prouve, en effet, que l'article 302 ait entendu limiter aux seuls membres du conseil de famille le droit d'agir dans l'intérêt des enfants ; son texte est plus général. Il n'y a d'ailleurs à redouter ici aucun abus, puisque le droit des membres de la famille s'exercera sous le contrôle du tribunal et sous la surveillance du ministère public (Paris, 17 juillet 1886, Dalloz, 1887, 2, 211 ; — *Contrà* Coulon et Faivre, *Manuel formulaire du divorce*, p. 378 ; Goirand, *Traité pratique du divorce*, p. 196 ; Carpentier, *La loi sur le divorce*, n° 379).

364. — Remarquons que, quelle que soit la personne à laquelle la garde de l'enfant est confiée, le domicile légal de cet enfant est toujours chez le père. Le divorce ne modifie en rien le principe posé dans l'article 108 et aux termes duquel les enfants mineurs non émancipés ont leur domicile légal chez leur père (Angers, 5 mai 1885, Sirey, 1886, 1, 15).

365. — Si le droit de garde et d'éducation est confié à l'un des époux à l'exclusion de l'autre, c'est que, comme nous l'avons dit, l'exercice simultané par les deux époux en est impossible. Mais le droit de surveiller cette éducation peut être exercé à la fois et par le père et par la mère ; aussi la loi devait-elle le conserver à l'un et à l'autre ; de là, l'article 303 :

« Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés. »

Ce droit de surveillance a comme corollaire et comme sanction le droit pour chacun des époux de s'adresser

à la justice pour faire ordonner telles mesures que commandera l'intérêt des enfants.

366. — Les mesures prescrites par le jugement de divorce en ce qui concerne la garde et l'éducation des enfants ont un caractère essentiellement provisoire, et si des faits nouveaux se produisent qui n'en permettent plus le maintien ou qui exigent des modifications, elles pourront être rapportées ou modifiées (Cass., 25 août 1884, Dalloz, 1885, 1, 206 ; Orléans, 8 janvier 1885, Dalloz, 1886, 2, 83 ; Paris, 17 juillet 1886, Dalloz, 1887, 2, 241).

Le droit de demander la modification des mesures ordonnées appartient aux époux en vertu de ce pouvoir de surveillance qui découle pour eux de la puissance paternelle et que consacre l'article 303 (Paris, 15 août 1886, Sirey, 1886, 2, 182). Ce droit appartiendrait également, par application de l'article 302, à la famille, c'est-à-dire non seulement au conseil de famille, mais encore aux membres de la famille pris individuellement (*Suprà*, n° 198). Et, en effet, il est évident que la loi, qui permet à la famille d'intervenir dans l'instance et de demander au tribunal d'ordonner dans le jugement qui prononce le divorce les mesures que commande l'intérêt des enfants, ne pouvait pas ne pas lui permettre de demander plus tard, si cela était nécessaire, la modification de ces mesures.

367. — Devant quel tribunal la demande en modifications devra-t-elle être portée ? Est-ce devant le tribunal du lieu où l'époux, contre lequel les modifications sont demandées, a son domicile ? Est-ce, au contraire, devant le tribunal qui a ordonné les mesures ? — C'est le tribunal, de qui émane la décision à modifier, qui seul est compétent. Il s'agit ici, en effet, de l'exécution

du jugement de divorce, de l'exécution des mesures que ce jugement a prescrites, et on doit appliquer dès lors le principe posé dans les articles 472 et 554 du Code de procédure (Cass., 25 août 1884, Sirey, 1884, 1, 424; Orléans, 8 janvier 1885, Sirey, 1885, 2, 45; — Voy. en sens contraire, trib. de la Seine, 7 décembre 1883, *France judiciaire*, VIII, 2, 142).

368. — Les mesures prescrites par le jugement de divorce, en ce qui concerne la garde et l'éducation des enfants, sont sanctionnées par des dommages-intérêts. Le droit accordé à l'un des époux, en effet, trouve sa base dans l'article 303 du Code civil. A ce droit correspond pour l'autre époux l'obligation de ne pas apporter d'entrave à son exercice. C'est là une véritable obligation civile, une obligation de faire dont l'inexécution, aux termes de l'article 1142, donne lieu à des dommages-intérêts.

369. — Une question délicate est celle de savoir quelle peut être l'influence du décès de l'un des époux sur les mesures prescrites à l'égard des enfants. Ces mesures vont-elles cesser *ipso facto*? Ainsi le jugement de divorce a confié les enfants mineurs, soit au père, soit à la mère, soit à une tierce personne; l'un des époux meurt; le conjoint survivant pourrait-il, invoquant ses droits de tutelle dont cette mort l'investit, reprendre immédiatement ses enfants?

Il semble au premier abord qu'une pareille prétention devrait être repoussée. Et en effet, le tribunal a eu en vue, ainsi que le veut l'article 302 du Code civil, par les mesures qu'il a prescrites, le plus grand avantage des enfants. Quand il a confié la garde d'un enfant à l'un des conjoints ou à une tierce personne, c'est qu'il a estimé que l'intérêt de cet enfant commandait une pareille mesure. Or, cet intérêt n'est-il pas toujours le

même et la nécessité où s'est trouvé le juge d'enlever l'enfant à l'époux qui le réclame aujourd'hui a-t-elle disparu parce que le conjoint est décédé ? Evidemment non. L'époux survivant invoque son droit de tutelle ! Mais les droits qui découlent de la tutelle légale, comme de la puissance paternelle, n'ont pas un caractère absolu ; ils n'existent que corrélativement aux devoirs de protection et d'éducation envers les enfants à l'égard desquels ils s'exercent, et il appartient aux tribunaux de les réglementer et d'en restreindre l'étendue, s'il est nécessaire (Cass., 27 janvier 1879, Sirey, 1879, 1, 464). Les mesures prescrites doivent donc être maintenues, sauf le droit pour l'époux survivant de recourir au tribunal et de lui demander de réformer la décision précédemment rendue ; ce sera à lui de prouver qu'il présente des garanties meilleures et que les circonstances qui ont déterminé le tribunal ne sont plus les mêmes ; ce n'est que sous cette condition que les mesures prescrites par le jugement de divorce pourront être modifiées (Comp. Paris, 7 juillet 1882, Dalloz, 1883, 2, 144).

Cette solution ne nous paraît pas devoir être acceptée et en voici les raisons. L'article 302 du Code civil suppose des *époux vivants* et a pour but de régler le conflit que le divorce va faire naître entre eux. Comme nous l'avons dit (*Suprà*, n° 359), lorsque le mariage est dissous par le divorce, le père perd l'exercice exclusif de la puissance paternelle que la loi lui attribuait à raison même du mariage ; la mère acquiert un droit égal à celui du père. Comme il est évident que ces droits ne peuvent s'exercer simultanément, il est nécessaire que le tribunal intervienne pour régler la situation des enfants. A qui en sera confiée la garde ? L'article 302 du Code civil ne pose à cet égard aucune règle absolue ; il s'en remet à l'appréciation des magistrats qui devront s'inspirer des circonstances

et du plus grand avantage des enfants. Mais lorsque l'un des époux vient à décéder, il n'y a plus de conflit justifiant l'intervention de la justice et la disposition spéciale de l'article 302, puisqu'il n'y a plus de droits communs. Il suit de là que toutes les mesures prescrites par le jugement de divorce doivent tomber *ipso jure* ; l'époux survivant reprend ou acquiert l'exercice exclusif de la puissance paternelle (Comp. Cass., 13 août 1884, Dalloz, 1885, 1, 40 ; Poitiers, 21 juillet 1890, Dalloz, 1891, 2, 73).

370. — La loi ne parle pas du droit de correction. Auquel des deux époux ce droit appartiendra-t-il ?

Le droit de correction est un corollaire du droit d'éducation et de garde. Il appartiendra donc à l'époux auquel la garde et l'éducation des enfants auront été confiées. — Mais les enfants ont pu être confiés aux soins d'une tierce personne ; dans ce cas, il ne peut être question d'attribuer à ce tiers le droit de correction, qui reste attaché à la puissance paternelle. Eh bien, les deux époux, ayant des droits égaux, ayant l'un et l'autre le droit de surveillance, auront tous deux le droit de correction.

371. — Les père et mère ont la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans ; mais, pendant le mariage, cette jouissance appartient exclusivement au père (art. 384). Le divorce prononcé, les époux se trouvent donc avoir des droits égaux sur les biens de leurs enfants. S'il était difficile de scinder l'administration de ces biens, rien n'eût été plus facile, au contraire, que d'en partager les revenus. La loi pourtant ne l'a pas fait ; elle a voulu punir l'époux coupable, en le privant de l'usufruit légal. De là, l'article 386 :

« Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui

des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé.... »

Si donc le divorce est prononcé contre la mère, le père conserve l'usufruit légal qu'il avait durant le mariage. S'il est prononcé contre le père, l'usufruit passe à la mère. Dans le cas où l'époux, qui a l'usufruit, viendrait à mourir, avant que les enfants aient atteint l'âge de dix-huit ans, cet usufruit ne passerait pas au survivant, il s'éteindrait au profit des enfants. C'est également au profit des enfants que l'usufruit légal s'éteindrait, si le divorce était prononcé à la fois et contre le père et contre la mère.

372. — Faut-il appliquer la disposition de l'article 386 au droit d'administration des biens personnels des enfants dont s'occupe l'article 389 ? — Si ces biens sont soumis à l'usufruit légal, l'administration en appartiendra incontestablement à l'époux qui aura cet usufruit, mais dans le cas contraire, il nous semble impossible d'appliquer ici l'article 386. La disposition de cet article est, en effet, une véritable peine, et il est de principe que les peines ne peuvent s'étendre par voie d'analogie. Et alors à qui sera dévolue cette administration ? Au père ? Mais l'article 389 ne la lui accorde que durant le mariage ; d'où la conséquence que, le mariage dissous, les époux se trouvent avoir des droits égaux. Dans le silence de la loi, nous pensons qu'il appartiendra aux tribunaux de décider.

§ II. — *Des droits des enfants.*

373. — Le divorce ne change rien aux droits que les lois ou les conventions matrimoniales attribuent aux enfants sur les biens de leurs père et mère ; ces droits, malgré le divorce, subsistent.

Mais, si ces droits subsistent, ils ne s'ouvrent, bien

entendu, que sous les conditions et de la manière déterminées par la loi ou le contrat de mariage. Telle est la disposition de l'article 304, ainsi conçue :

« La dissolution du mariage par le divorce admis en justice ne privera les enfants nés du mariage d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère ; mais il n'y aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts, s'il n'y avait pas eu de divorce. »

Ainsi, les droits de succession des enfants sur les biens de leurs parents subsistent après le divorce, tout comme les droits de succession des parents sur les biens des enfants ; mais ces droits ne s'ouvrent qu'à la mort du père ou de la mère. Il en est de même des droits que le contrat du mariage assure aux enfants, Ainsi une institution contractuelle est faite aux époux par leur contrat de mariage ; aux termes de l'article 1082, les enfants y sont appelés à défaut des institués ; ce droit subsiste pour les enfants même après le divorce, mais il ne s'ouvrira qu'à la mort de l'instituant et sous la condition que les père et mère décèdent avant le donateur.

374. — Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants (art. 203). Ils restent évidemment obligés de remplir ce devoir légal, sans que le divorce puisse les en dégager.

Aux termes de l'article 303, les époux divorcés seront tenus de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants communs à proportion de leurs facultés. En cas de difficulté à cet égard, il appartiendra aux tribunaux de déterminer la part contributoire de chaque époux conformément à sa fortune et à son état.

SECTION III. — Des intérêts pécuniaires des époux.

375. — Le divorce est nécessairement le terme des conventions matrimoniales. La communauté est dissoute et il y a lieu de procéder à sa liquidation (art. 1441). Le lien du mariage étant rompu, il n'y a plus de charges et plus de contribution à ces charges ; la dot doit être restituée (art. 1531, 1534, 1535).

376. — L'effet du divorce, quant aux époux, remonte, comme nous l'avons dit, au jour de la demande (art. 252, § 5 ; *Suprà* n° 332). Il résulte de là notamment :

1° Que si, durant l'instance en divorce, une succession mobilière advient à l'un des époux, cette succession ne tombera pas dans la communauté.

2° Que la communauté étant dissoute rétroactivement, le mari n'a pu percevoir les fruits et biens de la femme qu'à la charge de les rendre. Il doit donc compte à sa femme, à partir de la demande en divorce, des revenus de ses propres et des intérêts de ses reprises.

3° Que la communauté n'a plus à supporter, à partir du jour de la demande en divorce, les charges du mariage, et dès lors la provision alimentaire que les mari a fournie à sa femme sur ses deniers durant l'instance ne saurait rester à sa charge ; la femme en doit compte à la communauté comme d'une avance qui lui a été faite (Cass., 7 janvier 1890, *France judiciaire*, XIV, 2, 179).

376 bis. — Toutefois, pendant l'instance, le mari reste le chef de la communauté ; il peut l'engager, il peut aliéner les biens qui la composent, de la même manière qu'avant la demande en divorce. Mais la femme peut demander la nullité des obligations contractées

par le mari et des aliénations faites par lui, si ces obligations ou aliénations ont eu lieu en fraude de ses droits (art. 243. *Suprà* n° 214).

377. — Le divorce, en brisant le lien du mariage, rend désormais les époux étrangers l'un à l'autre. Il s'ensuit qu'ils perdent ce droit de succession réciproque que confère aux époux l'article 767 du Code civil modifié par la loi du 9 mars 1891 :

« Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent en pleine propriété au conjoint *non divorcé* qui lui survit et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée.

« Le conjoint survivant *non divorcé* qui ne succède pas à la pleine propriété et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée, a sur la succession du prédécédé un droit d'usufruit.... »

Et la loi ne distingue pas entre l'époux contre lequel le divorce a été prononcé et celui qui l'a obtenu. Il n'y avait pas, en effet, de distinction à faire. La privation du droit de succession est une conséquence naturelle du divorce ; le divorce prononcé, il n'y a plus d'époux et plus de vocation héréditaire.

378. — Tels sont les effets naturels du divorce. Il en est un autre qui découle de la loi elle-même ; c'est la révocation des avantages faits à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé. L'article 299, qui édicte cette révocation, est ainsi conçu :

« L'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage. »

Quel est le motif de cette déchéance ? — « L'époux

contre qui le divorce a été prononcé, disait Treilhard, doit-il conserver les avantages qui lui avaient été assurés par son contrat de mariage ? Est-il digne de les recueillir ? Et lorsqu'il se trouve convaincu de faits tellement atroces que le divorce doit en être la suite, jouira-t-il d'un bienfait qui devait être le prix d'une constante affection et des soins les plus tendres ? Non : il s'est placé au rang des ingrats ; il sera traité comme eux. Il a violé la première condition du contrat ; il ne sera pas reçu à en réclamer les dispositions » (Exposé des motifs du titre VI du Code civil).

370. — La déchéance, que l'article 299 prononce contre l'époux coupable, ne s'applique qu'aux *avantages* faits à cet époux *par son conjoint*. De là, cette double conséquence :

1^o Si l'époux coupable perd les libéralités qui lui ont été faites par son conjoint, il conserve les droits qu'il tient de sa qualité de propriétaire ou d'associé. — Ainsi la dot, apportée par l'époux en mariage, doit lui être restituée, car cette dot est sa propriété et non un avantage. Ainsi encore, s'il perd tout droit au préciput conventionnel (art. 1518), l'époux coupable a droit à sa part dans la communauté, n'eût-il même rien apporté en mariage, car la communauté constitue, aux termes de la loi, un contrat à titre onéreux, et l'avantage, qui peut en résulter pour l'un des époux, n'est pas une libéralité (art. 1496 et 1527 ; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n^o 304).

2^o L'époux coupable conserve les libéralités qu'il aurait reçues d'un tiers, même des père et mère de son conjoint. La loi du 20 septembre 1792 le déclarait déchu des avantages qui lui avaient été faits par les parents de son conjoint. Mais cette disposition n'a pas été reproduite par l'article 299, et comme il s'agit d'une véritable pénalité, il faut s'en tenir rigoureusement au texte de la loi. Or l'article 299 ne parle que des avanta-

ges faits à l'époux, contre lequel le divorce a été prononcé, *par son conjoint*. D'ailleurs cette pénalité a son fondement dans la violation du contrat, et, si le contrat a été violé à l'égard du conjoint innocent, il ne l'a pas été à l'égard des tiers donateurs (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 304).

380. — L'article 299 s'applique aux libéralités faites à l'époux coupable, soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage. Les libéralités entre époux, faites pendant le mariage, sont toujours révocables (art. 1096). Il était donc inutile, ce semble, que la loi les déclarât révoquées par le divorce. La loi a voulu frapper l'époux coupable, et elle n'a pas voulu s'en rapporter à l'indulgence de l'époux offensé (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 304).

Mais la révocation n'aurait pas lieu pour les présents de noces faits avant la célébration du mariage, si ces présents n'étaient pas énoncés dans le contrat de mariage, car ce ne sont pas là des avantages faits par l'époux à son conjoint.

381. — L'article 299 s'applique-t-il aux dispositions testamentaires ? — Cela nous paraît certain. La loi dit que l'époux perdra *tous les avantages* ; elle ne limite pas la déchéance qu'elle prononce aux donations entre-vifs. Or, la libéralité testamentaire est évidemment un avantage. Il est vrai que cette libéralité est de son essence révocable ; mais il n'y a pas à tenir compte de ce caractère, puisque l'article 299 frappe de révocation, en termes formels, les avantages faits depuis le mariage, c'est-à-dire des libéralités essentiellement révocables. Il est vrai encore que l'article 300 parle d'avantages *stipulés*, ce qui implique l'existence d'un contrat ; mais le but de l'article 300 n'est pas de restreindre la disposition générale de l'article 299 ; cet article n'a qu'un but, c'est d'étendre le droit de l'époux innocent

aux avantages *stipulés réciproques* (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 304 ; Demol., *Traité du mar.*, t. II, n° 527 bis).

www.libtool.com.cn

382. — La révocation des avantages faits à l'époux, contre lequel le divorce a été prononcé, a lieu de plein droit ; il n'est donc pas nécessaire que l'époux innocent la demande ; il n'est pas même nécessaire que le tribunal la prononce ; elle est une conséquence forcée du divorce, comme la dissolution de la communauté ou la restitution de la dot. L'article 299 s'exprime, en effet, d'une manière absolue et impérative : « L'époux... *perdra* tous les avantages... » D'ailleurs, si la révocation n'avait pas lieu de plein droit, si elle devait être demandée par l'époux donateur, on ne comprendrait pas que la loi l'eût étendue aux donations faites depuis le mariage et eût forcé le donateur à demander une révocation qui est en son pouvoir (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 305).

383. — La déchéance étant encourue par le fait même du divorce, la révocation des donations et des libéralités testamentaires ayant lieu de plein droit, il en résulte que, si l'époux, qui a obtenu le divorce, veut renoncer au bénéfice de la loi, il ne peut le faire que par une nouvelle disposition ; il faut une nouvelle donation ou un nouveau testament (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 305). Il en résulte encore que si l'époux donateur néglige de répéter le bien qui a fait l'objet de la donation révoquée, l'époux donataire n'en acquerra à nouveau la propriété que par une possession de trente années. La prescription trentenaire, en effet, est seule ici applicable, puisque, par le fait même du divorce et de la révocation qu'il entraîne, le donataire est devenu un simple détenteur sans titre et de mauvaise foi (Marcadé, *Explication du Code Napoléon*, t. 1, n° 775 bis).

384. — Si le divorce était prononcé à la fois contre l'un et l'autre des époux, la révocation des avantages aurait lieu à la fois contre tous les deux. L'article 300 dit bien que l'époux, qui obtient le divorce, conserve les avantages à lui faits, mais il est évident que c'est à la condition que le divorce ne soit pas en même temps prononcé contre lui, sur la demande de son conjoint. L'article 300 prévoit le cas le plus ordinaire, celui où le divorce est prononcé contre un seul des époux, mais il ne fait pas obstacle à l'application de l'article 299 dans le cas où le divorce, en suite d'une demande reconventionnelle, est également prononcé contre l'époux demandeur (Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 530 bis).

385. — L'article 299 s'applique-t-il en cas de divorce prononcé comme conséquence d'un jugement antérieur de séparation de corps ?

Si la conversion est demandée par l'époux qui a obtenu la séparation de corps, la question ne pourra guère se présenter, car, comme nous le verrons (*Infra*, n° 389), d'après une jurisprudence constante, l'article 299 doit recevoir son application en cas de séparation de corps ; la révocation a donc déjà eu lieu et il sera bien rare qu'entre le jugement de séparation de corps et le jugement de conversion, une donation ait été faite à l'époux défendeur. Si ce cas pourtant se présentait, ou si on admet que l'article 299 ne doit pas être étendu à la séparation de corps, il est évident — et il ne peut y avoir de difficulté sur ce point — que le jugement de conversion entraînerait la révocation des avantages faits à l'époux contre lequel le divorce aurait été prononcé.

Mais la question reste avec tout son intérêt, si nous supposons que la demande en conversion est précisément formée par l'époux défendeur à la séparation de corps. Elle doit, ce nous semble, se résoudre par une distinction.

L'époux fonde-t-il sa demande en conversion sur les faits mêmes qui ont motivé la séparation de corps : il est évident alors que la révocation des avantages par lui faits ne résultera pas du jugement qui admettra la conversion. La loi, en effet, déclare déchu des libéralités qu'il a reçues l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé ; or, dans ce cas de conversion, peut-on dire que le divorce est prononcé contre l'époux défendeur, contre celui-là même qui a obtenu le jugement de séparation ? Mais ce n'est pas seulement le texte de la loi qui répugne à la révocation, c'est encore et surtout son esprit, la raison, la justice. La déchéance est une peine dont la loi a voulu frapper l'époux coupable ; serait-il possible d'en frapper l'époux innocent ?

L'époux fonde-t-il, au contraire, sa demande en conversion sur des faits postérieurs au jugement de séparation et à la charge de son conjoint, n'a-t-il choisi cette procédure spéciale de la conversion qu'en raison de sa célérité : dans ce cas, le divorce est véritablement prononcé contre l'époux qui a obtenu le jugement de séparation et qui est défendeur à la conversion ; il est époux coupable, puisque c'est sa faute qui donne lieu au divorce, et dès lors la déchéance édictée par la loi doit l'atteindre.

386. — Quel est l'effet de la révocation à l'égard des tiers ? L'époux donateur a-t-il le droit de reprendre les biens donnés libres de toutes charges, hypothèques ou servitudes, dont ils peuvent être grevés du chef de l'époux donataire ? L'aliénation des biens donnés est-elle nulle ?

La question doit se résoudre par une distinction : tous les droits que les tiers ont acquis du chef du donataire, sur les choses données, postérieurement au jugement de divorce, sont nuls ; sont maintenus, au con-

traire, tous les droits qu'ils ont acquis antérieurement à ce jugement.

Et d'abord, s'agit-il des droits que les tiers ont acquis sur la chose donnée après le jugement qui a prononcé le divorce, ces droits sont annulés. En effet, la révocation ayant lieu de plein droit, l'époux donataire, dès que le divorce est prononcé, cesse d'être propriétaire, et il ne peut plus aliéner ni concéder aucun droit réel. Et les tiers ne peuvent arguer de leur ignorance, puisque le jugement de divorce est rendu public (art. 250).

S'agit-il, au contraire, de droits concédés antérieurement au jugement de divorce, ces droits sont maintenus à l'égard des tiers. La révocation, en effet, ne rétroagit pas. Il en est ici, comme en cas de révocation de la donation pour cause d'ingratitude (art. 958). La révocation est une peine, et la peine est personnelle, comme la faute. Le donataire est le coupable, il subira la peine, il perdra le bénéfice de la donation. Mais les tiers, qui ont traité avec lui, n'ont pas participé à sa faute ; ils ne doivent pas être punis ; ils conserveront donc les droits qu'ils ont acquis du chef de l'époux donataire.

Mais, pourrait-on dire, la donation entre époux est faite sous la condition tacite que l'époux donataire remplira les obligations que le mariage lui impose. Or, l'époux, contre lequel le divorce a été prononcé, n'a pas rempli cette condition. Il y a donc eu inexécution des conditions, et dès lors, conformément aux principes généraux, la révocation doit rétroagir (art. 954). — Ce raisonnement pourrait s'appliquer tout aussi bien à la révocation pour cause d'ingratitude : le donataire s'est engagé à ne pas se montrer ingrat, il a violé son engagement, et cependant l'article 858 déclare que la révocation ne rétroagit pas. Il en doit être ainsi dans le cas

prévu par l'article 299. C'est qu'en effet, le mot *conditions*, dans l'article 954, n'est pas pris dans son sens juridique ; il s'entend des obligations, des *charges* imposées expressément au donataire, qui donnent jusqu'à un certain point à la donation le caractère d'un contrat à titre onéreux, et permettent par suite de lui appliquer le principe de la condition résolutoire tacite. Or, la condition sous-entendue dans la donation entre époux n'est pas une charge, ce n'est pas la condition que vise l'article 954 ; la donation reste avec son caractère purement gratuit. Dès lors, lorsque le donataire viole les engagements qui résultent du mariage, il n'y a pas là cette inexécution de *conditions* qu'exige la loi pour que la révocation puisse rétroagir et venir frapper les tiers de bonne foi (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 306 ; Cass., 30 août 1865, Sirey, 1866, 1, 66 ; — Voy. en sens contraire, Marcadé, *Revue crit.*, t. IV, p. 509 et suiv. ; Pau, 8 août 1853, Sirey, 1853, 2, 495).

387. — Mais il est bien entendu que, si l'époux donateur est obligé de respecter les droits acquis par des tiers sur les biens donnés, il a toujours le droit de recourir contre son conjoint jusqu'à concurrence de la valeur des objets aliénés ou de la diminution de valeur résultant des charges, hypothèques ou servitudes dont les biens ont été grevés. Il ne serait pas juste que l'époux donataire pût retirer un bénéfice d'une donation dont il est indigne.

388. — Si l'époux, contre lequel le divorce a été prononcé, perd tous les avantages que son conjoint a pu lui faire, l'époux, qui l'a obtenu, conserve, au contraire, les avantages qui lui ont été faits. C'est la disposition de l'article 300 :

« L'époux qui aura obtenu le divorce conservera les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils

aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu. »

L'époux demandeur, dont les plaintes sont justifiées, disait Treilhard, ne peut et ne doit être exposé à la perte d'aucun des avantages à lui faits par son conjoint ; il les conservera dans toute son intégrité. La déchéance qu'on prononcerait contre lui serait doublement injuste, en ce qu'elle frapperait l'innocent pour récompenser le coupable ; il ne faut pas qu'un époux puisse croire qu'il anéantira des libéralités qu'il regrettera peut-être d'avoir faites, en forçant l'autre époux à demander le divorce.

389. — L'époux, qui a obtenu le divorce, conserve les avantages à lui faits, soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage, mais il les conserve tels qu'ils étaient, avec leur caractère et leurs effets. De là, les conséquences suivantes :

1^o Les droits conservés ne s'ouvrent que sous les conditions qui y étaient attachées. — Ainsi, l'époux qui a obtenu le divorce, conserve son droit au préciput, mais son droit ne s'ouvre que s'il survit à son conjoint (art. 1518). De même la femme conserve les droits de survie qu'elle a stipulés, mais elle ne pourra les exercer qu'à la mort du mari.

2^o Les libéralités faites depuis le mariage restent révocables. — Mais, dit-on, l'article 299 déclare l'époux défendeur déchu des avantages à lui faits, soit par le contrat de mariage, soit pendant le mariage ; l'article 300 conserve à l'époux, qui a obtenu le divorce, les uns et les autres ; or, si cet article les lui *conserve*, ce ne peut être qu'à la condition que ces avantages ne pourront plus être révoqués. — Ce raisonnement pourrait s'appliquer aux libéralités testamentaires aussi bien qu'aux donations entre vifs, car la loi ne distingue pas la nature des avantages ; mais personne n'est allé jusqu'à

soutenir que l'époux défendeur ne pourrait refaire son testament. L'époux demandeur, nous l'avons dit, conserve les avantages comme il les avait, tels qu'ils étaient. Les donations entre époux, faites pendant le mariage, sont révocables; elles resteront révocables, après le divorce, comme elles l'étaient avant. La loi n'aurait pu changer le caractère de ces libéralités sans donner une prime au divorce (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 307).

www.libtool.com.cn

DE LA SÉPARATION DE CORPS

Notions préliminaires.

390. — Notre ancien droit français, sous l'influence des idées religieuses et pour venir en aide aux époux malheureux, n'admit que la séparation de corps qui, tout en maintenant le mariage, supprime l'obligation de la vie commune.

Le droit intermédiaire abolit complètement la séparation de corps et la remplaça par le divorce (Loi du 20-25 septembre 1792).

Les rédacteurs du Code civil, estimant que la liberté des cultes exigeait ce double remède aux infortunes conjugales, autorisèrent tout à la fois le divorce, qui dissout le mariage, et la séparation de corps, dont la nature, subordonnée au principe de l'indissolubilité du mariage, se concilie avec les exigences des croyances religieuses.

« Le pacte social, disait Treilhard dans l'exposé des motifs du titre du divorce, garantit à tous les Français la liberté de leur croyance ; des consciences délicates peuvent regarder comme un précepte impérieux l'indissolubilité du mariage. Si le divorce était le seul remède offert aux époux malheureux, ne placerait-on pas des citoyens dans la cruelle alternative de fausser leur croyance ou de succomber sous un joug qu'ils ne pourraient plus supporter ? Ne les mettrait-on pas dans la nécessité d'opter entre une lâcheté ou le mal-

heur de toute leur vie ? Nous aurions bien mal rempli notre tâche, si nous n'avions prévu cet inconvénient ; en permettant le divorce, la loi laissera l'usage de la séparation ; l'époux qui aura le droit de se plaindre pourra former à son choix l'une ou l'autre demande ; ainsi nulle gêne dans l'opinion et toute liberté à cet égard est maintenue. »

De là, l'article 306 du Code civil : « Dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps. »

391. — La loi du 27 juillet 1884 a conservé la séparation de corps en même temps qu'elle rétablissait le divorce.

« Avant tout débat, disait M. Labiche dans son rapport au Sénat, nous devons rappeler qu'aujourd'hui aucun des partisans les plus convaincus de la nécessité du rétablissement du divorce, ne prétend l'imposer à aucune conscience. A la différence du législateur de 1792, aucune des propositions de réforme qui nous sont soumises ne supprime la séparation de corps, ce divorce des catholiques. Pour eux le mariage n'est pas seulement un contrat civil ; c'est avant tout, par dessus tout, un sacrement qui ne peut être dissous que par la mort. Donc pour tous ceux de nos concitoyens qui veulent ne pas s'écarter de la pratique des prescriptions du catholicisme, la séparation de corps, quels que puissent être ses difficultés, ses dangers, sauvegarde absolument leur liberté de conscience. »

392. — La séparation de corps, dans le système du Code civil et de la loi de 1884, était l'état de deux époux que la justice avait dispensés de cette obligation de vivre en commun que le mariage leur imposait.

On aperçoit tout de suite la différence qui sépare la séparation de corps du divorce. Le divorce brise tous les liens du mariage ; il fait disparaître l'obligation de

la vie commune, comme les devoirs de fidélité, de secours, d'assistance ; il rend désormais les époux étrangers l'un à l'autre et leur donne la faculté de contracter une nouvelle union. La séparation de corps, au contraire, maintenait le mariage, et des effets juridiques que le mariage produit, elle n'en faisait cesser qu'un seul, l'habitation commune.

393. — La loi du 6 février 1893 qui, comme la loi de 1884, a conservé l'institution de la séparation de corps en a profondément modifié le régime. Elle a bien, le mariage subsistant, maintenu les devoirs de fidélité et de secours et l'impossibilité pour les époux de contracter une nouvelle union ; mais elle a permis à chacun d'eux de reprendre l'usage exclusif de son nom ; elle a rendu à la femme la plénitude de l'exercice de ses droits civils, en supprimant cette nécessité de l'autorisation maritale à laquelle elle avait été jusque là soumise et qui est certainement un des effets les plus graves du mariage. De telle sorte que, l'obligation de la vie commune, la communauté de nom, la puissance maritale disparaissant, il est vrai de dire aujourd'hui que la séparation de corps constitue une sorte de divorce, le divorce des catholiques.

Ce sont les adversaires mêmes du divorce qui ont pris l'initiative de cette réforme. En 1884, à une époque où l'on pensait qu'une amélioration du régime de la séparation de corps pourrait peut-être faire obstacle à l'adoption de la loi sur le divorce, MM. Denormandie, Allou, Jules Simon et Batbie déposèrent au Sénat un projet de loi ayant pour objet d'augmenter le nombre des cas de nullité du mariage et de modifier les dispositions qui régissent la séparation de corps. C'est ce projet qui, après des vicissitudes diverses et des transformations importantes, est devenu la loi du 6 février 1893. Le but du législateur a donc été de lutter contre les sé-

ductions du divorce et de faire aux époux malheureux une situation telle qu'ils ne fussent pas toujours et dans tous les cas obligés de recourir au divorce. La loi nouvelle atteindra-t-elle ce but ? L'avenir nous le dira ; mais pour nous, nous craignons fort que cet « appel à la clientèle de la séparation de corps » n'ait pour résultat d'augmenter le nombre des époux séparés sans diminuer celui des époux qui estiment qu'après tout le divorce, quels qu'en soient les inconvénients, reste encore le remède le plus efficace à une situation devenue intolérable.

394. — Nous allons nous occuper successivement :

- 1° Des causes de la séparation de corps ; — Des personnes qui peuvent demander la séparation de corps ; — Des fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à cette demande ;
 - 2° De la procédure de la séparation de corps ;
 - 3° Des effets de la séparation de corps ;
 - 4° De la cessation de la séparation de corps.
-

CHAPITRE PREMIER

DES CAUSES DE LA SÉPARATION DE CORPS ; — DES PERSONNES QUI PEUVENT DEMANDER LA SÉPARATION DE CORPS ; — DES FINS DE NON-RECEVOIR QUI PEUVENT ÊTRE OPPOSÉES A CETTE DEMANDE.

395. — Les causes, qui peuvent motiver une demande en séparation de corps, sont les mêmes que celles qui peuvent servir de base à une demande en divorce. L'adultère, les excès, sévices ou injures graves, la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante peuvent entraîner la séparation de corps, comme le divorce. Telle est la disposition de l'article 306 :

« Dans le cas où il y a lieu à demande en divorce, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps. »

Il y a donc sur ce point analogie complète entre la séparation de corps et le divorce, et nous ne pouvons que nous en référer, à cet égard, à ce que nous avons dit des causes du divorce (*Suprà*, n^{os} 24-88).

396. — L'article 307 ajoute que la séparation de corps « ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux. »

Mais cela avait-il besoin d'être dit ? N'est-il pas évident que les époux ne peuvent se séparer à l'amiable,

de gré à gré et hors la présence de la justice ? N'est-il pas évident que l'obligation de vivre en commun étant une obligation qui dérive du mariage et que la loi consacre (art. 214), la convention par laquelle les époux s'engageraient à vivre séparément serait nulle et de nul effet, comme dérogeant à une loi d'ordre public ?

L'article 307 s'explique historiquement. Les rédacteurs du Code civil, qui avaient admis le divorce par le consentement mutuel des époux, ne voulurent pas étendre cette cause de divorce à la séparation de corps ; cette séparation ne devait jamais être demandée que pour cause déterminée. Et alors, après avoir indiqué, dans l'article 306, que les causes de divorce et de séparation de corps étaient les mêmes, ils déclarèrent, dans l'article 307, comme restriction au principe général qu'ils venaient de poser, que la séparation de corps ne pourrait avoir lieu par le consentement mutuel. Mais aujourd'hui le divorce par le consentement des époux n'existe plus ; la loi du 27 juillet 1884 l'a supprimé. L'analogie entre les causes de divorce et celles de la séparation de corps est complète. Dès lors la disposition de l'article 307, avec la signification que le Code civil y attachait, n'a plus sa raison d'être. Cette disposition ne peut plus signifier qu'une chose, c'est que la séparation de corps à l'amiable est nulle et de nul effet. A ce point de vue, elle était inutile, et la loi du 18 avril 1886 qui, à certains égards, a modifié l'article 307, aurait dû la faire disparaître.

397. — L'action en séparation de corps, comme l'action en divorce, est essentiellement personnelle ; elle ne pourrait donc pas être intentée par les créanciers au nom de leur débiteur (*Suprà*, n° 94).

398. — Pourrait-elle l'être par le tuteur au nom de l'interdit ?

S'agit-il d'un interdit judiciaire, la séparation de

corps peut être demandée par le tuteur, à la condition que celui-ci soit autorisé par le conseil de famille. C'est ce que décide le **paragraphe 2 de l'art. 307** :

« Le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête et suivre l'instance à fin de séparation. »

Cette disposition est une innovation de la loi du 18 avril 1886, et elle consacre législativement la jurisprudence qui, sous l'empire du Code civil, admettait le tuteur de l'interdit judiciaire à intenter l'action en séparation de corps. La loi a pensé avec raison qu'il fallait soustraire l'interdit aux mauvais traitements de son conjoint et ne pas laisser l'adultère et le désordre s'installer à son foyer.

Si le tuteur de l'interdit était son conjoint lui-même, c'est évidemment au subrogé tuteur qu'il appartiendrait d'agir (art. 420).

399. — Mais en est-il ainsi de l'interdit légal ? La loi n'en dit rien. L'article 234 permet bien au tuteur, en cas d'interdiction légale résultant d'une condamnation, de présenter la requête à fin de divorce avec l'autorisation ou sur la réquisition de l'interdit, mais cette disposition n'est pas reproduite pour le cas d'une demande en séparation de corps. Faut-il en conclure que l'interdit légal, qui peut, par l'intermédiaire de son tuteur, demander le divorce, ne serait pas autorisé à demander la séparation de corps ?

Cette solution nous paraîtrait en contradiction formelle avec l'esprit de la loi. La loi, en effet, apporte un double remède aux infortunes conjugales : le divorce et la séparation de corps. L'époux malheureux a le choix entre ces deux remèdes. Or, dès l'instant que vous autorisez l'interdit légal, par l'intermédiaire de son tuteur, à demander le divorce, à rompre l'union conjugale, serait-il logique de lui refuser le droit, qui appartient à tous, de demander la séparation de corps,

de se contenter d'une mesure moins radicale et qui est peut-être la seule à laquelle ses croyances religieuses lui permettent de recourir ? N'est-ce pas le cas d'appliquer l'adage : qui peut le plus peut le moins ?

Au surplus, il y aurait pour l'interdit un moyen bien simple d'échapper à cette impossibilité d'intenter l'action en séparation de corps, qu'on voudrait faire résulter du silence de la loi : il n'aurait qu'à demander, en cours d'instance, la transformation de sa demande en divorce en demande en séparation de corps (art. 239, § 2). N'est-ce pas là une raison de plus pour décider que la séparation de corps peut être demandée par le tuteur de l'interdit légal ?

Donc, en cas d'interdiction légale, la requête à fin de séparation de corps peut être présentée par le tuteur avec l'autorisation ou sur la réquisition de l'interdit. Et le tuteur n'aurait pas besoin d'être autorisé par le conseil de famille. Quand il s'agit d'un interdit judiciaire, d'un incapable de fait et de droit, l'intervention du conseil de famille est une garantie ; mais cette intervention serait sans objet, quand il s'agit d'un interdit légal dont l'incapacité est purement de droit.

400. — L'action en séparation de corps s'éteint par la mort de l'un des époux. C'est évident. Le but de la séparation de corps est la cessation de la vie commune. Or l'obligation de vivre en commun suppose l'existence du mariage, et lorsque le mariage est dissous, il serait absurde de demander la cessation d'une vie commune que la mort rend impossible.

Mais si la mort de l'un des époux est survenue après que la demande a été formée, l'action pourrait-elle être continuée par l'époux demandeur contre les héritiers de l'époux défendeur ou par les héritiers du demandeur contre le défendeur ? — En matière de divorce la question est résolue par l'article 244 dans le sens de la négative. Cet article consacre les principes généraux du

droit ; nous devons donc l'appliquer en matière de séparation de corps. Il est de la nature et de l'essence de l'action en séparation de corps, comme de l'action en divorce, de ne pas survivre au mariage. Si elle ne peut être intentée par ou contre les héritiers des époux, elle ne peut, par les mêmes raisons, être continuée. Et il en est ainsi, même au point de vue des intérêts pécuniaires qui s'y rattachent, car le but essentiel, unique de l'action, est la cessation de la vie commune, et l'action n'a plus d'objet dès l'instant que la mort a brisé tous les liens de l'union conjugale (*Suprà*, n° 100).

401. — C'est encore parce que l'article 244, en ce qui touche la réconciliation des époux, n'est qu'une application des principes généraux, que sa disposition doit être admise en matière de séparation de corps.

La réconciliation suppose la renonciation au droit qu'avait l'époux offensé de demander la séparation de corps ; elle constitue donc une fin de non recevoir à la demande en séparation, qu'elle survienne, soit depuis les faits allégués dans la demande, soit depuis cette demande.

Il faut appliquer ici tout ce que nous avons dit de la réconciliation des époux, de la prescription et de la réciprocité des torts en matière de divorce (*Suprà*, nos 102-125).

CHAPITRE II

DE LA PROCÉDURE DE LA SÉPARATION DE CORPS.

402. — Aux termes de l'article 307, la demande en séparation de corps « sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile ; néanmoins les articles 236 à 244 lui seront applicables. »

Ainsi la loi assimile à certains points de vue la procédure de la séparation de corps à la procédure du divorce. Notre examen donc ne se bornera guère qu'à rechercher les différences qui séparent les deux procédures.

§ I. — *De la demande.*

403. — La demande en séparation de corps, comme la demande en divorce, doit être précédée d'une tentative de conciliation, car il y a intérêt à empêcher les séparations de corps aussi bien que les divorces.

L'époux, qui veut former une demande en séparation de corps, adresse préalablement une requête au président du tribunal de son domicile. Mais ce premier acte de la procédure est régi, non par la disposition de l'article 234, que l'article 307 n'a pas rendu applicable à la séparation de corps, mais par l'article 875 du Code de procédure ainsi conçu :

« L'époux, qui voudra se pourvoir en séparation de corps, sera tenu de présenter au président du tribunal de son domicile requête contenant sommairement les faits ; il y joindra les pièces à l'appui, s'il y en a. »

404. — De la comparaison de la disposition de l'article 234 du Code civil avec celle de l'article 873 du Code de procédure résulte une différence importante entre la séparation de corps et le divorce.

L'article 234 veut que le demandeur *en personne* présente sa requête au président ; l'article 873 porte seulement que le demandeur présentera requête. D'où la conséquence que la comparution personnelle du demandeur en séparation de corps n'est pas ici nécessaire. Aussi l'article 873 du Code de procédure n'exige-t-il pas, comme l'article 234 du Code civil, qu'en cas d'empêchement, le juge, assisté de son greffier, se transporte au domicile du demandeur, et notre article 307 n'a-t-il pas étendu à la séparation de corps la disposition de l'article 235, aux termes de laquelle le juge entend le demandeur et lui fait les observations qu'il croit convenables. Et cependant, cette comparution du demandeur n'aurait-elle pas dû être exigée dès ce premier acte, comme elle l'est dans la procédure du divorce ? N'y a-t-il pas analogie de motifs ? La loi s'est montrée moins rigoureuse pour la demande en séparation de corps, sans doute parce que la séparation laisse subsister le mariage, tandis que le divorce le brise.

405. — La requête présentée par l'époux demandeur est répondue d'une ordonnance portant que les parties comparaitront devant le président au jour et à l'heure qu'il indique (art. 876, C. pr.).

A partir de ce moment, la procédure de la séparation de corps, en ce qui concerne la comparution des époux devant le juge conciliateur, le droit accordé au magistrat d'ajourner les parties, la forme de l'assigna-

tion, les délais dans lesquels cette assignation doit être donnée, se confond avec la procédure du divorce (art. 307, 237, 238). Nous n'avons donc à cet égard qu'à renvoyer aux explications que nous avons présentées sous les numéros 139-167.

406. — La demande en séparation de corps est, comme la demande en divorce, de la compétence des tribunaux civils (*Suprà*, n° 163). Elle doit être portée devant le tribunal dans l'arrondissement duquel l'époux défendeur a son domicile (art. C. pr.), et, comme la femme a le même domicile que son mari, c'est donc dans tous les cas devant le tribunal, dans le ressort duquel le mari a son domicile, que la demande doit être portée.

407. — La séparation de corps entraîne la séparation de biens, et par suite elle intéresse les tiers qui traitent avec les époux. Il semble donc que la loi eût dû exiger la publicité de la demande en séparation de corps, comme elle exige la publicité de la demande en séparation de biens (art. 868, C. pr.). Elle ne l'a pas fait, d'abord parce que le but essentiel, direct de l'action en séparation de corps est le relâchement du lien conjugal, et ensuite parce que la publicité aurait pu être un obstacle de plus à la réconciliation des époux.

§ II. — *Des mesures provisoires et conservatoires.*

408. — La demande en séparation de corps, comme la demande en divorce, peut nécessiter certaines mesures provisoires et conservatoires destinées à sauvegarder, pendant l'instance, les intérêts divers que cette demande met en jeu.

Ces mesures concernent : 1° la personne des époux et des enfants ; 2° les intérêts pécuniaires des époux.

La loi a étendu à la séparation de corps les dispo-

sitions qu'elle édicte à cet égard pour le cas de divorce (art. 307, 238, 240-243). Nous ne pouvons donc que nous en référer à ce que nous avons dit sur ce point en nous occupant du divorce (*Supra*, nos 170-220).

§ III. — *De l'instruction.*

409. — La demande en séparation de corps est « instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile » (art. 307). C'est ce qu'avait déjà dit du divorce l'article 239 dont la disposition est applicable à la séparation de corps : « La cause est instruite et jugée dans la forme ordinaire, le ministère public entendu. »

Nous appliquerons donc ici en principe tout ce que nous avons dit de l'instruction de la demande en divorce, au point de vue de la publicité de l'audience, de la reproduction des débats, de la preuve soit testimoniale soit littérale, des demandes reconventionnelles, etc. (nos 221 et suiv.).

410. — Les enquêtes se feront conformément à la disposition des articles 252 et suivants du Code de procédure.

Mais appliquerons-nous ici la disposition de l'article 245, § 2, aux termes de laquelle, par dérogation à l'article 283 du Code de procédure, les parents, à l'exception des descendants, et les domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins ?

L'article 307 n'a pas étendu cette disposition à la séparation de corps, et cependant il nous semble bien difficile de ne pas admettre ici la dérogation qu'elle consacre. D'une part, en effet, si l'article 307 dit que la demande en séparation est instruite de la même manière, c'est-à-dire dans la même forme, que toute autre action civile, il est à remarquer que l'article 283 du Code de procédure ne règle pas une question de forme,

mais une question de fond ; car, la forme de l'enquête reste toujours la même, qu'on entende ou non les parents et les domestiques. D'autre part, l'exception de l'article 283 est, en matière de séparation de corps, aussi bien qu'en matière de divorce, une véritable nécessité ; car il s'agira presque toujours de faits qui se sont passés dans l'intimité du foyer et desquels il serait difficile de trouver d'autres témoins que ceux qui vivent dans cette intimité.

411. — L'article 239, dans son second paragraphe, permet au demandeur en divorce de transformer en tout état de cause sa demande en demande en séparation de corps. L'article 239 est applicable à la séparation de corps (art. 307). Faut-il en conclure que le demandeur en séparation de corps a le droit de transformer, en cours d'instance, sa demande en demande en divorce ?

Nous ne le croyons pas. Quel est, en effet, le motif de la disposition de l'article 239, § 2 ? Le législateur, nous l'avons dit (*Suprà*, n° 248), partant de cette idée que qui peut le plus peut le moins et voulant favoriser le maintien du lien conjugal, a autorisé le demandeur à transformer en cours d'instance sa demande en divorce en une demande moins grave, en une demande en séparation de corps. Or, ne serait-ce pas aller contre le but même de la loi que de permettre la transformation de l'instance en séparation de corps en instance en divorce, puisqu'une pareille évolution de procédure aurait pour résultat d'aggraver la demande en substituant à une action qui a pour objet le relâchement du lien conjugal une action ayant pour objet la dissolution même du mariage ? Et, qu'on le remarque bien, cette évolution de procédure serait contraire à toutes les règles juridiques. Les demandes nouvelles, en effet, ne peuvent, en principe, être introduites par voie de simples conclusions ; elles doivent être sou-

prises au préliminaire de conciliation. Or, les conclusions à fin de divorce, prises au cours d'une instance en séparation de corps, constituent évidemment une demande nouvelle, puisque l'action en séparation de corps et l'action en divorce tendent à un but essentiellement différent. A ce point de vue, la disposition de l'article 239, § 2 constitue une exception aux principes juridiques ; elle doit donc être restreinte au cas pour lequel elle a été édictée, c'est-à-dire au cas d'une demande en divorce.

Et tel est bien l'esprit de la loi. L'article 6 de la loi du 18 avril 1886 porte, en effet, que les instances en séparation de corps, pendantes au moment de la promulgation de la loi du 27 juillet 1884, pourront être converties par le demandeur en instances en divorce. Or, cette disposition n'eût-elle pas été inutile, si le demandeur pouvait le droit de conversion dans l'article 239, § 2 ? Et cette circonstance que la loi de 1886 limite aux instances pendantes au moment de la promulgation de la loi de 1884 le droit de demander la conversion, n'est-elle pas une preuve évidente qu'en règle générale le demandeur en séparation de corps n'a pas le droit de transformer sa demande en demande en divorce ? (Vraye et Gode, *Le divorce et la séparation de corps*, t. I, n° 461 ; Cass., 22 février 1888, Dalloz, 1888, 1, 223 ; Paris, 8 mars 1890, Dalloz, 1891, 2, 191).

412. — Toutefois, à notre avis, rien ne s'oppose à ce que le demandeur se désiste de son action en séparation de corps et intente une action en divorce.

Dira-t-on que le divorce et la séparation de corps sont deux voies parallèles, deux remèdes différents, que l'époux peut choisir entre ces deux voies, ces deux remèdes, mais que son choix une fois fait est irrévocable, et qu'en choisissant une des voies que la loi lui offre, il renonce par cela même à l'autre ? Nous répondrions que la maxime *Electa una via, excluditur altera*,

Donc, s'agit-il d'un jugement ou d'un arrêt par défaut contre avoué : l'opposition ne sera recevable que pendant la huitaine à compter du jour de la signification à avoué. S'agit-il d'un jugement ou d'un arrêt par défaut contre partie, l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution du jugement ou de l'arrêt (art. 157, C. pr. civ.).

416. — Le jugement rendu par défaut-congé contre le demandeur est également susceptible d'être attaqué par la voie de l'opposition, et nous appliquerons ici, comme en matière de divorce, la règle générale édictée par l'article 157 du Code de procédure civile : l'opposition ne sera recevable que pendant huitaine à compter du jour de la signification à avoué.

417. — De l'appel. — L'appel en matière de séparation de corps comme en matière de divorce est soumis aux règles de droit commun édictées par les articles 443 et suivants du Code de procédure civile.

Le délai pour interjeter appel est de deux mois. S'agit-il d'un jugement contradictoire, les deux mois courent du jour de la signification à personne ou à domicile. S'agit-il d'un jugement par défaut, les deux mois courent du jour où l'opposition n'est plus recevable suivant la distinction établie ci-dessus.

418. — Ce fut pendant longtemps une question controversée que celle de savoir s'il fallait appliquer aux instances en séparation de corps l'article 22 du décret du 30 mars 1808, aux termes duquel les contestations relatives à l'état civil des citoyens doivent être jugées par les cours d'appel en audience solennelle. Après quelques hésitations, la cour de cassation avait fini par décider que la séparation de corps, ayant pour effet de relâcher le lien du mariage, de modifier les rapports réciproques des époux, d'altérer l'autorité maritale et quelquefois l'autorité paternelle, la cause devait être

considérée comme une contestation relative à l'état civil des personnes et devait être jugée sur appel en audience solennelle (arrêt du 4 mars 1835).

Cette application du décret de 1808 aux instances en séparation de corps avait l'inconvénient de ralentir l'administration de la justice, en forçant plusieurs chambres d'interrompre leurs audiences ordinaires pour concourir à former, par leur réunion, les audiences solennelles. D'autre part, ni la morale publique, ni l'intérêt des familles n'ont à gagner au retentissement qu'une solennité extraordinaire ajoute à des débats toujours affligeants. C'est pour éviter ces inconvénients que, sur les observations de diverses cours, fut rendue l'ordonnance du 16 mai 1835 qui, modifiant le décret de 1808, décida que les appels relatifs aux séparations de corps seraient jugés à l'avenir en audience ordinaire.

L'article 248 qui, comme nous allons le voir, est applicable à la séparation de corps, a reproduit la disposition de l'ordonnance de 1835. « En cas d'appel, dit l'article 248, § 3, la cause s'instruit à l'audience ordinaire et comme affaire urgente. » *Comme affaire urgente*, c'est-à-dire que la cause pourra venir même pendant les vacances judiciaires, si cela semble nécessaire (*Suprà*, n° 299).

419. — Le défendeur à une demande en séparation de corps peut-il former en appel une demande reconventionnelle ?

La question était autrefois controversée. En appel, disait-on, dans un premier système, il ne peut être formé aucune demande nouvelle, à moins qu'elle ne soit une défense à l'action principale (art. 464 C. pr. c.). Or, la demande reconventionnelle en séparation de corps est évidemment une demande nouvelle et elle n'est pas une défense à l'action principale (*Suprà*, n° 300). Elle ne peut donc être formée en appel (Laurent, *Prin-*

cipes de droit civil, t. III, n° 342). — Dans un second système, — et c'était celui de la jurisprudence — on disait : le défendeur, qui s'étant contenté en première instance de conclure au déboutement prenait en appel des conclusions tendant à ce que la séparation de corps réclamée par son conjoint fût prononcée, mais à l'encontre de ce dernier, ne substituait pas une demande nouvelle à la demande en séparation de corps dont le tribunal avait été investi ; il se bornait à se défendre sur l'action dirigée contre lui, puisqu'il concluait à ce que la séparation de corps réclamée par le demandeur fût prononcée dans des conditions moins défavorables pour lui-même (Demolombe, *Traité du mariage*, t, XI, n° 437 ; Nancy, 16 décembre 1859, Dalloz, 1860, 5, 351 ; Aix, 11 août 1875, Dalloz, 1876, 2, 134).

C'est ce dernier système que l'article 248, § 4 a consacré en matière de divorce : « Les demandes reconventionnelles peuvent se produire en appel sans être considérées comme demandes nouvelles. » La loi du 6 février 1893 a rendu applicable à la séparation de corps cette disposition de l'article 248. Voici, en effet, ce que disait à cet égard le rapporteur de la loi au Sénat dans la séance du 27 janvier 1893 :

« Nous passons à l'article 4 du projet de la Chambre des députés qui contient une disposition intéressante. Il reproduit l'article 248 du Code civil qui traite de la procédure d'opposition, d'appel, des demandes reconventionnelles en matière de divorce et plus particulièrement décide en cette matière l'effet suspensif du pourvoi en cassation. A n'examiner que le texte de la Chambre des députés on pourrait croire qu'il tend seulement à rendre commun à la séparation de corps le cas particulier relatif aux pourvois en matière de divorce ; cependant le fait par la Chambre des députés d'avoir ainsi incorporé le texte complet de l'article dans son projet de loi a bien indiqué qu'elle avait eu

l'intention d'appliquer à la séparation de corps la totalité des dispositions de cet article, et aussi la commission du Sénat, pour mieux préciser cette volonté, avait-elle ajouté un alinéa à la suite de l'article 248 du Code civil, alinéa ainsi conçu : « toutes les dispositions qui précèdent sont applicables à la séparation de corps. » La pensée devenait plus claire et le texte était ainsi amélioré ; mais il a semblé à la commission qu'en vous faisant connaître cette interprétation pour laquelle elle s'était mise d'accord avec M. le commissaire du gouvernement, elle créait là un élément suffisant pour bien dégager la pensée du législateur. Ainsi le texte complet de l'article 248 du Code civil est, dans la pensée des rédacteurs de la Chambre des députés et du Sénat, applicable en matière de divorce et de séparation de corps. »

420. — Mais s'il est incontestable depuis la loi du 6 février 1893 que le défendeur à la séparation de corps peut former une demande reconventionnelle en séparation de corps, il ne saurait être admis à former une demande reconventionnelle en divorce. « Une demande en divorce, disait M. Labiche au Sénat dans la séance du 22 décembre 1885, ne peut jamais être considérée comme une demande reconventionnelle sur une demande en séparation de corps. La demande en séparation de corps et la demande en divorce sont des demandes absolument différentes et on ne peut, sous le titre de demande reconventionnelle, greffer l'une sur l'autre en appel » (Pau, 28 janvier 1885, Sirey, 1886, 2,210).

421. — **De la tierce opposition.** — Les créanciers des époux ne peuvent intervenir dans une instance en séparation de corps pas plus que dans une instance en divorce (*Suprà*, n° 94). Mais rien ne s'oppose à ce qu'ils puissent, par application de l'article 1167 du Code civil,

attaquer par la voie de la tierce opposition la séparation de corps, dans le cas où le jugement préjudicierait à leurs droits.

Il est bien entendu toutefois que les créanciers ne pourraient faire annuler le jugement de séparation de corps qu'en ce qui touche leurs intérêts ; entre les époux, le jugement subsisterait avec tous ses effets.

La tierce opposition est recevable pendant trente ans, sauf la restriction que nous avons indiquée sous le n° 305.

422. — Du pourvoi en cassation. — Sous l'empire de la loi du 18 avril 1886, le pourvoi en cassation n'était suspensif qu'en matière de divorce. La loi du 6 février 1893, modifiant à cet égard la disposition de l'article 248, a étendu l'effet suspensif aux pourvois contre les arrêts qui prononcent la séparation de corps.

« Le pourvoi est suspensif en matière de divorce et en matière de séparation de corps. »

Le législateur a pensé, avec juste raison, que la séparation de corps entraînait des effets trop graves pour que l'arrêt qui la prononce pût être exécuté tant qu'il est susceptible d'être réformé, serait-ce par la voie extraordinaire du pourvoi en cassation.

423. — De la requête civile. — Le jugement ou l'arrêt qui prononce la séparation de corps peut être attaqué par la voie de la requête civile. La loi n'a pas dérogé en matière de séparation de corps, pas plus qu'en matière de divorce, à cette règle du droit commun aux termes de laquelle la requête civile est recevable en toute matière.

424. — Les dépens de l'instance, en principe, sont supportés par la partie qui succombe. Toutefois entre époux ils peuvent être compensés (art. 131 C. pr. civ.). Les magistrats devront user ici le plus souvent possible de cette faculté que leur donne l'article 131, car il s'agit

d'éviter de jeter entre les époux de nouvelles semences d'aigreur et de ménager l'amour-propre de celui qui succombe, en vue d'une réconciliation toujours à désirer.

425. — La séparation de corps, à la différence du divorce, résulte du jugement même qui la prononce. La loi n'a pas exigé la transcription de ce jugement sur les registres de l'état civil. C'est que la séparation de corps, à la différence du divorce, laisse subsister le mariage et ne modifie pas l'état civil des époux.

426. — Toutefois, la loi veut que le jugement de séparation de corps soit rendu public. A cet effet, un extrait de ce jugement sera affiché sur un tableau à ce destiné et exposé pendant un an dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari, même lorsqu'il ne sera pas commerçant, et, s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari ; pareil extrait doit être inséré au tableau exposé en la chambre des avoués et des notaires (art. 872 et 880 C. pr.).

427. — Nous avons vu qu'aux termes de l'article 249, le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement (*Suprà*, n° 294). En est-il ainsi du jugement ou de l'arrêt qui prononce la séparation de corps ?

L'affirmative ne semble pas pouvoir faire doute si on admet que la disposition de l'article 249 repose sur ce principe qu'il ne saurait y avoir lieu à acquiescement dans les matières qui intéressent l'ordre public. Ce principe, en effet, est général et doit recevoir son application en cas de séparation de corps comme en cas de divorce, car le jugement qui prononce la séparation de corps, comme celui qui prononce le divorce, ne se réfère pas exclusivement à des intérêts privés ;

en relâchant le lien conjugal, il touche au mariage qui est une matière essentiellement d'ordre public (Duranton, t. II, n° 608 ; Demolombe, *Traité du mariage*, t. II, n° 448 et suiv. ; Cass., 27 décembre 1831, Sirey, 1832, 1, 106 ; Caen, 28 mars 1849, Sirey, 1850, 2, 503).

La jurisprudence cependant paraît être fixée dans le sens contraire. La cour de cassation et la plupart des cours d'appel admettent la validité de l'acquiescement à un jugement de séparation de corps. Si la séparation de corps, dit-on avec juste raison, touche à l'ordre public, c'est en ce sens seulement qu'elle ne peut avoir lieu du seul consentement des époux et en dehors de l'intervention judiciaire ; mais, lorsque cette intervention a eu lieu, l'ordre public se trouve suffisamment garanti par l'examen auquel les magistrats se sont livrés et rien ne s'oppose plus à un acquiescement qui n'est qu'une adhésion à la chose jugée. Si le législateur en a décidé autrement en matière de divorce, c'est que probablement, dans le but de rendre encore plus difficile la rupture du lien conjugal, il a voulu écarter tout ce qui de près ou de loin pouvait ressembler à une acceptation volontaire de la décision qui la prononce.

Et le système de la jurisprudence d'après la loi nouvelle qui rétablit le divorce trouve son appui dans le texte même de cette loi. En effet, aux termes de l'article 307 du Code civil, les instances en séparation de corps doivent être intentées, instruites et jugées de la même manière que toute autre action civile. Il s'ensuit que, hors les cas où il en est expressément disposé autrement par la loi, les règles du droit commun sont seules applicables en cette matière. Or, la validité de l'acquiescement à tout jugement est précisément une de ces règles générales et nous ne trouvons aucune disposition légale qui y fasse exception en ce qui touche les jugements de séparation. Il est vrai que

l'article 307 déclare que la séparation de corps ne peut avoir lieu par le consentement mutuel des parties ; mais il est évident que l'acquiescement à une décision de justice ne saurait être assimilée à ce consentement spontané des époux qui se produit en dehors de toute intervention judiciaire et que la loi a voulu prohiber. D'autre part, lors de la révision de 1886, le législateur a pris soin de déterminer quelles seraient celles des dispositions du Code civil qu'il venait de modifier et concernant le divorce qui seraient applicables à la séparation de corps. Or, l'article 249 fait précisément partie de cette révision ; cet article ne prohibe l'acquiescement qu'en ce qui concerne les jugements de divorce ; d'où la conséquence que les jugements de séparation de corps restent en dehors de la prohibition. — Et ce que nous disons de l'acquiescement est également vrai du désistement d'un appel déjà formé, comme de cet acquiescement tacite qui résulte de l'exécution volontaire du jugement (Aubry et Rau, *Cours de dr. civ. fr.*, 4^e édit., t. V, p. 192, note 15 ; Laurent, *Principes de droit civil*, t. III, n° 248 ; Cass., 21 avril 1838, Sirey, 1838, 1. 688 ; Pau, 7 janvier 1851, Sirey, 1851, 2, 36 ; Nancy, 22 juillet 1876, Sirey, 1878, 2, 103 ; Cass., 20 décembre 1891, *Journal du Palais*, 1892, 1, 120).

428. — L'article 308 du Code civil, reproduisant la disposition de l'article 298 en matière de divorce, voulait que, lorsque la séparation de corps était prononcée pour cause d'adultère, la femme adultère fût condamnée par le même jugement et sur les réquisitions du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction pendant un temps déterminé qui ne pouvait être moindre de trois mois ni excéder deux années. Cet article a été abrogé par la loi du 27 juillet 1884, comme l'a été également l'article 298 ; nous en avons dit les raisons (*Suprà*, n° 279).

CHAPITRE III

DES EFFETS DE LA SÉPARATION DE CORPS.

429. — L'effet de la séparation de corps est de détruire l'obligation et le droit de la vie commune. Le mari n'est plus tenu de recevoir sa femme et il n'a plus le droit d'exiger que sa femme habite avec lui ; la femme n'est plus tenue d'habiter avec son mari et elle n'a plus le droit d'exiger que son mari la reçoive. Et avec la cessation de la vie commune cessent tous les effets qui découlaient de la vie commune.

Mais, à la différence du divorce, la séparation de corps laisse subsister le mariage : dès lors, en règle générale et à moins qu'un texte n'en dispose autrement, il faut maintenir tous les effets du mariage qui ne sont pas une conséquence de la communauté d'habitation.

430. — Tel est l'effet général de la séparation de corps. Il nous faut maintenant entrer dans les détails et examiner les effets de la séparation de corps, en ce qui concerne :

- 1^o Les rapports personnels des époux entre eux ;
- 2^o Leurs rapports avec leurs enfants ;
- 3^o Leurs intérêts pécuniaires.

SECTION I. — Des rapports personnels des époux entre eux.

431. — Par cela même que l'obligation de la vie commune cesse, la femme séparée de corps a le droit de se choisir une nouvelle résidence.

Et ce droit, en principe, est absolu. Le jugement qui prononce la séparation de corps ne pourrait donc le restreindre en imposant à la femme une résidence déterminée. Pendant l'instance, le président et le tribunal peuvent fixer cette résidence ; mais, dès que la séparation de corps est prononcée, la femme reprend sa liberté entière et absolue ; elle peut aller résider où bon lui semble, même en pays étranger. Ce droit de la femme ne souffrirait de restriction que dans un seul cas, celui où la garde des enfants lui aurait été confiée. Le père, en effet, conserve le droit de surveiller l'éducation des enfants, et il ne faut pas que la mère puisse se soustraire à cette surveillance en s'éloignant de manière à la rendre impossible ou du moins très difficile. C'est là, d'ailleurs, une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux (Dalloz, *V° Sép. de corps*, nos 313 et 314 ; Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 498 ; Aubry et Rau, t. V, p. 198 ; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 345).

432. — Avec l'obligation de la vie commune disparaît également le devoir d'assistance. « L'assistance, dit fort justement M. Laurent, ne suppose-t-elle pas des soins personnels donnés à un époux malade ou des consolations accordées à un conjoint affligé ? Ces devoirs n'impliquent-ils pas l'union des âmes ? Et peut-on parler de l'union des âmes entre époux séparés de corps, c'est-à-dire entre des époux que la haine divise ? Conçoit-on même la possibilité de ces soins délicats

là où il n'y a plus de vie commune ? L'assistance est donc un de ces effets du mariage qui cessent avec la vie commune qui leur donne naissance » (*Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 347 ; Aubry et Rau, t. V, p. 198 ; — Voy. en sens contraire, Demante, *Cours analytique*, t. II, n° 30 ; Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 502).

433. — La femme mariée n'a point d'autre domicile dans le sens légal du mot que celui de son mari. Mais la femme séparée de corps, étant formellement autorisée par le jugement de séparation à habiter séparément de son mari, acquiert par cela même un domicile propre distinct de celui de ce dernier. C'est ce qu'indique l'article 108 du Code civil complété par la loi du 6 février 1893 :

« La femme séparée de corps cesse d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari. »

434. — La femme séparée de corps ayant un domicile propre, c'est évidemment à son domicile que doivent être donnés, lorsqu'ils ne sont pas remis à la personne elle-même, les exploits d'ajournement et les significations extra-judiciaires qui l'intéressent. D'un autre côté, par le fait même de la séparation, la femme recouvrant la plénitude de l'exercice de ses droits civils et le mari n'ayant plus dès lors à s'immiscer dans la gestion des biens de celle-ci, c'est à la femme seule que les tiers doivent s'adresser toutes les fois qu'il s'agit de ses intérêts pécuniaires.

Mais, malgré la séparation de corps, il reste certaines questions dans lesquelles la femme peut se trouver intéressée, qui intéressent en même temps la famille que la séparation n'a pas dissoute et dont il importe que le mari ait connaissance. Ce sont les questions d'état. Ainsi il est évident que lorsqu'on viendra contester l'adoption dont la femme a été l'objet, ou bien sa reconnaissance ou sa légitimation, cette contesta-

tion va mettre en jeu non seulement l'intérêt de la femme, mais encore l'intérêt de la famille, celui des enfants, l'intérêt même du mari, et il est alors de toute nécessité que le mari en soit averti. C'est dans ce but que le législateur de 1893, par dérogation au principe général qu'il venait de poser dans l'article 108, a ajouté à cet article la disposition suivante :

« Néanmoins, toute signification faite à la femme séparée, en matière de questions d'état, devra également être adressée au mari, à peine de nullité. »

435. — La disposition de l'article 108, § 4 constituant une exception à une règle générale, doit être renfermée dans ses termes mêmes. Il résulte de là :

1° Qu'elle ne s'applique qu'en matière de questions d'état. Donc, s'agit-il d'interdiction, de nomination d'un conseil judiciaire, c'est à la femme seule que doivent être données les significations que ces actes nécessitent, car ces actes, s'ils modifient la capacité juridique, n'influent pas sur l'état.

2° Que ce sont les significations faites à la femme qui seules doivent être adressées en même temps au mari. Donc, les significations faites par la femme ne sont pas soumises à cette condition. Sans doute, le plus souvent la femme, qui plaide dans un procès soulevant une question d'état, aura un adversaire ; des significations réciproques seront données et alors la disposition de l'article 108 trouvera son application. Mais qu'on suppose la femme demanderesse dans un procès de cette nature et le défendeur faisant défaut : il n'y aura pas dans ce cas de significations faites à la femme et dès lors rien ne viendra avertir le mari d'une contestation qui peut engager les intérêts de la famille. A ce point de vue, l'article 108 n'est peut-être pas à l'abri de toute critique.

436. — De la disposition de l'article 108 découle,

comme conséquence évidente, le droit pour le mari d'intervenir dans toutes les questions qui touchent à l'état de sa femme. Sans ce droit d'intervention, en effet, on ne comprendrait plus l'utilité de l'obligation imposée aux tiers d'adresser en même temps au mari les significations données à la femme.

437. — La sanction attachée par la loi à la prescription qu'elle édicte est la nullité de toute signification qui n'aurait pas été adressée au mari en même temps qu'à la femme.

Par qui cette nullité peut-elle être proposée ? Il est certain qu'elle ne pourrait pas l'être par le tiers qui a contrevenu à la disposition de la loi ; il est non moins certain qu'elle pourrait l'être, au contraire, par le mari, puisque c'est précisément à son profit que la prescription de l'article 108 a été établie.

Mais la nullité pourrait-elle être proposée par la femme ? — Nous ne le croyons pas. Si, en principe, en effet, toute disposition, qui déclare la nullité d'un acte, opère une nullité absolue par cela même que le droit de la proposer n'est pas restreint à certaines personnes, il en est autrement lorsque cette restriction résulte virtuellement du motif sur lequel la nullité est fondée. Or, sur quel motif est fondée la nullité édictée par l'article 108 ? Ce n'est pas sur l'incapacité de la femme, puisque la femme séparée de corps a aujourd'hui la plénitude de sa capacité civile, et dès lors la disposition de l'article 108 ne peut être considérée comme une application de la règle posée dans l'article 1125. La nullité est édictée au profit du mari qui, au vœu de la loi, devait être averti des significations données à la femme et qui ne l'a pas été. C'est donc le mari seul qui peut proposer la nullité. Et qu'on ne dise pas qu'il y a là une nullité de forme et que les nullités de cette nature sont absolues, car ce principe souffre exception quand il s'agit de nullités attachées à l'inobservation

de formalités exclusivement prescrites dans l'intérêt de l'une des parties.

438. — Le droit pour le mari de se prévaloir de la nullité n'étant point en général fondé sur un intérêt pécuniaire, constitue un droit exclusivement attaché à sa personne. Ce droit n'appartiendrait donc pas aux créanciers du mari et ne passerait pas à ses héritiers.

439. — Les jugements rendus sur une assignation frappée de nullité pour n'avoir par été adressée au mari peuvent être attaqués pour ce motif par celui-ci, soit à l'aide des voies ordinaires de recours, l'opposition ou l'appel, soit au moyen du pourvoi en cassation ou de la tierce opposition.

Mais ces jugements ne pourraient être attaqués par voie d'action principale en nullité, car la chose irrévocablement jugée couvre tout ; c'est l'application de la vieille maxime *Voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements*. Et le mari ne pourrait pas davantage recourir à la voie de la requête civile, l'article 480-2^o du Code de procédure civile ne s'appliquant qu'aux formes requises pour la validité des actes de juridiction considérés en eux-mêmes, abstraction faite de la qualité des parties.

440. — La séparation de corps laisse subsister le mariage et avec lui les devoirs essentiellement attachés à la qualité d'époux. Ainsi :

- 1^o Les époux se doivent encore fidélité (art. 212) ;
- 2^o Les époux se doivent des secours (art. 212 et 214).

441. — 1^o Les époux restent tenus l'un et l'autre du devoir de fidélité.

Toutefois, au point de vue pénal, il y a une très grande différence entre l'adultère de la femme et l'adultère du mari. L'adultère de la femme reste toujours punissable (art. 336, C. pén.) ; l'adultère du mari ne l'est

plus, puisqu'il n'y a plus de domicile et que l'article 339 du Code pénal exige, pour que l'adultère du mari puisse être réprimé, que le mari ait tenu sa concubine dans la maison conjugale. Le devoir de fidélité, dont le mari reste tenu, n'a plus d'autre sanction que le divorce (art. 230, C. civ.).

442. — Si les époux séparés se doivent encore fidélité et puisque le mariage subsiste, il faudrait conclure que la règle *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* conserve toujours son empire. En effet, aux termes de l'article 312, l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Cette présomption légale ne peut être combattue que dans deux cas, lorsqu'il y a eu de la part du mari impossibilité physique de cohabiter avec sa femme par suite de l'éloignement ou de quelque accident, et, en cas d'adultère de la femme, lorsque la naissance de l'enfant a été cachée au mari (art. 312 et 313). Or, la séparation de corps, par elle seule, ne constitue ni l'une ni l'autre de ces causes de désaveu. Et cependant la présomption de paternité a-t-elle sa raison d'être quand il y a séparation de corps? Ne suppose-t-elle pas la cohabitation des époux et cette communauté d'affection qui les unit?

La loi du 6 décembre 1850 a fait cesser les inconsistencies du Code civil, en ajoutant à l'article 313 une disposition très sage que la loi du 18 avril 1886 a étendue au cas de divorce : « En cas de jugement ou même de demande soit de divorce soit de séparation de corps, le mari peut désavouer l'enfant né trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. — L'action en désaveu n'est pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux. »

443. — 2° Les époux continuent à se devoir mutuellement des secours (art. 212 et 214).

L'obligation alimentaire, en effet, survit à la séparation de corps, puisque le mariage n'est pas rompu et que l'exécution de cette obligation n'est pas inconciliable avec la cessation de la vie commune. Et il n'y a pas à distinguer entre l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée et celui qui l'a obtenue : les aliments sont dus à l'époux qui est dans le besoin (Aubry et Rau, t. V, p. 199 ; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 348 ; Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 501).

444. — Mais l'article 301 est-il applicable à la séparation de corps ? L'époux, qui a obtenu la séparation, peut-il se fonder sur la disposition de cet article pour demander une pension alimentaire sur les biens de son conjoint ?

Dans le système que nous avons soutenu (*Suprà*, n° 344), la question est sans intérêt. Nous avons dit, en effet, que la pension, accordée à l'époux par l'article 301, était une indemnité destinée à lui tenir compte des avantages que le mariage lui assurait et que le divorce lui faisait perdre, mais que cette indemnité, qui revêtait la forme d'une pension alimentaire, prenait fin à la mort de l'époux débiteur. Et alors il importe peu que l'époux, au profit duquel la séparation a été prononcée, se fonde, pour demander des aliments, sur l'article 212 ou sur l'article 301 ; le résultat sera toujours le même. Mais il en est autrement dans le système de la jurisprudence. D'après ce système, l'indemnité de l'article 301 est une créance ordinaire, qui passe aux héritiers de l'époux débiteur avec toutes les autres charges de la succession. Et alors on aperçoit tout l'intérêt de la question. Se fonde-t-il sur l'article 212, l'époux, qui a obtenu la séparation de corps, n'aura droit à la pension alimentaire que durant le mariage, c'est-à-dire jusqu'à la mort de son conjoint ; se fonde-t-il, au contraire, sur l'article 301, la pension ne cessera pas d'être due au décès du conjoint, les héritiers en seront

tenus. Eh bien, faut-il appliquer l'article 301 à la séparation de corps ?

La jurisprudence décide l'affirmative. Mais nous n'hésitons pas à dire que cette opinion est en contradiction formelle avec les principes du droit et l'esprit de la loi. La pension alimentaire de l'article 301, en effet, n'a pas pour fondement cette obligation de secours que l'article 212 impose aux époux, car, le divorce prononcé, il n'y a plus d'époux, il n'y a plus de mariage, et partant il n'y a plus de dette alimentaire ; c'est une indemnité que la loi accorde à l'époux innocent contre l'époux coupable, et cette indemnité, la loi la lui accorde précisément parce que la rupture anticipée du mariage, due à la faute de l'époux coupable, prive l'époux innocent des avantages que le mariage lui assurait. Or, est-ce là l'effet de la séparation de corps ? Le mariage subsiste et avec le mariage la dette alimentaire. Était-il donc nécessaire de donner à l'époux innocent une indemnité pour lui tenir lieu d'aliments auxquels il a toujours droit ? L'article 212 ne lui suffit-il pas ? Ces avantages de fortune que le mariage lui assurait, ne les conserve-t-il pas toujours ? On voit donc qu'il n'y a, à cet égard, aucune parité à établir entre le divorce et la séparation de corps, et que l'article 301, qui règle les effets du divorce, serait inconciliable avec les effets de la séparation de corps (Comp. Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 348 ; Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 502 bis ; — Voy. en sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 199).

445. — Le jugement, qui règle, au point de vue de la pension alimentaire, la situation des époux, ne constitue pas, quant à ce, l'autorité de la chose jugée à laquelle il n'est pas possible de toucher. Il n'est pas douteux, en effet, que la pension peut être augmentée, diminuée, disparaître, passer même du débiteur au créancier, suivant les modifications que la situation des époux peut présenter.

446. — Suivant un usage constant, la femme mariée porte le nom de son mari ; c'est ce nom que la femme séparée de corps, puisque le mariage subsiste, continuera à porter.

Il y a là une situation parfois intolérable et les partisans du divorce s'en étaient emparés avec raison pour démontrer la supériorité à cet égard du divorce qui, avec la dissolution du mariage, entraîne la cessation de la communauté de nom. Il peut être cruel, en effet, pour le mari, à la suite d'un débat de séparation de corps scandaleux, où son honneur a été compromis, de voir sa femme garder la disposition de son nom pour le compromettre dans de nouvelles aventures. A l'inverse, il peut être pénible pour la femme, alors que les débats ont établi que le mari a commis des actes odieux et les plus graves, qu'il a manqué à l'honneur, d'être obligée de continuer à porter un nom à jamais déshonoré.

Les inconvénients de cette situation n'ont pas échappé au législateur de 1893 et c'est pour y porter remède qu'a été édicté l'article 311, § 1 :

« Le jugement qui prononce la séparation de corps ou un jugement postérieur peut interdire à la femme de porter le nom de son mari ou l'autoriser à ne pas le porter. Dans le cas où le mari aurait joint à son nom le nom de sa femme, celle-ci pourra également demander qu'il soit interdit au mari de le porter. »

447. — Ainsi, en principe et lorsque le jugement qui prononce la séparation de corps ne contient à cet égard aucune disposition spéciale, la femme séparée continuera à porter le nom de son mari.

Mais le tribunal peut interdire à la femme, sur la demande du mari, de porter le nom de celui-ci, comme il peut, à l'inverse, à la requête de la femme, autoriser celle-ci à ne pas porter le nom de son mari. Dans l'un et l'autre cas la femme reprendra donc son nom

d'origine. Bien entendu, dans les actes publics, dans les actes notariés, la femme apparaîtra avec le souvenir de sa situation antérieure, comme cela se passe pour la veuve ou la femme divorcée, Madame une telle, avec son nom de famille, femme séparée de corps de M. un tel.

448. — On s'est demandé s'il était bien nécessaire que le législateur édictât une disposition spéciale pour permettre à la femme de quitter le nom de son mari. Rien, a-t-on dit, n'oblige la femme mariée, même pendant le mariage, à porter le nom de son mari, car il n'y a pas de texte de loi qui détermine à cet égard la situation respective des époux ; la femme mariée conserve son nom d'origine et si, en fait, elle prend le nom de son mari, ce n'est pas par suite d'une obligation qui découlerait pour elle du mariage. Dès lors, quand la séparation de corps est prononcée, la femme a le droit de quitter le nom de son mari sans être tenue d'obtenir à cet effet une autorisation de justice.

Et cependant la disposition de l'article 311, § 1, a paru nécessaire au législateur de 1893. La commission, disait M. Allou, rapporteur de la loi au Sénat, dans la séance du 18 janvier 1887, « ne peut pas comprendre comment ce serait une question de savoir si, pendant la durée de la vie commune, le nom des deux époux est légalement celui du mari ; comment il serait possible de dire que la femme n'est pas obligée, tant que dure le mariage, de porter le nom de son mari. — Je n'ai pas besoin de trouver dans la loi de disposition formelle à cet égard. Il est incontestable que, par l'union conjugale, l'association s'établit avec la prééminence du mari comme direction de l'association conjugale, et sous le nom nécessaire du mari. Le nom de la femme se perd avec le mariage dans le nom du mari ; la femme porte le nom de son mari ; eh bien, au lendemain d'une séparation de corps, si aucune dispo-

sition spéciale n'a été prise légalement, il est incontestable que la femme continuera de porter le nom de son mari.

« On a dit : quel inconvénient peut-il y avoir à ce que la femme change de nom ? Elle portera le nom qu'il lui conviendra de prendre. Si elle veut, par exemple, reprendre le nom de sa famille, elle le reprendra. Pourquoi statuer par une disposition formelle et précise de la loi sur un cas qui est absolument remis à la liberté de la femme ? — Messieurs, dans la première discussion qui s'est engagée devant vous, vous pouvez avoir conservé le souvenir de l'intervention de l'honorable M. Lenoël, qui répondait par un argument décisif. Invoquant la jurisprudence et étalant sur la tribune même le recueil d'un arrêtiiste, il disait : Prenez garde ! Lorsqu'une femme qui est une femme mariée et qui doit par la force, par la nature des choses, porter le nom de son mari, prend purement et simplement son nom de fille, il peut arriver que l'on ait à lui reprocher précisément d'avoir quitté son nom, qui est son nom véritable, qui lui appartient par un droit nécessaire, pour prendre un nom nouveau. Cela est si vrai qu'à deux ou trois reprises différentes il est arrivé qu'on a, en matière d'escroquerie, trouvé un élément grave dans les manœuvres d'une femme, dans cette circonstance qu'elle avait dépouillé le nom sous lequel elle était connue pour prendre un autre nom. Vous voyez donc bien que ce n'est pas chose si simple qu'une transformation semblable. Elle s'appelait Madame une telle : tout à coup elle s'appelle Mademoiselle ou Madame une telle, avec un nom ignoré jusqu'alors. Il y a là une transformation de situation qui n'est pas régulière et qui peut présenter pour la femme elle-même une sorte de péril. En conséquence, nous maintenons la première proposition que nous avons faite devant le Sénat, et nous demandons que, pour que la femme

puisse reprendre son nom de famille, elle y soit autorisée par décision de justice. »

449. — L'article 311, § 1, prévoit l'hypothèse où, suivant un usage adopté dans certains départements, le mari aurait joint à son nom celui de sa femme. Dans ce cas, la femme pourra demander qu'il soit interdit au mari de porter un nom qui n'est pas le sien.

Sur ce point encore l'article 311 a été l'objet de vives critiques lors de la discussion au Sénat en 1887 du projet qui est devenu la loi du 6 février 1893. En quoi, disait-on, cette disposition est-elle nécessaire ? Le nom de la femme est la propriété incontestable de celle-ci ; le mari ne peut donc le joindre au sien. Si, en fait, il l'a joint, il suffira d'une sommation de la part de la femme séparée au mari pour dire qu'elle entend lui faire défense de porter désormais son nom.

Le législateur s'est préoccupé d'une situation de fait qui pouvait parfois faire naître des difficultés, et c'est pour prévenir ces difficultés qu'il a cru nécessaire de statuer. Sans doute, pour que le mari soit tenu de quitter le nom qu'il a joint au sien, il suffira que la femme manifeste sa volonté à cet égard. Mais si le mari résiste, s'il n'obtempère pas à la sommation qui lui est faite, il faudra bien s'adresser à la justice. Eh bien, s'il faut qu'une décision judiciaire intervienne, n'est-il pas plus simple de la demander immédiatement au tribunal saisi de la demande en séparation de corps ?

450. — La disposition de l'article 311, § 1 constitue-t-elle pour le tribunal une simple faculté, ou, au contraire, une obligation, en ce sens qu'il ne pourrait se dispenser de faire droit à la demande de l'époux ?

La question doit se résoudre par une distinction. Est-ce le mari qui demande à ce que la femme cesse de porter son nom ou la femme qui demande à être

autorisée à ne plus porter le nom de son mari : le tribunal, dans ce cas, a le droit d'examiner la demande et de l'accueillir ou de la repousser suivant les circonstances ; la loi à cet égard lui laisse un pouvoir absolu d'appréciation. Mais, au contraire, dans le cas où le mari a joint à son nom celui de la femme, la demande de la femme tendant à ce qu'il soit interdit au mari de le porter, cette demande doit nécessairement être accueillie.

Et cette distinction se fonde sur le texte même de la loi et sur les travaux préparatoires.

Sur le texte de la loi.... — Il suffit, en effet, de lire l'article 311 pour remarquer la différence de rédaction qui existe entre les deux dispositions dont se compose cet article. Dans la première partie de l'article 311, c'est une faculté qui est laissée au tribunal ; dans la seconde, la faculté est laissée, non pas au tribunal, mais à la femme qui peut à son gré demander ou non que son mari ne puisse plus porter son nom qu'il avait joint au sien.

Sur les travaux préparatoires.... — « Nous nous sommes préoccupés, disait le rapporteur de la loi au Sénat dans la séance du 20 janvier 1887, de la situation de la femme compromettant un nom honorable dans le libertinage à la suite de la séparation de corps, et nous avons voulu y porter remède en donnant au tribunal le droit d'interdire ou non à la femme de porter le nom de son mari. » Et dans la même séance, un membre du Sénat demandant si le tribunal pourrait, sans le consentement et malgré l'opposition de la femme, accorder au mari le droit de continuer à prendre le nom de sa femme, le rapporteur répondit : « Non, manifestement ; c'est l'exercice du droit de la femme résultant de la propriété de son nom... Si la femme ne le demande pas, il n'y a pas de difficultés ; si la femme le

demande, le tribunal interviendra et statuera. La demande de la femme ne peut être refusée. »

La différence ainsi faite par la loi entre les deux situations s'explique d'ailleurs aisément. Le mariage entraîne pour les époux la communauté du nom ; cette communauté ne cesse pas par la séparation de corps qui laisse subsister le lien conjugal ; elle ne doit cesser que si certaines circonstances l'exigent. Or, ces circonstances, c'est évidemment au tribunal que la loi devait laisser le droit de les apprécier. Rien, au contraire, n'autorise le mari à joindre à son nom celui de sa femme ; il suffit donc que la femme, se prévalant de la propriété de son nom, demande à ce qu'il soit interdit au mari de le porter, pour que le tribunal soit obligé de faire droit à sa demande.

451. — Aux termes de l'article 311, § 1, il peut être fait droit à la demande des époux soit par le jugement qui prononce la séparation de corps soit par un jugement postérieur. Donc les époux, qui n'ont formulé à cet égard aucune demande dans l'instance en séparation de corps, sont encore recevables, la séparation prononcée, à demander, le mari que la femme soit tenue de quitter son nom, la femme qu'elle soit autorisée à ne plus porter le nom de son mari ou qu'il soit interdit à celui-ci de porter le nom de sa femme.

C'est que les causes de séparation de corps n'étant pas toutes de nature à entacher l'honorabilité des époux, on comprend que ceux-ci puissent, dans certains cas, n'éprouver aucune répugnance à laisser subsister cette communauté de nom qui découle du mariage. Mais, la séparation prononcée, il peut se produire telles circonstances qui amènent les époux à vouloir mettre fin à cette communauté ; la femme, par exemple, se livre à l'inconduite et au libertinage, le mari est frappé d'une condamnation infamante. Il était donc nécessaire que l'un et l'autre pussent de

nouveau s'adresser à la justice pour faire cesser une situation devenue intolérable.

452. — Il résulte de là que le jugement, qu'il s'agisse du jugement de séparation de corps ou d'un jugement postérieur, qui a repoussé la demande de l'époux tendant à ce qu'il soit mis fin à la communauté de nom, ne saurait être considéré comme ayant à cet égard l'autorité de la chose jugée. Les époux ont toujours le droit de renouveler leur demande, à la condition, bien entendu, de se prévaloir de circonstances nouvelles de nature à la justifier.

453. — Que la séparation de corps ait été prononcée à son profit ou à son encontre, la femme peut dans l'un et l'autre cas exiger que le mari cesse de joindre son nom au sien ; c'est là, en effet, un droit qu'elle exerce et l'exercice de ce droit ne saurait dépendre de la situation qui lui est faite par le jugement de séparation de corps.

De même, que la séparation de corps ait été prononcée en sa faveur ou à son encontre, le mari peut demander qu'il soit interdit à la femme de porter son nom, la femme peut demander à être autorisée à ne plus porter le nom de son mari. La loi à ce point de vue ne fait aucune distinction et s'en remet complètement à la sagesse des magistrats. Était-il admissible, en effet, que la femme, au prétexte qu'elle a obtenu la séparation de corps, pût impunément traîner dans le libertinage le nom honorable de son mari ? Était-il admissible qu'elle fût obligée, parce que la séparation a été prononcée contre elle, de continuer à porter le nom que son mari a déshonoré ?

454. — La femme séparée de corps étant toujours mariée devrait, ce semble, toujours rester soumise à la puissance maritale qui est une des conséquences même du mariage. Tel était, en effet, le système du Code ci-

vil (art. 215, 217). Il n'en est plus ainsi aujourd'hui, car, comme nous allons le voir, la loi du 6 février 1893 a supprimé pour la femme séparée la nécessité de l'autorisation maritale et lui a rendu le plein exercice de sa capacité civile.

455. — Les époux séparés de corps ne peuvent pas contracter une nouvelle union ; c'est évident, puisque leur mariage subsiste.

Mais l'époux, contre lequel la séparation de corps a été prononcée pour cause d'adultère, pourrait-il, à la mort de son conjoint, se marier avec son complice ? Faut-il appliquer ici la disposition de l'article 298 qui, en cas de divorce, interdit ce mariage ?

La morale l'exigerait ; mais la loi, au chapitre de la séparation de corps, n'a pas reproduit la disposition de l'article 298, et les empêchements au mariage ne peuvent résulter que de la loi. Et cependant n'y avait-il pas analogie de motifs ? L'époux coupable ne peut-il pas spéculer sur la dissolution du mariage qui lui permettra de se réunir à son complice ? Sans doute, il ne dépend pas de lui que l'époux innocent demande le divorce et fasse rompre le mariage ; mais n'a-t-il pas pu rentrer dans les prévisions de l'époux coupable qu'à raison de la gravité de l'outrage, son conjoint ne se contenterait pas de la simple cessation de la vie commune et qu'il demanderait la dissolution complète du mariage ? La possibilité de se réunir à son complice peut être un encouragement à l'adultère ; la loi devait donc la prohiber en cas de séparation de corps aussi bien qu'en cas de divorce. Elle ne l'a pas fait ; l'interprète ne peut pas suppléer à cette lacune (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 346 ; Aubry et Rau, *Cours de dr. civ. fr.*, t. V, p. 83, note II ; Demolombe, *Traité du mariage*, t. 1^{er}, n° 126).

SECTION II. — Des rapports des époux avec leurs enfants.

456. — La puissance paternelle, nous l'avons dit (*Suprà*, n° 359), appartient au père et à la mère (art. 372); mais le père seul en a l'exercice pendant le mariage (art. 373, 384, 389). Qu'est-ce à dire ! C'est que, même après la séparation de corps, le mariage subsistant, le père continuera seul à exercer la puissance paternelle. C'est donc au père que la garde et l'éducation des enfants devront, en principe, être confiées, et cela sans qu'il y ait à distinguer si la séparation de corps a été prononcée contre lui ou à son profit.

Toutefois, ce principe souffre une restriction. La mère a le droit de surveiller l'entretien et l'éducation des enfants. Le droit de surveillance, elle le *conserve* après le divorce, après la dissolution du mariage (art. 303) ; à plus forte raison, doit-elle le conserver après la séparation de corps. La mère pourra donc, usant de ce droit de surveillance, demander aux tribunaux de prendre, par dérogation au principe qui veut que la garde et l'éducation des enfants continuent à appartenir au père, telles mesures que l'intérêt des enfants nécessitera. Se pourrait-il, en effet, que des enfants en bas-âge, auxquels les soins maternels sont indispensables, fussent laissés au père ? Pourrait-on laisser au père la jeune fille, alors que le foyer paternel est souillé par la présence d'une concubine ?

457. — On voit combien ce système, qui nous paraît être le seul conforme aux véritables principes du droit, diffère de celui admis par la loi en matière de divorce. D'après l'article 302, les enfants doivent être confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal n'en décide autrement pour le plus grand avantage des

enfants et sur la demande de la famille ou du ministère public. En matière de séparation de corps, les enfants doivent ~~être confiés au père, qu'il soit l'époux coupable ou l'époux innocent~~, à moins que le tribunal n'en décide autrement pour le plus grand avantage des enfants et sur la demande de la mère.

458. — La jurisprudence pourtant étend à la séparation de corps la disposition de l'article 302 et M. Demolombe adopte cette solution. Il s'agit dans les articles 302 et 303, dit le savant professeur, de la garde des enfants et du point de savoir où ils seront placés. Or, la loi est partie de cette idée que, le mariage étant dissous, il n'y a plus de ménage, plus de foyer domestique et il est à présumer que les enfants ne trouveront pas de bons exemples près de l'époux contre lequel le divorce a été prononcé. Elle a donc décidé qu'ils seraient confiés à l'autre époux. Mais ces deux motifs ne sont-ils pas applicables à la séparation de corps ? La raison ne se refuse-t-elle pas à croire que la loi n'ait pas songé à ce que deviendront les enfants ? (*Tr. du mar.*, t. II, n° 511).

Les principes juridiques nous paraissent s'opposer à cette extension analogique. En cas de divorce, lorsque le mariage est dissous, lorsque le père perd de plein droit l'exercice exclusif de la puissance paternelle que la loi ne lui confère que durant le mariage, on comprend que la loi se soit préoccupée du point de savoir ce que deviendront les enfants et on comprend en même temps qu'ayant à choisir entre les deux époux, elle ait choisi précisément, pour avoir la garde des enfants, celui qui a obtenu le divorce. Mais, en cas de séparation de corps, le mariage subsiste, et partant le père conserve l'exercice de la puissance paternelle ; l'en priver, serait le frapper d'une véritable déchéance, et toute déchéance doit être écrite dans la loi. Or, nous

ne trouvons, au chapitre de la séparation de corps, aucune disposition analogue à celle de l'article 302.

Est-ce à dire que la loi ne se soit pas préoccupée du sort des enfants ? Mais le sort des enfants était assuré par les règles mêmes du droit commun. Ils seront confiés au père qui conserve, durant le mariage, l'exercice de la puissance paternelle. Si le père est indigne, si l'intérêt des enfants exige qu'ils ne soient pas laissés au père, le tribunal y pourvoira sur la demande de la mère. — Et qu'on ne dise pas, comme le fait M. Laurent (*Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 330), qu'il n'est pas de texte, pas de principe qui permette au juge de modifier la puissance paternelle telle que la loi l'organise et que, dans tous les cas, c'est au père, fût-il l'époux coupable, que les enfants doivent être confiés. Mais ce principe, nous le trouvons, non pas posé, mais rappelé dans l'article 303 : les époux ont respectivement le droit de surveiller l'éducation des enfants, la mère aussi bien que le père. Or, ce droit de surveillance ne serait-il pas illusoire, si la mère ne pouvait demander aux tribunaux de le sanctionner ? Le juge n'a-t-il pas, pendant l'instance en séparation, aussi bien que pendant l'instance en divorce, le pouvoir d'ordonner toutes les mesures qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants (art. 240), alors même que ces mesures seraient de nature à porter atteinte aux droits du père ? Et ce pouvoir du tribunal de se préoccuper de l'intérêt des enfants, comprendrait-on qu'il cessât, parce que la séparation de corps a été prononcée ?

459. — Un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que l'article 386 ne doit pas être appliqué à la séparation de corps. Le père, alors même que la séparation a été prononcée contre lui, ne perd pas son droit d'usufruit légal sur les biens des enfants. La déchéance de l'art. 386, en effet, n'est édictée que pour le cas de divorce ; elle ne saurait donc être étendue à

la séparation de corps, fût-ce même par voie d'analogie. — Nous en dirons tout autant du droit d'administration que l'article 389 confère au père durant le mariage sur les biens de ses enfants ; aucun texte de loi ne permet de lui enlever ce droit d'administration (Aubry et Rau, t. V, p. 201 ; Demol., *Tr. du mar.*, t. II, d° 510 ; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 352).

SECTION III. — Des intérêts pécuniaires des époux.

460. — La séparation de corps est le terme des conventions matrimoniales. Dès l'instant, en effet, qu'avec la communauté d'existence disparaissait la communauté d'affection et d'intérêts, il était naturel que la société de biens, qui implique une existence commune, cessât également.

« La séparation de corps, dit l'article 311, § 2, emporte toujours la séparation de biens. »

De là, les conséquences suivantes :

1° Les époux étaient-ils communs en biens, la communauté est dissoute (art. 1441).

2° Les époux étaient-ils mariés sous le régime sans communauté ou sous le régime dotal, la dot doit être restituée, le mari en perd et la femme en reprend la jouissance et l'administration (art. 1531 et 1563).

3° La femme est désormais dispensée de toute contribution aux charges du ménage pour une partie quelconque de ses revenus.

461. — Sous l'empire du Code civil, la femme séparée de corps restait toujours, en ce qui concerne ses intérêts pécuniaires et la plupart des actes de la vie civile, sous la tutelle de son mari ou sous celle de la justice. D'une part, en effet, elle reprenait bien l'administration de ses biens, elle pouvait disposer de son

mobilier pour les besoins tout au moins de son administration, mais elle ne pouvait donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le consentement du mari ou sans être autorisée en justice à son refus (art. 1449, 217). D'autre part, aux termes de l'article 215, elle ne pouvait, sans cette autorisation, ester en justice, quand même elle eût été marchande publique.

L'obligation d'aller ainsi s'adresser au mari pour lui demander les autorisations nécessaires avait quelque chose d'humiliant et de cruel pour une femme qui sortait d'une lutte judiciaire si féconde en amertumes ; elle avait en outre les résultats les plus fâcheux. Tantôt le mari opposait à la femme un refus offensant et sans excuse ; tantôt il se livrait à un véritable trafic et, à la suite de honteux marchandages, il vendait à deniers comptants l'autorisation qu'on lui demandait. Et la possibilité pour la femme de s'adresser à la justice au refus du mari ne modifiait guère la situation. Pour marcher avec plus de rapidité, pour éviter les lenteurs et les frais d'une autorisation de justice, parfois même pour soustraire à l'examen des juges une opération mal conçue, la femme préférait négocier avec son mari, subir les conditions qui lui était imposées et acheter ainsi une autorisation qui aurait dû lui être donnée avec intelligence et désintéressement.

Le législateur de 1893 a pensé qu'il fallait couper court à une pareille situation et c'est dans ce but qu'après avoir déclaré que la séparation de corps emporterait toujours la séparation de biens, il a ajouté à l'article 311 la disposition suivante :

« Elle a, en outre, pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice. »

462. — C'est là la grande innovation de la loi du 6 fé-

vrier 1893 et ce n'est pas sans les plus vives résistances qu'elle a été introduite dans notre droit. Et cependant est-elle, comme on l'a prétendu, une atteinte aux principes juridiques sur lesquels reposent la nécessité de l'autorisation maritale et l'incapacité de la femme mariée ?

Tout le monde est d'accord pour reconnaître que, dans notre droit actuel, la nécessité de l'autorisation maritale n'a pas pour fondement l'incapacité naturelle, l'inexpérience ou la légèreté de la femme, et la preuve c'est que la fille majeure, la veuve, la femme divorcée ont la plénitude de leur capacité civile. Quelle est donc la raison d'être de cette nécessité de l'autorisation ? Est-ce l'intérêt des enfants, l'intérêt de la famille ? Dira-t-on que les actes que la femme est dans le cas de faire intéressant toute la famille, il est nécessaire que le mari, qui est le chef de la famille, intervienne pour la garantie des intérêts communs ? Mais la loi ne s'est point préoccupée ici de l'intérêt des enfants, des intérêts de la famille, et la preuve c'est que, tant que le mariage subsiste, la femme restait incapable, qu'il y eût ou non des enfants ; c'est qu'à l'instant précis où le mariage est dissous par la mort du mari ou le divorce, la femme, qu'il existe ou non des enfants, recouvre sa capacité civile sans aucune limitation.

Le fondement de l'incapacité de la femme mariée est donc ailleurs. L'autorisation maritale n'est « autre chose qu'un moyen de discipline intérieure et de gouvernement domestique. » Au moment où le mariage est contracté, il se forme entre les époux une véritable société ; cette société a un fonds commun qui doit être administré, des intérêts communs qui doivent être surveillés et sauvegardés ; à cette société, dont les affaires exigent une direction unique, il faut, comme à toutes les sociétés et à peine d'anarchie, un chef qui la gouverne, et ce chef est tout naturellement indiqué, c'est

le mari. Telle est la raison d'être de l'autorité maritale !

Or, s'il en est ainsi, la puissance maritale doit nécessairement prendre fin par la séparation de corps. La séparation prononcée, les époux n'habitent plus ensemble, ils n'ont plus le même domicile, ils peuvent même n'avoir plus le même nom ; il va être procédé au règlement de leurs droits respectifs, au partage de la communauté, de telle sorte que leurs intérêts confondus jusque-là vont se trouver désormais distincts et séparés. En un mot la société conjugale est dissoute et disparaît. Est-ce donc porter atteinte aux principes juridiques que de dire que cette société qui n'existe plus n'a par cela même plus besoin de chef et que partant la femme, séparée de son mari d'habitation, d'affection, d'intérêts, doit recouvrer la plénitude de la capacité civile ?

463. — La femme séparée de corps reprend non-seulement l'administration et la jouissance, mais encore la libre et entière disposition de ses biens. Elle a, au même titre que la fille majeure, la veuve ou la femme divorcée, la plénitude de l'exercice de ses droits civils ; elle peut donc, sans avoir besoin d'une autorisation quelconque, soit du mari, soit de justice, ester en justice, donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre onéreux.

464. — La règle édictée par l'article 311, § 3, est générale et doit être appliquée sous quelque régime que les époux soient mariés : dans tous les cas, la femme séparée de corps reprend la plénitude de sa capacité civile.

Mais, si les époux étaient mariés sous le régime dotal, la séparation de corps ne donnerait pas à la femme le droit d'aliéner sa dot. Aux termes de l'article 1554, en effet, la dot est inaliénable pendant le mariage ; la sé-

paration de corps laisse subsister le mariage et par suite l'inaliénabilité de la dot. Et comme la loi qui proclame l'inaliénabilité du fonds dotal, ayant pour but d'assurer la conservation des biens de la femme au profit de ses enfants ou de la famille, crée une cause d'indisponibilité réelle plutôt qu'une cause d'incapacité personnelle, il s'ensuit que la loi qui modifie la capacité de la personne ne peut avoir effet sur les dispositions d'une loi qui ne régit que les biens.

465. — Du principe que la dot reste inaliénable, même après la séparation de corps, découlent les conséquences suivantes :

1^o La femme même séparée de corps ne peut, avant la dissolution du mariage, confirmer ou ratifier l'aliénation des immeubles dotaux faite en contravention de l'article 1554.

2^o Elle ne peut renoncer à ses reprises dotales ni en compromettre par des cessions, transactions ou autres actes, le remboursement intégral.

3^o Les revenus des biens dotaux sont entre ses mains frappés d'indisponibilité dans la même mesure qu'ils l'étaient entre les mains du mari, de telle sorte que la femme ne peut céder les revenus à échoir de ses biens dotaux que jusqu'à concurrence de l'excédant sur les besoins du ménage.

4^o Les créanciers envers lesquels la femme s'est obligée depuis la séparation de corps ne peuvent saisir les biens dotaux ; ils ne peuvent saisir que les revenus de ces biens et dans la limite de l'excédant sur les besoins du ménage.

466. — Une autre conséquence de l'inaliénabilité de la dot, c'est que dans les cas exceptionnels où la loi autorise l'aliénation des biens dotaux, la femme séparée de corps ne peut procéder à cette aliénation que sous les conditions prescrites par la loi.

Ainsi, ce n'est qu'avec l'autorisation de son mari ou, à son refus, avec permission de justice, qu'elle peut donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants qu'elle aurait eus d'un précédent mariage (art. 1555). Ce n'est qu'avec l'autorisation du mari qu'elle peut donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants communs (art. 1556). Ce n'est encore qu'avec permission de justice et aux enchères après trois affiches que l'immeuble dotal peut être aliéné pour tirer le mari de prison et pour les autres causes indiquées par l'article 1558. Enfin, si la femme peut échanger l'immeuble dotal, ce n'est qu'à la condition de justifier de l'utilité de cet échange et d'en obtenir l'autorisation en justice (art. 1559).

467. — Si, hors les cas exceptionnels prévus par les articles 1555 à 1559, le fonds dotal a été aliéné, la femme a le droit d'en demander la nullité (art. 1560). Et pour l'exercice de cette action en nullité, comme d'ailleurs pour l'exercice de toutes les actions dotales qui désormais lui appartient, la femme, à qui la séparation de corps a rendu sa capacité civile, n'a besoin d'aucune autorisation, ni du mari, ni de justice.

468. — Il se peut, — et l'article 1557 leur en donne le droit, — que les époux, par dérogation au principe de la dotalité, aient stipulé dans leur contrat de mariage que, malgré l'adoption du régime dotal et nonobstant le caractère de biens dotaux donné à tels immeubles, ces immeubles resteront néanmoins aliénables.

Dans ce cas, quelle sera la situation de la femme séparée de corps? — A notre avis, elle n'aura besoin d'aucune autorisation pour aliéner l'immeuble dotal. C'est qu'ici il ne peut être question d'indisponibilité réelle fondée sur l'inaliénabilité de la dot; l'inaliénabilité de la dot, à vrai dire, n'existe pas, puisque les époux, au lieu du régime dotal pur, ont adopté un

régime dotal imparfait sous lequel les immeubles dotaux restent dans le commerce. Ce n'est qu'à raison de son incapacité et conformément au principe général posé dans l'article 217, que la femme n'a pu, jusqu'à la séparation de corps, procéder à l'aliénation du fonds dotal qu'avec l'autorisation du mari ou de justice. Mais la séparation une fois prononcée, la femme ayant recouvré la plénitude de sa capacité civile, il est évident qu'aucune autorisation ne lui est désormais plus nécessaire.

469. — Si la séparation de corps laisse subsister l'inaliénabilité du fonds dotal, elle en fait cesser l'imprescriptibilité. L'immeuble dotal, après la séparation de corps, devient prescriptible, alors même que la possession aurait commencé avant cette séparation (art. 1561).

470. — La séparation de biens prononcée principalement remonte, quant à ses effets, au jour de la demande (art. 1445). En est-il de même de la séparation de biens qui résulte de la séparation de corps?

A l'égard des tiers, tout le monde est d'accord : la séparation de biens ne date que du jour du jugement qui prononce la séparation de corps. D'une part, en effet, tandis que la loi exige que la demande principale en séparation de biens soit rendue publique, elle n'exige pour la séparation de corps que la publicité du jugement (art. 869 et 880, C. pr.), ce qui prouve assez que le législateur n'a entendu faire dater, à l'égard des tiers, la dissolution de la communauté, qui dérive de la séparation de corps, que du jugement. D'autre part, l'article 243 n'annule les actes faits par le mari pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps que s'ils sont faits en fraude des droits de la femme, ce qui implique, nous l'avons dit, la complicité des tiers. Or, si les actes faits par le mari pendant l'instance sont valables lorsque

les tiers sont de bonne foi, c'est donc que la séparation de biens n'a pas d'effet rétroactif.

Mais les divergences se produisent en ce qui concerne les intérêts des époux. Aux termes de l'article 252, dit-on dans une première opinion, le jugement de divorce, dûment transcrit, remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande. La loi a voulu enlever aux époux la faculté de modifier, en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté en avançant ou retardant, suivant certaines combinaisons, le moment où la décision du juge sera définitive et où elle eût produit seulement effet, si on avait appliqué les règles du droit commun (*Suprà*, n° 332). Or, ce motif n'est-il pas applicable à la séparation de biens résultant de la séparation de corps ? Dès lors, pourquoi ne pas étendre à la séparation de corps la disposition que la loi édicte en matière de divorce ?

Cette disposition ne doit pas être étendue, parce qu'elle constitue une dérogation au droit commun. Si, en principe, en effet, les jugements rétroagissent au jour de la demande, c'est que le demandeur ne doit pas souffrir de la résistance injuste de son adversaire et que celui-ci aurait dû acquiescer à une demande que son admission par le tribunal démontre être fondée. La rétroactivité des jugements repose donc sur cette règle que le défendeur devait, et par cela même pouvait acquiescer à la demande. Or, l'époux défendeur ne peut acquiescer à une demande en divorce ou en séparation de corps (art. 249, 307). Donc, en cas de divorce ou de séparation de corps, si on appliquait le droit commun, il faudrait dire que le jugement ne produit ses effets qu'à partir du moment où il est rendu. L'article 252 déroge à ce principe de droit commun en ce qui concerne le divorce ; mais la dérogation n'est pas reproduite au chapitre de la séparation de corps, et, quand il s'agit d'exception, il n'y a pas d'extension

analogique. Que la différence que la loi établit ainsi entre le jugement de divorce et le jugement de séparation de corps se justifie difficilement, c'est possible ; elle n'en existe pas moins, et, en l'absence d'un texte formel, la séparation de corps doit rester dans le droit commun.

Mais, dit-on, ce texte existe, c'est l'article 1445. D'après cet article, le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. Or, la loi ne distingue pas entre la séparation de biens prononcée principalement et la séparation de biens qui résulte virtuellement de la séparation de corps ; dans les deux cas, il y a séparation de biens prononcée en justice et, dans les deux cas, l'article 1445 est applicable. — Que l'article 1445 ne fasse aucune distinction, c'est une erreur profonde et il suffit, pour s'en convaincre, de rapprocher les unes des autres les diverses dispositions qui précèdent et qui suivent cet article. La loi détermine tout d'abord les modes de dissolution de la communauté (art. 1441) ; puis, après s'être occupée de la dissolution par la mort de l'un des époux (art. 1442), elle passe à la séparation de biens principale prononcée en justice sur la demande de la femme (art 1443-1448) ; ce n'est qu'après avoir déterminé les règles qui régissent cette séparation et les effets qui en découlent, qu'elle en arrive à indiquer les effets communs à la séparation de biens principale et à la séparation de biens qui résulte de la séparation de corps (art. 1449-1452). L'article 1445 fait précisément partie des dispositions qui régissent la séparation de biens principale. Personne ne conteste que l'article 1444, par exemple, qui déclare la séparation de biens nulle si elle n'a été exécutée dans la quinzaine, ne s'applique qu'à la séparation de biens principale. Personne ne conteste également que c'est à cette séparation qu'il faut restreindre l'application de l'article 1446, aux ter-

mes duquel les créanciers de la femme ne peuvent demander la séparation de biens, et de l'article 1447 qui permet aux créanciers du mari d'intervenir dans l'instance. Pourquoi en serait-il autrement de l'article 1445? Quand la loi veut indiquer les effets communs à la séparation de biens principale et à la séparation de biens résultant de la séparation de corps, elle le dit formellement (art. 1449, 1451, 1452). D'ailleurs, si l'article 1445 était applicable à la séparation de biens qui découle de la séparation de corps, il faudrait en conclure que cette séparation rétroagit au jour de la demande, même à l'égard des tiers, car l'article 1445 ne distingue pas, et cependant personne n'ose aller jusque-là. N'est-ce pas une preuve de plus que l'article 1445 ne s'applique qu'à la séparation de biens principale?

S'il en est ainsi, on ne saurait étendre la disposition de cet article à la séparation de biens qui est la conséquence de la séparation de corps. L'article 1445, en effet, constitue une dérogation au principe qui régit la rétroactivité des jugements. Le défendeur ne pouvant acquiescer à la demande, puisque toute séparation volontaire est nulle (art. 1443), le jugement, suivant le droit commun, n'aurait dû produire ses effets que du jour où il a été rendu. La loi en a décidé autrement, mais elle ne l'a fait que pour la séparation de biens principale, pour cette séparation qui a pour cause le péril de la dot, le désordre des affaires du mari. La séparation de biens, qui n'est qu'un simple effet de la séparation de corps, reste donc dans le droit commun et elle ne rétroagit au jour de la demande, ni à l'égard des tiers, ni à l'égard des époux (Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 514; Marc., sur l'art. 311, n° 4; Demante, *Cours analytique*, t. II, n° 23 bis; Voy. en sens contraire, Massol, *De la sép. de corps*, p. 203; Troplong, *Du contr. de mar.*, t. II, n° 1386 et suiv.; Aubry et Rau, t. V, p. 202).

471. — La séparation de corps laisse subsister le mariage ; il en résulte, ce semble, que les époux séparés devraient conserver le droit de successibilité réciproque que leur confère l'article 723 du Code civil. Il en était certainement ainsi sous l'empire du Code civil. L'article 767, en effet, ne refusait qu'aux époux divorcés le droit de se succéder l'un à l'autre et la disposition ne pouvait être étendue à la séparation de corps. C'est que l'article 767 n'édicte pas une déchéance, puisqu'il s'applique à tout conjoint divorcé, à l'époux innocent comme à l'époux coupable ; il consacrait un effet spécial du divorce ; le mariage étant dissous, les époux deviennent étrangers l'un à l'autre et le droit de succéder disparaît. Les époux séparés de corps, au contraire, restent toujours époux et conservent toujours la qualité requise pour pouvoir succéder (Demolombe, *Traité du mariage*, t. II, n° 519 ; Laurent, *Principes de droit civil*, t. III, n° 353).

Mais cette situation a été modifiée par la loi du 9 mars 1891 relative aux droits du conjoint survivant. La nouvelle disposition de l'article 767, telle qu'elle résulte de la loi du 9 mars 1891, est ainsi conçue :

« Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent en pleine propriété au conjoint non divorcé qui lui survit et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée.

« Le conjoint survivant non divorcé qui ne succède pas à la pleine propriété et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée, a, sur la succession du prédécédé, un droit d'usufruit.... »

472. — Ainsi, en principe, les époux, même séparés de corps, conservent toujours leur droit de succession réciproque.

Mais, — et en cela consiste sur ce point l'innovation de la loi du 9 mars 1891, — l'époux, contre lequel la séparation de corps a été prononcée, est déchu de ce droit de succession. C'est une peine édictée contre l'époux coupable. « Il serait inique, disait M. Demôle, au Sénat, dans la séance du 18 novembre 1890, de décider, sous prétexte de rendre hommage à l'institution conjugale, que la femme qui se sera rendue coupable de trahison envers son mari, que le mari qui se sera fait un jeu de la tranquillité, du bonheur et de la sécurité de sa femme, succéderont, l'une à son mari, l'autre à sa femme. »

473. — C'est l'époux contre lequel la séparation a été prononcée qui encourt la déchéance édictée par l'article 767. Si donc la séparation a été prononcée aux torts des deux époux, il est évident que tous deux perdent leur droit de succession réciproque.

474. — Pour que la déchéance soit encourue, il faut, aux termes de la loi, que le jugement ait acquis l'autorité de la chose jugée au moment du décès du conjoint. Le législateur n'a pas voulu faire découler une peine aussi grave d'une décision qui n'est pas définitive et qui aurait pu peut-être être réformée, si le décès de l'un des conjoints n'était venu mettre obstacle à la continuation d'une instance à vrai dire non encore terminée.

Et le pourvoi en cassation étant suspensif en matière de séparation de corps (art. 248, § 6), il en résulte que le jugement qui a prononcé la séparation, s'il venait à être frappé d'un pourvoi en cassation, ne devrait être considéré comme ayant acquis l'autorité de la chose jugée qu'après l'arrêt de la cour de cassation qui aurait rejeté le pourvoi.

475. — En matière de divorce, la loi prononce contre l'époux coupable certaines déchéances. Ainsi, l'é-

poux, contre lequel le divorce a été prononcé, perd :

1° Ses droits au préciput conventionnel (art. 1518) ;

2° Tous les avantages que son conjoint lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté (art. 299).

Ces déchéances doivent-elles être appliquées en cas de séparation de corps ?

476. — Que l'article 1518 soit applicable à la séparation de corps, cela n'est pas douteux : « L'époux, qui a obtenu soit le divorce soit la *séparation de corps*, conserve ses droits au préciput, en cas de survie. » D'où la conséquence que l'époux qui a donné lieu à la séparation de corps perd ses droits au préciput, comme les perd l'époux contre lequel le divorce a été prononcé.

477. — Mais qu'en est-il de l'article 299 ? C'est une des questions les plus vivement controversées que celle de savoir si l'époux, contre lequel la séparation de corps a été admise, perd tous les avantages que son conjoint lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage.

Pendant trente ans la cour de cassation s'est prononcée dans le sens de la négative ; mais, par un arrêt en date du 23 mai 1845 (Sirey, 1845, 1, 321), rendu toutes chambres réunies, la cour suprême est revenue sur sa jurisprudence et a décidé que l'article 299 devait être étendu à la séparation de corps. C'est là également l'opinion soutenue par M. Demolombe (*Tr. du mar.*, t, II, n° 524).

Les rédacteurs du Code civil, dit-on à l'appui de cette opinion, admirent la séparation de corps parallèlement au divorce, comme deux institutions égales, soumises absolument aux mêmes causes. Dès lors c'est entrer dans l'esprit de la loi que d'étendre à la séparation de corps les effets du divorce, en tant du moins que ces

effets peuvent se concilier avec le maintien du mariage. Or, la révocation des donations, en cas de divorce, ne dérive pas de la dissolution du mariage, et la preuve c'est qu'elle n'avait pas lieu lorsque le divorce était prononcé *par consentement mutuel* (ancien art. 299), c'est que l'époux innocent, bien que le mariage soit dissous quant à lui aussi bien qu'à l'égard de son conjoint, conserve les avantages qui lui ont été faits (art. 300). Donc, si cet effet du divorce est compatible avec le maintien du mariage, il faut l'étendre à la séparation de corps, qui n'est que le divorce des catholiques. C'est par le même motif que la jurisprudence applique à la séparation de corps les articles 301, 302 et 303 sur le divorce.

D'ailleurs, ajoute-t-on, pourquoi la loi prive-t-elle l'époux coupable des avantages que lui a faits son conjoint ? Sur quel motif est fondée la disposition de l'article 299 ? Cette disposition est fondée sur l'indignité de l'époux coupable. Or, cette indignité ne reste-t-elle pas la même, qu'il y ait une demande en séparation de corps ou une demande en divorce ? Se peut-il que l'époux offensé, qui se contente de la séparation de corps, soit privé du droit qu'il aurait s'il avait demandé le divorce, et ne serait-ce pas placer l'époux catholique entre sa conscience qui lui défend le divorce et son intérêt qui exige que le mariage soit rompu, pour qu'il puisse recouvrer les avantages qu'il avait faits à son conjoint ?

Mais c'est surtout, dit-on encore, l'article 1518 qui est déterminant. D'une part, en effet, l'article 1518 ne prononce pas lui-même la déchéance du préciput contre l'époux coupable, il la suppose déjà prononcée par une disposition antérieure, et cette disposition ne peut être que celle de l'article 299. D'autre part, si l'époux qui a donné lieu à la séparation perd de plein droit le préciput, c'est-à-dire une convention de mariage plus

encore qu'une libéralité, ne doit-il pas en être ainsi *a fortiori* des avantages purement gratuits ? (Mourlon, *Rép. écrites*, t. I, p. 430; note).

Cette opinion nous paraît contraire aux principes et à l'esprit de la loi.

Elle est d'abord contraire aux principes. Si en effet, d'une part, la révocation des donations n'est pas une conséquence de la dissolution du mariage et se concilie avec le maintien du mariage, si, d'autre part, elle est fondée sur l'indignité de l'époux coupable et devrait dès lors, par analogie de motifs, avoir lieu en cas de séparation de corps, il n'en est pas moins vrai que l'article 299 ne parle que de l'époux contre lequel le *divorce* a été admis et qu'aucun texte ne l'étend à la séparation de corps. Or, cet article édicte une déchéance, une véritable peine civile, et il est de principe que les peines ne s'étendent pas d'un cas à un autre. Et n'est-ce pas parce qu'en matière pénale il ne peut y avoir d'extension analogique que le législateur s'était cru obligé de produire dans l'article 308, en l'appliquant à la séparation de corps, la disposition de l'article 298 qui exigeait que la femme, contre laquelle le divorce est prononcé pour cause d'adultère, fût condamnée à l'emprisonnement ?

Elle est, en second lieu, contraire à l'esprit de la loi. La différence que le législateur a faite entre le divorce et la séparation de corps s'explique facilement. En cas de divorce, sous l'empire du Code civil, les époux ne pouvaient plus se réunir (art. 295) ; toute réconciliation était impossible ; il n'y avait donc aucun danger à la révocation des donations. En cas de séparation de corps, au contraire, la réunion des époux est possible, c'est même l'espoir et le vœu de la loi ; le législateur devait donc se garder d'apporter le moindre obstacle à une réconciliation toujours désirable et ne pas l'entraver, en donnant à l'époux offensé un intérêt à maintenir la sé-

paration, et c'est pourquoi aucune disposition, au chapitre de la séparation de corps, ne reproduit l'article 299. www.libtool.com.cn

Sans doute le divorce et la séparation de corps ont les mêmes causes ; mais est-ce à dire, ainsi que le font nos adversaires, que les effets du divorce sont applicables de plein droit à la séparation de corps, en tant du moins que ces effets ne sont pas incompatibles avec le maintien du mariage ? S'il en était ainsi, le législateur eût-il jugé nécessaire de reproduire dans l'article 308 la disposition de l'article 298 ? N'est-il pas évident que la femme coupable d'adultère doit subir la même peine qu'il y ait divorce ou séparation de corps, et n'était-ce pas inutile à dire ? D'autre part, pourquoi la loi n'aurait-elle pas étendu à la séparation de corps la disposition de l'article 386, qui prive de l'usufruit légal le père contre lequel le divorce a été prononcé ? Cet effet du divorce ne se concilie-t-il pas avec le maintien du mariage ? On le voit, le législateur repousse, en thèse générale, toute assimilation entre le divorce et la séparation de corps, au point de vue des effets qui en découlent, et ce qui le prouve, c'est que toutes les fois qu'il veut étendre à la séparation les effets du divorce, il le dit formellement. C'est ainsi qu'il dit que la communauté se dissout par le divorce et par la *séparation de corps*, (art. 1441), que la dissolution de la communauté opérée par le divorce ou par la *séparation de corps*, ne donne pas ouverture aux droits de survie de la femme (art. 1452), que lorsque la dissolution de la communauté s'opère par le divorce ou par la *séparation de corps*, il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput (art. 1518). Eût-il été nécessaire de parler toujours de la séparation de corps, si ses effets avaient été les mêmes que ceux du divorce ?

Reste l'article 1518. La réponse nous paraît facile. L'article 1518 repose sur un tout autre principe que

l'article 299. Le préciput, dans sa forme comme au fond, n'est pas une libéralité, c'est une convention de mariage dont l'objet est de modifier les effets de la communauté. Or, la communauté cessant par la séparation de corps, ainsi que par le divorce, il devrait s'ensuivre que l'époux, qu'il soit demandeur ou défendeur, perde son droit éventuel au préciput. L'article 1518 constitue donc, non pas une peine contre l'époux coupable, mais une disposition de faveur pour l'époux qui a obtenu le divorce ou la séparation de corps. L'article 299 constitue, au contraire, une véritable pénalité civile contre l'époux coupable et sa disposition est fondée sur l'ingratitude de cet époux. Il n'y a donc pas analogie et on ne saurait se fonder sur l'article 1518 pour étendre à la séparation de corps la révocation des donations que prononce l'article 299 pour le cas de divorce (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 354 ; Aubry et Rau, t. V, p. 206, note 32).

478. — Si, à notre avis, la séparation de corps n'entraîne pas, comme le divorce, la révocation de plein droit des dispositions entre vifs que l'époux, au profit duquel elle a été prononcée, peut avoir faites en faveur de son conjoint, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, cet époux ne pourrait-il pas du moins provoquer la révocation pour cause d'ingratitude ?

La question est encore vivement controversée. Pour nous, nous croyons, avec la jurisprudence et la majorité des auteurs, que l'époux est fondé à invoquer les torts de son conjoint pour demander la révocation des donations qu'il lui a faites.

En principe, en effet, toute donation est révocable pour cause d'ingratitude (art. 953). En serait-il autrement parce que le donataire est en même temps l'époux du donateur, c'est-à-dire parce qu'il est double-

ment coupable, ayant violé à la fois et ses devoirs de donataire et ses devoirs d'époux ?

Sans doute, l'article 959 excepte de la règle posée dans l'article 953 les donations faites en faveur du mariage. Mais par donations faites *en faveur du mariage* il ne faut entendre que celles qui sont faites aux époux par des tiers et non celles qu'ils se font l'un à l'autre. Quand la donation est faite par un tiers, elle profite aux deux époux et aux enfants à naître ; en apportant plus d'aisance dans la ménage, elle facilite et favorise le mariage ; elle est vraiment faite *en faveur du mariage*. Au contraire, quand la donation est faite par un époux à son conjoint, le donataire seul en profite ; le bien-être de la famille n'en est pas augmenté, puisque le bien donné, s'il était resté dans les mains du donateur, se serait toujours trouvé dans la maison ; la donation, dans ce cas, peut être faite à l'occasion du mariage, elle n'est pas faite *en faveur du mariage*. — Et on comprend alors l'exception si sage de l'article 959. En édictant l'irrévocabilité, malgré l'ingratitude du donataire, des donations faites en faveur du mariage, c'est-à-dire faites par un tiers, la loi n'a pas voulu que la révocation, qui est une véritable peine, en frappant l'époux coupable, pût atteindre en même temps l'époux et les enfants innocents, en un mot toute la famille en faveur de laquelle la donation avait eu lieu. Mais le même motif n'existe plus, lorsqu'il s'agit de donation faite entre époux, puisqu'alors c'est l'époux innocent qui profite de la révocation et que les enfants n'ont aucun intérêt à trouver les biens donnés dans le patrimoine de l'un plutôt que dans le patrimoine de l'autre ; la révocation ne frappe que l'époux ingrat et coupable (Marcadé, *Explication du Code Napoléon*, T. III, nos 716 et 717 ; Demolombe, *Traité du mariage*, T. II,

n° 528 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. V, p. 206 ; Caen, 30 décembre 1854, Dalloz, 1856, 2, 132 ; Cass., 10 mars 1856, Dalloz 1856, 1, 54 ; Cass., 26 février 1856, Dalloz, 1856, 1, 49 ; Limoges, 26 avril 1869, Dalloz 1870, 1, 292).

Remarquons au surplus que la question que nous venons d'examiner ne peut se poser que par rapport aux donations que les époux se sont faites par contrat de mariage ; car, aux termes de l'article 1096 du Code civil, les donations faites entre époux pendant le mariage sont toujours révocables au gré du donateur.

DE LA CESSATION DE LA SÉPARATION DE CORPS.

479. — La séparation de corps peut cesser de deux manières :

- 1^o Par la dissolution du mariage ;
- 2^o Par le consentement des époux.

480. — I. Et d'abord la dissolution du mariage met fin évidemment à la séparation de corps. Cette dissolution peut provenir soit du décès de l'un des époux, soit du divorce prononcé à la requête de l'un d'eux par voie de conversion ou par voie principale.

Au point de vue des effets qu'entraîne dans cette première hypothèse la cessation de la séparation de corps, nous n'avons qu'à nous référer aux principes généraux du droit civil et à ce que nous avons dit en traitant des effets du divorce.

481. — Toutefois, en ce qui concerne les mesures prescrites à l'égard des enfants pendant la séparation, nous devons signaler une différence importante suivant que le mariage est dissous par la mort de l'un des époux ou par la conversion de la séparation de corps en divorce. Dans le premier cas, toutes les mesures prescrites par le jugement de séparation de corps tombent *ipso facto* ; l'époux survivant recouvre ou acquiert de plein droit l'exercice de la puissance paternelle

avec tous ses attributs et l'article 302 du Code civil cesse de recevoir son application. Il en est ainsi, comme nous l'avons vu (*Suprà*, n° 369), quand le décès de l'époux se produit après un jugement de divorce ; les mêmes motifs commandent la même solution dans notre hypothèse. Dans le second cas, au contraire, lorsque la séparation de corps prend fin par suite d'une conversion en divorce, les mesures prescrites à l'égard des enfants subsistent, sans que le jugement de conversion puisse les modifier (*suprà*, n° 260), sous la réserve bien entendu du droit pour les époux de se pourvoir devant le tribunal par voie d'action principale, si des circonstances nouvelles exigeaient des modifications à ces mesures.

482. — II. La séparation de corps peut cesser par le consentement des époux.

C'est, qu'en effet, comme le dit fort bien M. Laurent (*Princip. de dr. civ.*, t. III, n° 357), le jugement de séparation de corps ne condamne pas les époux à vivre séparés, il leur en donne seulement le droit ; or, ils sont évidemment libres de renoncer à un droit qui n'est établi qu'en leur faveur.

483. — Mais, remarquons-le bien, il ne suffirait pas, pour faire cesser la séparation de corps, de la volonté seule de l'époux qui l'a obtenue. Le jugement de séparation, en effet, est, comme tout jugement, un véritable contrat judiciaire produisant des effets que les deux époux sont en droit d'invoquer. Si le mari demandeur, par exemple, acquiert, par le jugement de séparation, le droit de ne plus recevoir sa femme, celle-ci, de son côté, obtient le droit de ne plus suivre son mari, d'administrer ses biens, etc. Il y a là des droits réciproques résultant d'un état nouveau que le consentement mutuel des époux peut seul faire cesser. Et cette opinion trouve un appui dans l'article 1451, aux

termes duquel : « La communauté dissoute par la séparation, soit de corps, soit de biens, peut être rétablie *du consentement des deux parties.* » Sans doute, cette disposition est relative aux biens des époux et non à leurs personnes. Mais, ne serait-il pas étrange que le consentement mutuel des époux, nécessaire pour le rétablissement de la communauté d'intérêts, ne le fût plus, quand il s'agit du rétablissement de la communauté d'existence ? (Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 532 ; Aubry et Rau, t. V, p. 210 ; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 357 ; — Voy. en sens contraire, Dalloz, *V° Sép. de corps*, n° 407 ; Duranton, t. II, n° 618 ; Zachariæ, § 495, texte et note 2).

484. — Le consentement des deux époux étant nécessaire pour faire cesser l'état de séparation de corps, il faut en conclure que, dans le cas où la séparation est fondée sur la condamnation de l'un des époux, la réhabilitation de cet époux ne suffirait pas pour y mettre fin. La réhabilitation, en effet, ne produisant ses effets que pour l'avenir (art. 633, C. inst. crim.), le bénéfice du jugement reste acquis à l'autre époux.

Mais il en serait autrement de la révision qui anéantit le jugement de condamnation dans le passé (art. 447 C. inst. crim.). Et si, à la suite de cette révision, l'époux est acquitté ou condamné à une peine non afflictive et infamante, le jugement de séparation de corps cessera de plein droit de produire ses effets (Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 538 ; Aubry et Rau, t. V, p. 211 ; Dalloz, *V° Sép. de corps*, n° 406).

485. — Si le consentement des deux époux est nécessaire, ce consentement toutefois suffit. Ainsi, d'une part, le consentement des époux n'est soumis à aucune formalité judiciaire ou extrajudiciaire. D'autre part, le rétablissement de la vie commune n'est pas une condition essentielle de la cessation de la séparation de

corps. Rien dans la loi ne permet d'exiger une pareille condition. Il suffit que la conduite des époux implique un abandon du jugement de séparation. Il appartient d'ailleurs aux juges d'apprécier les circonstances de fait desquelles on veut induire cet abandon et dont la preuve peut être faite par tous les moyens (Demolombe, *Traité du mariage*, t. II, n° 536 ; — Voy. en sens contraire, Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. V, p. 210, note).

486. — Quels sont les effets de la cessation de la séparation de corps ? — Ces effets doivent être examinés en ce qui concerne :

- 1° La personne des époux et des enfants ;
- 2° La capacité de la femme ;
- 3° Les intérêts pécuniaires des époux.

487. — I. L'effet de la cessation de la séparation de corps est des plus simples en ce qui concerne les rapports des époux l'un envers l'autre : le jugement de séparation est considéré comme non avenu et les obligations qui naissent du mariage sont rétablies dans leur intégrité. Ainsi,

1° La vie commune redevient une obligation pour les époux ; le mari doit recevoir sa femme et la femme doit revenir habiter avec son mari. La femme n'a désormais plus d'autre domicile de fait et de droit que celui de son mari.

2° La pension alimentaire qui aurait été accordée par le jugement de séparation de corps cesse d'être due ; elle est remplacée par cette obligation de secours que la loi impose aux époux dans les articles 212 et 214.

3° Enfin la femme reprend le nom de son mari, si elle l'avait quitté en vertu du jugement de séparation.

488. — A l'égard des enfants, le père reprend tous les droits que lui confère la puissance paternelle dont il est de nouveau investi. Les enfants doivent donc lui

être remis, au cas où la garde lui en aurait été enlevée par le jugement de séparation de corps pour être confiée, soit à la mère, soit à une tierce personne.

Bien entendu, le tiers, à qui la garde des enfants a été confiée, aurait le droit de ne consentir à les remettre au père que s'il y était autorisé par justice. Mais le tribunal, en constatant la réunion des époux, serait tenu, à moins de circonstances toute particulières, de déclarer le père réintégré dans ses droits.

489. — II. La cessation de la séparation de corps fait perdre à la femme cette capacité absolue qui résultait pour elle du jugement même qui avait prononcé la séparation ; désormais elle est de nouveau soumise à la nécessité de l'autorisation maritale dans les conditions indiquées par l'article 1449 qui régit la situation de la femme séparée de biens.

Mais la réconciliation des époux n'est pas par elle-même un fait suffisamment public pour que les tiers puissent être réputés avoir connu le changement survenu dans la capacité de la femme jadis séparée de corps. Aussi la loi du 6 février 1893 a-t-elle exigée que la reprise de la vie commune, pour qu'elle puisse produire ses effets vis-à-vis des tiers, soit officiellement constatée et rendue publique. Tel est le but de l'article 311, § 4 :

« S'il y a cessation de la séparation de corps par la réconciliation des époux, la capacité de la femme est modifiée pour l'avenir et réglée par les dispositions de l'article 1449. Cette modification n'est opposable aux tiers que si la reprise de la vie commune a été constatée par acte passé devant notaire avec minute, dont un extrait devra être affiché en la forme indiquée par l'article 1445, et de plus par la mention en marge : 1° de l'acte de mariage ; 2° du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation, et enfin par la publication

en extrait dans l'un des journaux du département recevant les publications légales. »

490. — III. La séparation de biens, qui est la conséquence de la séparation de corps, ne cesse pas de plein droit par la réunion des époux. Le législateur a considéré avec raison que le rétablissement de plein droit de la communauté ayant existé entre les époux pourrait quelquefois être un obstacle à leur rapprochement et à leur réconciliation. Aussi pour rendre ce rapprochement aussi facile et aussi fréquent que possible, a-t-il laissé à cet égard toute liberté aux époux. La communauté ne sera donc rétablie que si les époux y consentent expressément

Mais, pour sauvegarder l'intérêt des tiers, la loi a voulu que le consentement des époux fut constaté par acte authentique et que cet acte fût rendu public. De là, l'article 1451 :

« La communauté dissoute par la séparation, soit de corps et de biens, soit de biens seulement, peut être rétablie du consentement des deux parties.

« Elle ne peut l'être que par un acte passé devant notaire, et avec minute, dont une expédition doit être affichée dans la forme de l'article 1445.

« En ce cas, la communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage ; les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation, sans préjudice néanmoins de l'exécution des actes qui, dans cet intervalle, ont pu être faits par la femme en conformité de l'article 1449.

« Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement est nulle. »

491. — Ainsi, pour être efficace, le consentement des époux doit être constaté par devant notaires et avec minute. Un acte sous seing privé ou dressé en

simple brevet aurait pu trop facilement prêter à la fraude ; il eut suffi, en effet, aux époux de le faire apparaître ou disparaître à leur gré pour se présenter aux tiers tantôt comme communs, tantôt comme séparés.

Remarquons, d'une part, qu'il n'est pas nécessaire que l'acte authentique reproduise les clauses du contrat de mariage ; il suffit qu'il constate la volonté des époux de le remettre en vigueur ; d'autre part, que le consentement des époux n'est soumis à aucune condition spéciale de capacité, et les époux mineurs pourraient le donner sans l'assistance des personnes dont le concours leur est nécessaire pour passer un contrat de mariage.

492. — En second lieu, une expédition de l'acte qui constate le consentement des époux doit être affichée dans l'auditoire du tribunal civil et aussi, quand le mari est commerçant, dans celui du tribunal de commerce, conformément à l'article 1445. La communauté ne sera rétablie à l'égard des tiers qu'à dater de l'accomplissement de cette formalité.

L'article 311, § 4, qui régit la modification apportée à la capacité de la femme par la cessation de la séparation de corps, s'est montré plus rigoureux au point de vue de la publicité à donner à l'acte qui constate la reprise de la vie commune. Il exige en outre que cet acte soit mentionné en marge de l'acte de mariage et du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation de corps et qu'un extrait en soit publié dans un des journaux du département. Ces formalités ont une utilité incontestable ; mais elles ne sont pas prescrites par notre article 1451, et on ne saurait ajouter à la loi des causes de nullité qu'elle ne prononce pas.

493. — Aux termes de l'article 1451, la communauté doit être rétablie dans des conditions identiques

à celles qui la réglaient antérieurement. Toute clause modificative serait nulle.

Mais ne faut-il pas aller plus loin? Au cas où les époux dérogeraient aux conditions de leur communauté primitive, ne serait-ce pas l'acte de rétablissement tout entier qui serait nul? Ce serait, croyons-nous, aller au delà de l'intention du législateur. L'article 1431 dispose bien que « toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement, est nulle » ; mais le mot *convention* a été pris ici comme synonyme de *clause* ; il vise, non pas l'acte de rétablissement lui-même, mais la convention, la clause dérogatoire. La nullité de l'acte tout entier évidemment dépasserait le but (Aubry et Rau, t. V, p. 411, texte et note 84 ; Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, t. III, n° 2235 ; — Voy. en sens contraire, Mourlon, *Rép. écrites*, t. III, n° 240 ; Delvincourt, t. III, p. 46).

404. — Le rétablissement de la communauté a un effet rétroactif et remonte au jour même du mariage ; les époux sont censés n'avoir jamais cessé d'être communs en biens. Il en résulte que les biens que les époux ont pu acheter pendant la séparation et qui seraient entrés dans la communauté, appartiennent à la communauté ; que les meubles acquis par donation ou succession depuis le jugement de séparation et dont l'époux serait encore propriétaire au jour du rétablissement de la communauté, tombent également dans la communauté.

Mais à ce principe la loi apporte une dérogation nécessaire : la communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage, sans préjudice de l'exécution des actes qui, durant la séparation, ont pu être faits par la femme, non plus « en conformité de l'article 1449 », comme dit l'article 1451, mais en conformité de l'arti-

cle 311, § 4, c'est-à-dire dans la plénitude de sa capacité civile. Les actes accomplis par la femme restent donc valables et doivent être maintenus.

495. — Quoique l'article 1451 ne vise que le rétablissement de la communauté, il est hors de doute que sa disposition est applicable à tout autre régime matrimonial (Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 544 ; Aubry et Rau, t. V, p. 211, note 7).

496. — La jurisprudence admet, comme nous l'avons dit et contrairement à l'opinion que nous avons soutenue (*suprà*, n° 477), que la séparation de corps entraîne, comme le divorce, la révocation des donations faites par son conjoint à l'époux contre lequel la séparation a été prononcée. On s'est demandé si ces donations ainsi révoquées revivaient par le seul fait de la réconciliation et indépendamment des formalités que la loi exige pour le rétablissement des conventions matrimoniales.

L'affirmative ne paraît pas avoir fait de doute en ce qui concerne les donations faites pendant le mariage. La question, au contraire, a fait quelque difficulté en ce qui touche les donations faites par contrat de mariage, par le motif que ces donations font partie intégrante du contrat de mariage et participent à son immutabilité. Mais la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à cette considération et, avec raison, selon nous. Sans doute, les donations par contrat de mariage participent à l'immutabilité des conventions matrimoniales, mais elles en diffèrent par leur caractère et leurs effets ; elles reposent sur le sentiment d'affection qui anime les futurs époux l'un envers l'autre. Si donc, il est juste qu'elles soient révoquées à l'encontre du conjoint qui a rendu nécessaire la séparation de corps, il est non moins juste qu'elles revivent quand survient leur réconciliation qui implique le pardon et l'oubli de l'of-

fense. La cause de la révocation disparaissant, la révocation doit elle-même disparaître. C'était là la doctrine de l'ancien droit, et il est naturel de penser que le Code civil, qui est favorable à la réunion des époux, n'a pas voulu renoncer à cette tradition (Cass., 15 avril 1885, Sirey, 1887, 2, 193).

Bien entendu, le rétablissement des donations ne rétroagit pas et ne peut nuire à ceux qui auraient acquis, durant la séparation, des droits sur les biens compris dans les donations révoquées.

497. — L'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée perd, aux termes de la loi du 9 mars 1891, ses droits à la succession de son conjoint. Le rétablissement de la vie commune aura évidemment pour effet de faire disparaître cette déchéance que la loi avait attachée au jugement de séparation ; les époux reprendront leurs droits de succession réciproque.

498. — Le rétablissement de la vie commune ne s'oppose pas à ce que les époux puissent former, pour causes nouvelles, une seconde demande, soit en séparation de corps, soit en divorce. Dans ce cas, l'époux, qui a obtenu la séparation de corps, serait en droit d'invoquer les faits qui ont servi de base à cette séparation, à l'appui de sa demande nouvelle. Le premier jugement de séparation de corps a été anéanti par une réconciliation ; il faut donc appliquer les principes qui régissent la réconciliation (art. 244 ; Demol., *Tr. du mar.*, t. II, n° 348 ; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n° 358 ; Aubry et Rau, t. V, p. 212).

FORMULAIRE

ACTES PARTICULIERS DE LA PROCÉDURE EN DIVORCE

1. — **Requête en divorce et ordonnance du Président pour faire comparaître les époux devant lui** (art. 234, § 1, C. c).

REQUÊTE.

A Monsieur le Président du tribunal civil de,

Le sieur (prénoms, nom, profession et domicile),
ayant pour avoué M^e ;

A l'honneur de vous exposer qu'il a contracté mariage
devant l'officier de l'état civil de (nom de la commune),
le (date du mariage), avec (prénoms et nom du
conjoint) ;

Que (exposer les griefs du requérant) ;

Que ces faits, aux termes de l'article du Code
civil, autorisent l'exposant à demander le divorce et
que dans ces circonstances il a l'intention de former
une demande en divorce.

C'est pourquoi l'exposant requiert, Monsieur le Président,
qu'il vous plaise, ordonner que les parties, conformément
à l'article 233 du Code civil, comparaitront devant vous au jour et à l'heure que vous indiquerez,

pour être entendues contradictoirement sur les faits qui motivent la demande en divorce qu'il veut former, et pour, en cas de non conciliation, voir autoriser l'exposant à former sa demande en divorce.

Présenté au palais de justice, à , le .

(Signatures du requérant et de l'avoué).

ORDONNANCE.

Nous , Président, vu la requête ci-dessus et l'article 235 du Code civil, après avoir entendu l'exposant et lui avoir fait les observations que nous avons cru convenables, ordonnons que les parties comparaitront en personne devant nous, en notre cabinet, au palais de justice, le à heures ; commettons huissier audiencier pour notifier la citation.

Si le requérant demande à résider séparément, ajouter à l'ordonnance :

Autorisons le sieur requérant à avoir une résidence séparée de celle de la dame : *(ou s'il s'agit de la femme)*, autorisons la dame requérante à se retirer provisoirement chez *(désigner le lieu de la résidence provisoire)*.

Fait au palais de justice, à , le

(Signature du président.)

Dans le cas où le demandeur en divorce est empêché par une cause quelconque de présenter en personne sa requête au Président, modifier la formule de la requête ci-dessus, en ajoutant après l'exposé sommaire des faits :

Qu'il est empêché *(cause de l'empêchement)*, ainsi qu'il en justifie, de comparaitre devant vous.

C'est pourquoi l'exposant requiert qu'il vous plaise, Monsieur le Président, vous transporter, conformément à l'article 235, § 2, du Code civil, à (lieu où se trouve le requérant).

(Signatures du requérant et de l'avoué.)

2. — Requête en divorce présentée par le tuteur de l'interdit légal (art. 234, § 3.)

A Monsieur le Président du tribunal civil de

Lesieur (prénoms, nom, profession et domicile),
tuteur du sieur légalement interdit, ayant pour
avoué M^e ;

A l'honneur de vous exposer que le sieur (prénoms et nom de l'interdit) a contracté mariage devant l'officier de l'état civil de (nom de la commune), le (date du mariage), avec (prénoms et nom du conjoint)

Que (exposer les griefs) ;

Que ces faits, aux termes de l'article du Code civil, autorisent l'interdit à demander le divorce ; que le sieur (nom de l'interdit), se fondant sur les faits précités, a l'intention de demander le divorce, ainsi que l'exposant en justifie (produire l'autorisation ou la réquisition de l'interdit).

C'est pourquoi l'exposant requiert, Monsieur le Président, qu'il vous plaise l'autoriser, en sa qualité, à assigner la dame devant le tribunal.

(Signatures du tuteur et de l'avoué.)

Le président peut, avant d'autoriser le tuteur à assi-

gner, ordonner la comparution des époux devant lui ; mais cette mesure n'est pas obligatoire.

www.libtool.com.cn

3. — Signification de la requête et de l'ordonnance avec citation à comparaître devant le président.

L'an , le , au nom de M. le Président du tribunal civil de , et à la requête du sieur (*prénoms, nom, profession et domicile du demandeur*), j'ai (*prénoms, nom, immatricule, et domicile de l'huissier*) soussigné, commis à cet effet, signifié et en tête du présent laissé copie à (*prénoms et nom du défendeur*), demeurant à audit domicile où étant et parlant à : 1^o d'une requête présentée par le sieur à Monsieur le Président du tribunal civil de pour être autorisé à former sa demande en divorce contre sa femme ; 2^o de l'ordonnance de Monsieur le Président dudit tribunal en date du , enregistrée, mise au bas de ladite requête ; et, en vertu de ladite ordonnance, j'ai cité ledit sieur à comparaître en personne le , heure du devant M. le Président du tribunal civil séant à , en son cabinet, au palais de justice, pour entendre conjointement avec le requérant, les représentations que Monsieur le Président croira propres à opérer un rapprochement, et en cas de non conciliation ou de défaut, voir par lui constater la non conciliation ou le défaut et autoriser le demandeur à assigner devant le tribunal.

Et je lui ai, en parlant comme dessus, laissé sous pli fermé, copie du présent dont le coût est de

(*Signature de l'huissier.*)

4. — Ordonnance déterminant le lieu où sera tentée la conciliation, dans le cas où l'un des époux est empêché de comparaître ou donnant commission pour entendre le défendeur dans le cas où celui-ci est domicilié hors de l'arrondissement (art. 238).

Nous , Président ; vu notre ordonnance en date du , prescrivant que les époux (*noms des époux*) comparaitraient cejourd'hui devant nous pour recevoir nos représentations sur la demande en divorce que se propose de former le sieur (*ou la dame*) ; vu la citation donnée en vertu de ladite ordonnance, par , à , suivant exploit du ;

Attendu que le sieur (*ou la dame*) se trouve dans l'impossibilité de se rendre auprès de nous, ainsi qu'il (*ou elle*) en justifie par ;

Ordonnons que la tentative de conciliation aura lieu à où nous nous transporterons à cet effet le , à heure .

Si le défendeur empêché est domicilié hors de l'arrondissement :

Commettons M. , Président du tribunal civil de , à l'effet d'entendre le sieur , défendeur (*ou la dame* , *défenderesse*) sur la demande en divorce dont s'agit.

Fait au palais de justice, à , le .

(*Signatures du président et du greffier.*)

5. — Ordonnance constatant la non-conciliation ou le défaut et autorisant le demandeur à assigner (art. 238).

Nous , Président ; vu notre ordonnance en date du prescrivant que les époux comparaitraient devant nous cejourd'hui pour recevoir nos ob-

servations sur la demande en divorce que se propose de former le sieur contre la dame , son épouse ; vu la citation donnée en vertu de ladite ordonnance par , à , suivant exploit du ;

Attendu qu'un rapprochement n'a pu être opéré entre les comparants.

Constatons la non-conciliation et autorisons le sieur , demandeur, à assigner devant le tribunal.

S'il y a lieu de statuer sur la résidence séparée :

Autorisons le sieur , requérant, à avoir une résidence séparée de celle de la dame, (ou s'il s'agit de la femme) autorisons la dame , requérante, à se retirer provisoirement chez ;

S'il y a lieu de statuer sur la garde des enfants :

Disons que pendant l'instance en divorce la garde des enfants issus du mariage des époux sera confiée provisoirement au requérant (ou à toute autre personne) ;

S'il y a lieu de statuer sur la remise des effets personnels :

Ordonnons que les effets à l'usage personnel de la dame consistant en (énumérer les effets s'il y a lieu) lui seront remis par son mari ; sinon, autorisons ladite dame à se faire assister, pour la remise de ces objets, du commissaire de police ;

S'il y a demande d'aliments :

Disons que le sieur sera tenu de payer à la dame par avance et par mois à titre d'aliments, la somme de

Disons que notre ordonnance de ces chefs sera exécutoire par provision, nonobstant opposition ou appel.

Si le défendeur fait le défaut :

Attendu que le défendeur fait défaut,
Constatons le défaut et autorisons le sieur
demandeur à assigner devant le tribunal.

Fait au palais de justice, le

(Signatures du président et du greffier.)

6. — Ordonnance qui ajourne les parties (art. 238, § 6).

Nous, Président ; vu notre ordonnance en date du, , prescrivant que les époux comparaitraient devant nous ce jourd'hui pour recevoir nos observations sur la demande en divorce que se propose de former le sieur contre la dame, son épouse ; vu la citation donnée en vertu de ladite ordonnance par, à, suivant exploit du ;

Attendu que les époux ayant comparu, un rapprochement n'a pu être opéré entre eux, mais qu'il y a lieu de croire qu'une nouvelle tentative de conciliation aura plus de succès ;

Ordonnons, avant d'autoriser le demandeur à assigner devant le tribunal, que les époux comparaitront à nouveau devant nous, en notre cabinet, au palais de justice, le, à heure du ;

Fait au palais de justice, à, le.

(Signatures du président et du greffier.)

Remarque. — L'ajournement ne peut excéder le terme de vingt jours.

7. — Assignation devant le tribunal.

L'an, le, à la requête du sieur, (*prénoms, nom, profession et domicile*) pour lequel domicile est

élu en l'étude de M^e , avoué près le tribunal civil de , lequel est constitué et occupera pour le requérant sur la présente assignation, j'ai (prénoms, nom, immatricule et domicile de l'huissier), soussigné, signifié et en tête du présent laissé copie à la dame , demeurant à audit domicile, en parlant à , d'une ordonnance de Monsieur le Président dudit tribunal de , en date du , enregistrée, portant, entre autres dispositions, que faute par les parties de s'être conciliées, le requérant est autorisé à former sa demande en divorce.

En conséquence, j'ai donné assignation à ladite dame à comparaître, d'aujourd'hui à huitaine franche, outre les délais de distance, à l'audience et devant MM. les Président et juges composant le tribunal civil de , au palais de justice, à heures du ; pour, attendu que (reproduire les faits de la requête en divorce) prononcer le divorce entre elle et le requérant, s'entendre ladite dame condamner en tous les dépens.

Dans le cas où c'est la femme qui est demanderesse, ajouter :

Et attendu que le divorce entraîne la dissolution de la communauté, entendre dire que, devant tel de MM. les juges qu'il plaira au tribunal de commettre, et pour les opérations de détail devant M^e notaire à , il sera procédé à la liquidation de la communauté ayant existé entre le sieur et la requérante en cas d'acceptation de la part de celle-ci; et, dans tous les cas, à la liquidation des reprises de la dame , à raison de ses biens propres.

Et j'ai, audit domicile, parlant comme dessus, laissé copie du présent dont le coût est de

(Signature de l'huissier.)

Remarque. — La copie de l'assignation n'est pas remise sous pli fermé.

www.libtool.com.cn

8. — Requête pour obtenir permission de faire apposer les scellés et ordonnance conforme (art. 242, C. c.).

REQUÊTE.

A Monsieur le Président du tribunal civil de ,

Ladame (*prénoms, nom, profession et domicile*), ayant pour avoué M^e ;

A l'honneur de vous exposer qu'elle a l'intention de former une demande en divorce contre le sieur , son mari ; qu'à cet effet, elle vous a présenté une requête en divorce, le , et que vous avez, à la date du , rendu une ordonnance prescrivant la comparution des parties, en votre cabinet, le , à heure ; que dans ces circonstances l'exposante a le plus grand intérêt pour la conservation de ses droits, à faire apposer les scellés sur les meubles et effets de la communauté existant entre elle et le sieur , son mari.

C'est pourquoi, l'exposante requiert qu'il vous plaise, Monsieur le Président, l'autoriser à faire apposer par M. le juge de paix de les scellés sur tous les meubles et effets dépendant de la communauté existant entre elle et son mari et se trouvant (*indiquer le lieu où se trouvent les meubles et effets*).

Présenté à , le .

(*Signature de l'avoué.*)

ORDONNANCE.

Nous , Président ; vu la requête ci-dessus et l'article 242 du Code civil, autorisons, à charge d'en référer en cas de difficultés, la dame à faire ap-

poser par M. le juge de paix de les scellés sur les meubles et effets de la communauté existant entre les époux et se trouvant .

Fait à , le .

(Signature du président.)

9. — Requête tendant à la levée des scellés et ordonnance conforme (art. 242, § 3, C. c.).

REQUÊTE.

A Monsieur le Président du tribunal civil de ,

Le sieur (*prénoms, nom, profession et domicile*) ayant pour avoué M^e ;

A l'honneur de vous exposer qu'à la requête de la dame les scellés ont été apposés sur les meubles et effets dépendant de la communauté existant entre l'exposant et ladite dame, suivant procès-verbal de M. le juge de paix de , en date du ; qu'il est urgent de procéder immédiatement à la levée des scellés, parce que (*exposer les causes de l'urgence*).

C'est pourquoi l'exposant requiert qu'il vous plaise, Monsieur le Président, ordonner qu'à sa requête il sera procédé, aujourd'hui même, par M. le juge de paix de à la levée des scellés apposés par lui ; ordonner que les objets et valeurs mis sous scellés seront inventoriés et prisés, et nommer l'exposant ou toute autre personne que vous croirez devoir désigner, gardien judiciaire.

Présenté à , le .

(Signature de l'avoué.)

ORDONNANCE.

Nous , Président ; vu la requête ci-dessus et l'article 242, § 3 du Code civil ; attendu (mention des causes de l'urgence), ordonnons que les scellés apposés par M. le juge de paix de , suivant procès-verbal en date du seront levés dans le jour ; ordonnons que les objets et valeurs seront inventoriés et prisés ; constituons gardien judiciaire le sieur (le requérant ou toute autre personne).

Fait à , le

(Signature du président.)

10. — **Requête pour obtenir l'autorisation de former une saisie-arrest et ordonnance conforme (art. 242, C. c.).**

REQUÊTE.

A Monsieur le Président du tribunal civil de ,

La dame (prénoms, nom, profession et domicile), épouse du sieur (prénoms, nom, profession et domicile), ayant pour avoué M^e ;

A l'honneur de vous exposer qu'elle a l'intention d'intenter une demande en divorce contre son mari ; qu'à cet effet, elle vous a présenté requête et qu'à la date du vous avez rendu une ordonnance prescrivant la comparution des parties en votre cabinet, le heure ; que dans ces circonstances elle a tout sujet de craindre pour la sûreté de ses droits et reprises ; qu'elle a appris que le sieur (prénoms, nom, profession et domicile) était débiteur d'une somme de envers son mari et que l'échéance de cette dette doit arriver le , époque à laquelle le jugement de divorce ne peut pas encore être rendu.

C'est pourquoi l'exposante requiert qu'il vous plaise, Monsieur le Président, lui permettre de pratiquer une saisie-arrêt entre les mains dudit sieur pour sûreté et conservation de la somme de , à laquelle vous voudrez bien évaluer provisoirement les droits, créances et reprises de l'exposante contre son mari, et vu l'urgence ordonner l'exécution de votre ordonnance sur minute.

Présenté à , le .

(Signature de l'avoué.)

ORDONNANCE.

Nous , Président ; vu la requête qui précède et l'article 242 du Code civil, autorisons la dame à saisir-arrêter entre les mains du sieur , les sommes, deniers ou valeurs qu'il peut devoir au sieur , à quelque titre que ce soit, pour garantir le paiement de la somme de à laquelle nous évaluons provisoirement les droits, créances et reprises de la requérante contre son mari ; et vu l'urgence, notre ordonnance sera exécutoire sur minute.

Fait au palais de justice, à , le ,

(Signature du président.)

11. — Requête pour obtenir la nomination d'un séquestre judiciaire et ordonnance conforme.

A Monsieur le Président du tribunal civil de ,

La dame (prénoms, nom, profession et domicile),
ayant pour avoué M^e ;

A l'honneur de vous exposer qu'elle a l'intention de former une demande en divorce contre le sieur , son mari ; qu'à cet effet, elle vous a présenté une re-

quête en divorce le et qu'à la date du
vous avez rendu une ordonnance prescrivant la compa-
rution des parties en votre cabinet, le à heure
; que par contrat de mariage en date du ,
aux minutes de M^e , notaire à , le sieur
a l'administration et la jouissance des biens pro-
pres de l'exposante ; que dans ces circonstances l'expo-
sante a le plus grand intérêt, pour la conservation de
ses droits, à ce que l'administration soit retirée audit
sieur et qu'un séquestre judiciaire soit nommé.

C'est pourquoi l'exposant requiert qu'il vous plaise,
Monsieur le Président, nommer telle personne que vous
croirez devoir désigner séquestre judiciaire de
(*désignation des immeubles.*)

Présenté à , le .

(*Signature de l'avoué.*)

ORDONNANCE.

Nous, Président ; vu la requête ci-dessus et l'ar-
ticle 242 du Code civil, et à la charge d'en référer en
cas de difficultés, nommons le sieur séquestre
judiciaire de (*désignation des immeubles.*)

Fait à , le .

(*Signature du président.*)

**12. — Jugement ordonnant l'insertion d'un avis dans
les journaux, dans le cas où la partie défenderesse
fait défaut et où l'assignation ne lui a pas été dé-
livrée à personne (art. 247, § 1^{er}, C. c.).**

Le tribunal :

Le ministère public entendu,

Attendu que la défenderesse, quoique régulièrement
assignée, ne comparait pas ;

Attendu que l'assignation n'a pas été délivrée à sa personne ; qu'il y a lieu de prescrire la mesure de publicité autorisée par l'article 247, § 1^{er} du Code civil et destinée à porter la demande à sa connaissance ;

Par ces motifs, avant faire droit au fond, ordonne qu'à la diligence du demandeur, il sera inséré dans les journaux (*désigner les journaux*), un avis destiné à porter à la connaissance de la partie défenderesse la demande dont elle est l'objet ; dépens réservés.

13. — Avis à insérer dans les journaux en exécution du jugement ci-dessus.

Etude de M^e avoué près le tribunal civil de ,
demeurant en ladite ville ;

Par exploit de , huissier à , en date du ,
enregistré, la dame a été, à la requête du sieur ,
son mari, assignée à comparaître devant le
tribunal civil de , dans les délais de la loi, pour
entendre prononcer contre elle le divorce.

La présente insertion est faite en conformité d'un
jugement dudit tribunal en date du

(Signature de l'avoué.)

14. — Requête tendant à la publication dans les journaux d'un extrait du jugement par défaut dans le cas où la signification de ce jugement n'a pas été faite à personne et ordonnance (art. 247, § 3).

REQUÊTE.

A Monsieur le Président du tribunal civil de ,

Le sieur (*prénoms, nom, profession et domicile*)
ayant pour avoué M^e :

A l'honneur de vous exposer qu'un jugement de votre tribunal en date du , enregistré, rendu par défaut contre la dame , a prononcé le divorce entre cette dernière et l'exposant ; que ce jugement a été signifié à ladite dame , par huissier audiencier, à ce commis ; mais que cette signification n'ayant pas été faite à personne, il y a lieu, aux termes de l'article 247, § 3 du Code civil, d'ordonner la publication dudit jugement par extrait dans les journaux qu'il vous plaira désigner.

C'est pourquoi l'exposant, Monsieur le Président, requiert qu'il vous plaise ordonner que le jugement par défaut sus-énoncé sera, à sa diligence, publié par extrait dans les journaux que vous croirez devoir désigner.

(Signature de l'avoué.)

ORDONNANCE.

Nous , Président ; vu la requête ci-dessus et en conformité de l'article 247, § 3, du Code civil, ordonnons qu'à la diligence du sieur , le jugement du tribunal civil de , en date du , prononçant par défaut le divorce entre les époux , sera publié par extrait dans *(désignation des journaux)*.

Fait au palais de justice, à , le .

(Signature du président.)

15. — Extrait du jugement par défaut à insérer dans les journaux, en exécution de l'ordonnance ci-dessus.

Étude de M^e , avoué près le tribunal civil de , demeurant en ladite ville.

D'un jugement rendu par défaut entre le sieur

(*prénoms, nom, profession et domicile*), et la dame (*prénoms et nom*) par le tribunal civil de , en date du , enregistré le et signifié à ladite dame par exploit de huissier commis, en date du il a été extrait ce qui suit :

(*Dispositif du jugement.*)

Pour extrait :

(*Signature de l'avoué.*)

La présente insertion est faite en vertu d'une ordonnance de Monsieur le Président du susdit tribunal, en date du , enregistrée.

16. — Jugement par défaut prononçant le divorce.

Le tribunal :

Où M^e , avocat, assisté de M^e , avoué du sieur ; où M. procureur de la République ; après en avoir délibéré conformément à la loi, jugeant publiquement et en premier ressort ;

Attendu que la défenderesse ne comparait pas, quoique régulièrement assignée, (*s'il y a lieu, on ajoute :*) et, malgré l'avis de la demande dont elle est l'objet inséré dans les journaux (*désignation des journaux*) ;

Attendu (*motifs justifiant la demande*) ;

Attendu que les faits sur lesquels le demandeur établit son action en divorce étant dès à présent justifiés, il y a lieu de faire immédiatement droit au fond ;

Par ces motifs, donne défaut contre la dame , faute de comparaitre ; prononce le divorce entre le sieur et la dame ; condamne la défenderesse aux dépens ; commet , huissier audiencier pour la signification du présent jugement.

17. — Jugement contradictoire qui ordonne une enquête.

Où M^e , avocat, assisté de M^e , avoué du sieur ; où M^e , avocat, assisté de M^e , avoué de la dame ; où M. , procureur de la République ; après en avoir délibéré conformément à la loi, jugeant publiquement et en premier ressort ;

Attendu que les faits articulés par le sieur sont pertinents et admissibles et de nature, s'ils sont prouvés, à entraîner le divorce entre lui et son épouse ; qu'ils sont déniés par la dame ;

Par ces motifs, admet le sieur à faire la preuve par témoins devant M. juge, que le tribunal commet à cet effet, des faits suivants :

- 1^o ;
- 2^o ;
- 3^o ;

Sauf à la dame à faire la preuve contraire ; pour les enquêtes faites et rapportées, être par les parties conclu et par le tribunal statué ce qu'il appartiendra ; dépens réservés.

18. — Jugement qui, avant de statuer au fond, prononce un sursis (art. 246).

Le tribunal :

Où ;

Attendu qu'aux termes de l'article 246 du Code civil, lorsque la demande est formée pour toute autre cause que celle prévue par l'article 232, encore qu'elle soit bien établie, les juges peuvent ne pas prononcer immédiatement le divorce :

Par ces motifs : dit qu'il sera sursis au jugement sur le fond, pendant un délai de ; dépens réservés.

19. — Citation pour voir prononcer le divorce à l'expiration du délai fixé (art. 246, § 3).

L'an www.libtel.com.cn à la requête du sieur
(*prénoms, nom, profession et domicile*), ayant pour avoué
M^e

J'ai soussigné, cité la dame (*prénoms, nom*),
demeurant à , où étant et parlant à , à com-
paraître à huitaine franche, délai de la loi, à l'audience
et par devant MM. les Président et juges composant le
tribunal civil de , pour ,

Attendu que suivant jugement rendu par ledit tribu-
nal, en date du , le tribnnal, avant de prononcer
le divorce entre le requérant et la dame , a or-
donné qu'il serait sursis au jugement sur le fond pen-
dant un délai de ;

Attendu que le délai fixé s'est écoulé sans que les
époux se soient réconciliés ;

Voir prononcer le divorce entre le requérant et la
dame son épouse ; s'entendre la dame con-
damner en tous les dépens.

Et je lui ai, etc.

(*Signature de l'huissier.*)

20. — Jugement contradictoire prononçant le divorce.

Le tribunal :

Où

Attendu (*motifs qui justifient la demande*) ;

Attendu que les faits sur lesquels la demanderesse
établit son action en divorce étant dès à présent justi-
fiés, il y a lieu de faire immédiatement droit au fond ;

Attendu que le divorce entraîne la dissolution de la
communauté ;

S'il y a eu enquête :

Attendu qu'il résulte des enquêtes auxquelles il a été
procédé devant M. juge commis, le , que (mo-
tifs) ;

Par ces motifs : prononce le divorce entre la dame
et le sieur son mari ; dit que par devant
M. juge, que le tribunal commet à cet effet et pour
les opérations de détail devant M^e notaire à
il sera procédé à la liquidation de la communauté ayant
existé entre les époux , en cas d'acceptation de la
part de la dame ; et, dans tous les cas, à la liqui-
dation des reprises de la dame à raison de ses
biens propres ; condamne le défendeur en tous les dé-
pens.

**21. — Jugement de divorce pour cause de condamna-
tion à une peine afflictive et infamante.**

Le tribunal :

Où ;

Attendu que par arrêt de la Cour d'assises de
en date du , le sieur a été condamné à une
peine afflictive et infamante ; qu'il résulte d'un certifi-
cat du greffier de la Cour d'assises que cette condam-
nation n'est plus susceptible d'être réformée par au-
cune voie légale ordinaire ;

Attendu qu'aux termes de l'article 232 du Code civil,
la condamnation de l'un des époux à une peine afflic-
tive et infamante est pour l'autre époux une cause de
divorce ;

Par ces motifs : prononce le divorce entre la dame
et le sieur ; condamne le défendeur aux
dépens.

22. — Qualités d'un jugement contradictoire qui prononce le divorce.

Tribunal civil de

Entre le sieur (prénoms, nom, profession) demeurant à , demandeur, comparant et plaidant par M^e avocat, assisté de M^e avoué, d'une part ;

Et la dame (prénoms, nom, profession et domicile), défenderesse, comparant et plaidant par M^e , avocat, assisté de M^e , avoué, d'autre part ;

Sans que les présentes qualités puissent nuire ni préjudicier aux droits et intérêts respectifs des parties.

POINT DE FAIT.

Le sieur a présenté, en personne, le , à Monsieur le Président du tribunal civil de une requête exposant les faits sur lesquels il entendait baser sa demande en divorce.

Monsieur le Président, après avoir entendu le demandeur a, au bas de ladite requête, ordonné que les parties comparaitraient devant lui, en son cabinet, au palais de justice, le , à heure du , et qu'à cet effet, il serait donné citation à la défenderesse par , huissier à ce commis.

Suivant exploit dudit , en date du , en tête duquel ont été signifiées la requête et l'ordonnance sus-énoncées, la dame a été assignée à comparaître en personne, le , à heure du , devant Monsieur le Président, en son cabinet, pour entendre conjointement avec le demandeur, les observations que ce magistrat croirait propres à opérer un rapprochement, et s'il ne pouvait y parvenir, voir rendre une seconde ordonnance autorisant le demandeur à assigner devant le tribunal.

M. le Président n'ayant pu opérer un rapprochement entre les époux, a rendu, le , ladite ordonnance autorisant à assigner.

En vertu de cette autorisation, le sieur a, suivant exploit de huissier, en date du , assigné, la dame à comparaitre à huitaine franche, délai de la loi, à l'audience et par devant MM. les Président et juges composant le tribunal civil de pour entendre prononcer le divorce entre lui et la défenderesse et s'entendre la défenderesse condamner aux dépens.

S'il y a eu enquête, ajouter :

Suivant jugement rendu par le tribunal, en date du , le sieur a été autorisé à faire la preuve des faits énoncés dans ledit jugement, sauf à la défenderesse à faire la preuve contraire. Ce jugement a été signifié à avoué suivant acte du Palais en date du et à partie suivant exploit de huissier à , en date du . En exécution de ce jugement, il a été procédé par le sieur à l'enquête. La dame de son côté, a fait procéder à la contre-enquête. Le procès-verbal d'enquête a été signifié au défendeur par acte d'avoué à avoué, en date du . La contre-enquête a été signifiée au demandeur par acte d'avoué à avoué, en date du .

Suivant acte du Palais, en date du , le sieur a signifié des conclusions tendant à ce qu'il plût au tribunal (*dispositif des conclusions*). En réponse à ces conclusions, la dame a signifié des conclusions tendant à ce qu'il plût au tribunal (*dispositif des conclusions*).

La cause revenue en ordre utile à l'audience de ce jour, les avocats des parties, assistés des avoués, se sont présentés à la barre, ont repris et développé les

conclusions et en ont demandé l'adjudication au profit de leurs clients respectifs.

Le ministère public a été entendu en ses conclusions.

La cause en cet état présentait à juger les questions suivantes :

POINT DE DROIT.

Le tribunal devait-il prononcer purement et simplement le divorce ? devait-il déclarer le sieur non recevable en sa demande ? *Quid* des dépens ?

Sous toutes réserves.

(Signature de l'avoué.)

23. — Extrait d'un jugement de divorce destiné à être inséré aux tableaux exposés dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce, dans les chambres des avoués et des notaires, et publié dans les journaux (art. 250).

Étude de M^e avoué près le tribunal civil de ,
demeurant en ladite ville.

Par jugement contradictoire (ou par défaut) du tribunal civil de , en date du , le divorce a été prononcé entre le sieur (*prénoms, nom, profession et domicile*) et la dame (*prénoms, etc.*).

Pour extrait certifié conforme par le soussigné, avoué près le tribunal civil de du sieur .

(Signature de l'avoué.)

24. — Requête présentée au président pour obtenir l'ordonnance à fin d'assigner, en cas de demande en conversion et ordonnance (art. 310).

REQUÊTE.

A Monsieur le Président du tribunal civil de ,

Le sieur (*prénoms, nom, profession et domicile*) ayant pour avoué M^e ,

A l'honneur de vous exposer que par jugement rendu par le tribunal civil de , le , il a été séparé de corps d'avec la dame (*prénoms et nom*), son épouse ; que ce jugement est devenu définitif le ; que depuis cette époque trois années se sont écoulées ; que, conformément à l'article 310 du Code civil, il est en droit de demander la conversion dudit jugement en jugement de divorce.

C'est pourquoi l'exposant requiert qu'il vous plaise, Monsieur le Président, l'autoriser à assigner la dame son épouse, à comparaître devant le tribunal en chambre du conseil aux jour et heure que vous voudrez bien indiquer, pour entendre prononcer le divorce entre elle et l'exposant et s'entendre condamner aux dépens.

(*Signatures du requérant et de l'avoué.*)

ORDONNANCE.

Nous , Président ; vu la requête ci-dessus et l'article 310 du Code civil ; autorisons le sieur à faire assigner la dame son épouse, à comparaître le , à heure devant la chambre du conseil du tribunal aux fins de la requête qui précède ; ordonnons la communication au ministère public et mettons M, juge, pour le rapport et huissier audiencier pour signifier l'assignation.

Fait au palais de justice, à , le .

(*Signature du président.*)

25. — Jugement de conversion.

Le tribunal :

Où ;

Attendu que par jugement rendu par le tribunal civil de , le , le sieur a été séparé de corps d'avec la dame son épouse ; que ce jugement est devenu définitif et que depuis cette époque trois ans (*ou plus de trois ans*) se sont écoulés ; qu'aucun rapprochement n'a eu lieu entre les époux et qu'il ne reste aucun espoir de réconciliation ; que dans ces circonstances il y a lieu de faire droit à la demande, conformément à l'article 310 du Code civil.

Par ces motifs : déclare le jugement de corps sus-énoncé converti en jugement de divorce ; en conséquence, prononce le divorce entre le sieur et la dame ; condamne la défenderesse aux dépens.

26.— Signification du jugement prononçant le divorce à l'officier de l'état civil (art. 252).

L'an , le , à la requête du sieur pour lequel domicile est élu en l'étude de M^e avoué près le tribunal civil de , demeurant en ladite ville.

J'ai huissier soussigné, signifié et en tête de celle du présent, laissé copie à M. , maire de la commune de , remplissant les fonctions d'officier de l'état civil en ladite commune en parlant à qui a visé le présent original :

1^o De la grosse en forme exécutoire du dispositif d'un jugement rendu contradictoirement (*ou par défaut*) entre le requérant et la dame son épouse, par le tribunal civil de , le , enregistré ;

2^o D'un certificat délivré par M^e avoué près ledit tribunal et constatant que le jugement sus-énoncé a été signifié à partie et à avoué, enregistré ;

3^o D'un autre certificat délivré par le greffier dudit tribunal et constatant qu'il n'existe, sur les registres

du greffe de ce tribunal, aucune mention d'opposition ni d'appel contre ledit jugement, enregistré ;

S'il y a eu arrêt ;

3° D'un certificat délivré par le greffier de la cour d'appel de constatant qu'il n'existe sur les registres du greffe de cette cour aucune mention d'opposition contre ledit arrêt, enregistré ;

4° D'un certificat délivré par le greffier de la cour de cassation constatant qu'il n'existe sur les registres du greffe de cette cour aucune mention de pourvoi en cassation contre l'arrêt sus-énoncé, enregistré.

Et j'ai requis ledit sieur en sa qualité, de transcrire le dispositif du jugement sus-énoncé sur les registres de l'état civil de la commune de , en conformité de l'article 252 du Code civil.

Et je lui ai, en ladite mairie, parlant comme dessus, laissé copie des certificats précités et du présent dont le coût est de

(Signature de l'huissier.)

Vu et reçu copie.

27. — Mention à faire sur les registres de l'état civil en marge de l'acte de mariage des époux divorcés.

Le mariage ci-contre est dissous par l'effet du divorce prononcé par jugement rendu par le tribunal civil de , le (*s'il y a lieu :*) et confirmé par la cour d'appel de , le

(Signature de l'officier de l'état civil.)

www.libtool.com.cn

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
TITRE VI DU CODE CIVIL.	1
INTRODUCTION.	13
Du divorce.	
NOTIONS PRÉLIMINAIRES	35
CHAPITRE PREMIER. — DES PERSONNES QUI PEUVENT FORMER UNE DEMANDE EN DIVORCE; — DES FINS DE NON RECEVOIR QUI PEUVENT ÊTRE OPPOSÉES A CETTE DEMANDE.	36
SECTION I. — <i>Des causes de divorce</i>	36
§ 1. — De l'adultère	41
§ 2. — Des excès, sévices ou injures graves.	45
§ 3. — De la condamnation à une peine af- flictive et infamante	50
§ 4. — De la séparation de corps antérieure- ment prononcée	65
SECTION II. — <i>Des personnes qui peuvent former une demande en divorce</i>	83
SECTION III. — <i>Des fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à la demande en divorce</i>	94
CHAPITRE II. — DE LA PROCÉDURE DU DIVORCE. — No- TIONS PRÉLIMINAIRES	107
SECTION I. — <i>De la demande en divorce</i>	113
SECTION II. — <i>Des mesures provisoires et conserva- toires</i>	144
§ 1. — De la personne des époux et des en- fants	144
§ 2. — Des intérêts pécuniaires des époux	160
SECTION III. — <i>De l'instruction</i>	173
SECTION IV. — <i>Du jugement</i>	208

	Page _s
CHAPITRE III. — DES EFFETS DU DIVORCE.	255
SECTION I. — Des rapports personnels des époux entre eux.	257
SECTION II. — Des rapports des époux avec leurs enfants.	273
§ 1. — Des droits des parents	274
§ 2. — Des droits des enfants	281
SECTION III. — Des intérêts pécuniaires des époux.	288
De la séparation de corps.	
NOTIONS PRÉLIMINAIRES.	295
CHAPITRE PREMIER. — DES CAUSES DE LA SÉPARATION DE CORPS ; — DES PERSONNES QUI PEUVENT DEMANDER LA SÉPARATION DE CORPS ; — DES FINS DE NON-RECEVOIR QUI PEUVENT ÊTRE OPPOSÉES A CETTE DEMANDE	299
CHAPITRE II. — DE LA PROCÉDURE DE LA SÉPARATION DE CORPS	304
§ 1. — De la demande	304
§ 2. — Des mesures provisoires et conservatoires	306
§ 3. — De l'instruction	307
§ 4. — Du jugement	310
CHAPITRE III. — DES EFFETS DE LA SÉPARATION DE CORPS.	320
SECTION I. — Des rapports personnels des époux entre eux.	321
SECTION II. — Des rapports des époux avec leurs enfants.	337
SECTION III. — Des rapports pécuniaires des époux.	340
CHAPITRE IV. — DE LA CESSATION DE LA SÉPARATION DE CORPS	359
FORMULAIRE.	369
TABLE DU FORMULAIRE.	397
TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES	399

TABLE DU FORMULAIRE

www.libtool.com.cn

ACTES PARTICULIERS DE LA PROCÉDURE EN DIVORCE

	Pages
1. — Requête en divorce et ordonnance du président pour faire comparaître les époux devant lui. . . .	369
2. — Requête en divorce présentée par le tuteur de l'interdit légal	371
3. — Signification de la requête et de l'ordonnance avec citation à comparaître devant le président. .	372
4. — Ordonnance déterminant le lieu où sera tentée la conciliation, dans le cas où l'un des époux est empêché de comparaître, ou donnant commission pour entendre le défendeur dans le cas où celui-ci est domicilié hors de l'arrondissement.	373
5. — Ordonnance constatant la non-conciliation ou le défaut et autorisant le demandeur à assigner. .	373
6. — Ordonnance qui ajourne les parties.	375
7. — Assignation devant le tribunal.	375
8. — Requête pour obtenir permission de faire apposer les scellés et ordonnance conforme.	377
9. — Requête tendant à la levée des scellés et ordonnance conforme	378
10. — Requête pour obtenir l'autorisation de former une saisie-arrest et ordonnance conforme.	379
11. — Requête pour obtenir la nomination d'un séquestre judiciaire et ordonnance conforme	380
12. — Jugement ordonnant l'insertion d'un avis dans les journaux, dans le cas où la partie défenderesse fait défaut et où l'assignation ne lui a pas été déli- vrée à personne.	381
C. Divorce.	23

13. — Avis à insérer dans les journaux en exécution du jugement ci-dessus	382
14. — Requête tendant à la publication dans les journaux d'un extrait du jugement par défaut, dans le cas où la signification de ce jugement n'a pas été faite à personne et ordonnance	382
15. — Extrait du jugement par défaut à insérer dans les journaux en exécution de l'ordonnance ci-dessus	383
16. — Jugement par défaut prononçant le divorce.	384
17. — Jugement contradictoire qui ordonne une enquête	385
18. — Jugement qui avant de statuer au fond prononce un sursis.	385
19. — Citation pour voir prononcer le divorce.	386
20. — Jugement contradictoire qui prononce le divorce.	386
21. — Jugement de divorce pour cause de condamnation à une peine afflictive et infamante.	387
22. — Qualités d'un jugement contradictoire qui prononce le divorce	388
23. — Extrait d'un jugement de divorce destiné à être inséré aux tableaux exposés dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce, dans les chambres des avoués et des notaires, et publié dans les journaux.	390
24. — Requête présentée au président pour obtenir l'ordonnance à fin d'assigner en cas de demande en conversion et ordonnance	390
25. — Jugement de conversion	391
26. — Signification du jugement prononçant le divorce à l'officier de l'état civil.	392
27. — Mention à faire sur les registres de l'état civil en marge de l'acte de mariage des époux divorcés.	393

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage).

A

Abandon. — L'abandon n'est pas une cause de divorce, 29 ; — *secus* s'il est injurieux, 30, 56 ; — abandon par la femme de la résidence à elle assignée, 177-179.

Absence. — Elle n'est pas par elle-même une cause de divorce, 29.

Administration. — De l'administration des biens des enfants après le divorce, 372.

Acquiescement. — La décision qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement, 294 ; — qu'il s'agisse d'acquiescement exprès ou tacite, 295 ; — il n'y a pas à distinguer entre la disposition principale et les dispositions accessoires, 297 ; — c'est le jugement qui *prononce le divorce* qui n'est pas susceptible d'acquiescement, 297 ; — en matière de séparation de corps, 427.

Action paulienne. — La femme peut attaquer les actes faits par le mari en fraude de ses droits durant l'instance en divorce, 214 ; — sous quelles conditions, 215-216 ; — quels actes sont annulables, 217, 219 ; — effets de l'annulation, 219.

Adultère. — Il est une cause de divorce, 31 ; — sans distinction entre l'adultère du mari et celui de la femme, 31-34 ; — la femme adultère ne peut plus être condamnée

correctionnellement par le jugement de divorce ou de séparation de corps, 279, 428 ; — l'épouse adultère ne peut se remarier avec son complice, 350 ; — l'empêchement est purement prohibitif, 331 ; — peut-il être fait opposition à la célébration du mariage de l'époux adultère avec son complice, 353 ; — après la séparation de corps l'adultère du mari n'est plus punissable, 428.

Ajournement. — Le juge conciliateur peut ajourner les époux, 143-145 ; — il ne peut les ajourner à plus de vingt jours, 146. V. *Assignment*.

Aliénation. — V. *Action paulienne*.

Aliénation mentale. — N'est pas une cause de divorce, 28, 40.

Aliéné. — L'aliéné non interdit défendeur en divorce doit être pourvu d'un mandataire spécial, 150.

Aliments. — Le juge conciliateur statue sur les aliments, 188-192 ; — pendant l'instance, c'est le tribunal qui statue, 196 ; — de la pension alimentaire après un jugement de conversion, 338 ; — l'époux qui a obtenu le divorce a droit à une pension alimentaire, sous quelles conditions, 339 ; — la pension n'est pas due si le divorce est prononcé contre les deux époux, 340 ; — qu'en est-il en cas de conversion, 261, 261 bis, 341 ; — l'époux doit être dans le besoin, 342-343 ; — caractère de la pension alimentaire, 344 ; — *quid*, en cas de nouveau mariage, 345 ; — elle peut toujours être demandée, 346 ; — après la séparation de corps, 443, 445 ; — si l'article 301 est applicable à la séparation de corps, 444 ; — le divorce fait cesser l'obligation alimentaire entre chacun des époux et les parents de l'autre, 334.

Alliance. — L'empêchement de mariage dérivant de l'alliance subsiste après le divorce, 335.

Appel. — N'est pas susceptible d'appel l'ordonnance du président qui ordonne la comparution des parties et statue sur la résidence du demandeur, 180-181 ; — *secus* de l'ordonnance qui statue sur les mesures provisoires et autorise le demandeur à assigner, 194-195 ; — rôle de la

cour d'appel, 199 ; — le droit d'appeler appartient aux deux époux, 200 ; — n'est pas susceptible d'appel l'ordonnance du juge qui autorise les mesures conservatoires, 212 ; — *secus* du jugement de sursis de l'article 246 du Code civil, 268 ; — appel en matière de divorce, 292-293 ; — il est jugé en audience ordinaire, 298 ; — appel d'un jugement de conversion, 299 ; — demandes reconventionnelles en appel, 300 ; — faits nouveaux en cause d'appel, 302 ; — appel en matière de séparation de corps, 417 ; — il est jugé en audience ordinaire, 418.

Assignation. — Autorisation du demandeur à assigner, 142 ; — formes de l'assignation, 155 ; — du délai dans lequel elle doit être donnée, 160-161 ; — elle est nécessaire en cas d'une demande fondée sur la condamnation de l'un des époux, 156 ; — *idem* d'une demande en conversion, 157-159.

Audience. — Les débats d'une demande en divorce ou en séparation de corps ont lieu en audience publique, 252, 409 ; — la décision doit être rendue en audience publique, 264 ; — l'appel est jugé en audience ordinaire, 298, 418.

Autorisation. — L'époux mineur n'a pas besoin de l'autorisation de son conseil de famille ni de l'assistance de son curateur pour intenter l'action en divorce, 153 ; — la femme n'a pas besoin de l'autorisation maritale, 153-154 ; — si l'autorisation du juge est nécessaire pour les mesures conservatoires, 205 ; — la femme séparée de corps n'est pas soumise à l'autorisation maritale, 454, 461.

Avantages matrimoniaux. — L'époux contre lequel le divorce est prononcé perd les avantages que son conjoint lui avait faits, 378-381 ; — la révocation a lieu de plein droit, 382-383 ; — si le divorce est prononcé contre les deux époux, la révocation a lieu contre les deux, 384 ; — qu'en est-il après un jugement de conversion, 385 ; — de l'effet de la révocation à l'égard des tiers, 386 ; — l'époux qui a obtenu le divorce conserve les avantages à lui faits, 388-389 ; — si l'article 299 est applicable en cas de sépa-

ration de corps, 477 ; — si la révocation peut avoir lieu pour cause d'ingratitude, 444 ; — si les donations révoquées revivent par la cessation de la séparation de corps, 478.

Aveu. — L'aveu du demandeur fait preuve des faits de réconciliation, 112 ; — l'aveu du défendeur ne peut faire preuve des causes de divorce, 224.

Avoué. — La requête en divorce doit être rédigée et signée par un avoué, 136 ; — son ministère est obligatoire dans les instances en conversion, 258.

C

Capacité. — La femme séparée de corps recouvre la plénitude de sa capacité civile, 461-462.

Causes. — Causes de divorce, 24-88 ; — l'époux peut, après une réconciliation, intenter l'action en divorce pour causes nouvelles, 114-119 ; — causes de séparation de corps, 395-396.

Certificat. — Certificats à produire par l'époux qui requiert la transcription du jugement de divorce, 319, 321.

Chambre du conseil. — Les débats de la demande en conversion en première instance et en appel ont lieu en chambre du conseil, 256, 299.

Citation. — A comparaître devant le juge conciliateur, 138 ; — ce qu'elle doit contenir, 140 ; — elle doit être délivrée sous pli fermé, 141.

Commission rogatoire. — Pour recevoir la requête en divorce, 134 ; — pour entendre le défendeur, 141.

Communauté. — Le mari, pendant l'instance en divorce, reste le chef de la communauté, 213 ; — le divorce dissout la communauté, 375 ; — la dissolution remonte au jour de la demande, 332, 376 ; — la communauté est dissoute par la séparation de corps, 460 ; — sous quelles conditions elle est rétablie en cas de cessation de la séparation de corps, effets du rétablissement, 490-494.

Comparution. — Le demandeur en divorce doit com-

paraître en personne devant le juge conciliateur, 132 ; — en cas d'empêchement ou s'il réside hors de l'arrondissement, 133-134 ; — *quid* de l'interdit légal, 135, 149 ; — de l'interdit judiciaire, 150 ; — en matière de séparation de corps, 404

Compétence. — L'action en divorce ou en séparation de corps est de la compétence des tribunaux civils, 163, 406 ; — le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur, 166 ; — *idem* en cas de conversion, 168 ; — à quel moment doit être opposée l'exception d'incompétence, 167 ; — demande en divorce entre étrangers, 164 ; — tribunal compétent pour modifier les mesures prescrites dans l'intérêt des enfants, 367.

Complice. — V. *Adultère*.

Compte-rendu. — Le compte-rendu des débats d'une demande en divorce ou en séparation de corps est interdit, 253, 409.

Conciliation. — Elle précède la demande en divorce ou en séparation de corps, 131, 403-404 ; — elle est d'ordre public, 147 ; — elle est nécessaire en cas de demande fondée sur la condamnation de l'un des époux, 148 ; — *secus* en cas d'une demande reconventionnelle, 150 ; — d'une demande en conversion, 151 ; — d'une demande formée au nom de l'interdit légal, 152.

Conclusions. — Les demandes reconventionnelles peuvent être introduites par un simple acte de conclusions, 243 ; — le demandeur en divorce ne peut par des conclusions subsidiaires demander la séparation de corps, 250.

Condamnation. — Afflictive et infamante elle est une cause de divorce, 57 ; — conditions, 60-63 ; — elle est une cause péremptoire de divorce, 70 ; — condamnation correctionnelle, 64-66 ; — condamnation prononcée par un tribunal étranger, 62 ; — condamnation antérieure au mariage, 58.

Conseil de famille. — Son autorisation n'est pas né-

cessaire à l'époux mineur pour intenter l'action en divorce, 153.

Conseil judiciaire. — Le prodigue a besoin de son assistance pour intenter l'action en divorce, 98.

Consentement. — Le divorce et la séparation de corps ne peuvent avoir lieu par le consentement mutuel, 27, 396 ; — le consentement des époux est nécessaire pour faire cesser la séparation de corps, 482-485.

Conventions matrimoniales. — Elles prennent fin par le divorce et la séparation de corps, 375, 460.

Conversion. — La séparation de corps peut être convertie en divorce, 71-73 ; — sous quelles conditions, 73-80 ; — la conversion n'est pas obligatoire pour le tribunal, pouvoir d'appréciation des magistrats, 81-87 ; — la demande en conversion peut toujours être renouvelée, 88 ; — par qui elle peut être demandée, 89-93 ; — l'essai de conciliation n'est pas nécessaire, 151 ; — *secus* de l'assignation, 157-159 ; — tribunal compétent, 168 ; — communication au ministère public et rapport d'un juge, 158 ; — demandes reconventionnelles, 262-263 ; — instruction de la demande en conversion, 255 ; — débats en chambre du conseil, 256 ; — assistance du greffier, 256 *bis* ; — rapport d'un juge, 257 ; — ministère de l'avoué obligatoire, 258 ; — sur quoi peut statuer le tribunal, 259-261 ; — jugement, 264 ; — il ne peut être sursis au prononcé du divorce, 267 ; — opposition, 290 ; — appel, 299 ; — dépens, 311 ; — effets de la conversion par rapport à la pension alimentaire allouée par le jugement de séparation, 338 ; — applicabilité de l'article 301 du Code civil, 341 ; — révocation des avantages matrimoniaux, 385.

Correction. — V. *Enfants*.

Créanciers. — Les créanciers des époux ne peuvent demander le divorce ni la séparation de corps, ni intervenir dans l'instance, 94, 397 ; — ils peuvent former tierce opposition, 303-305.

D

Débats. — Ils doivent avoir lieu en audience publique, mais le huis clos peut être ordonné, 252, 409 ; — en matière de conversion, 255 ; — la reproduction est interdite, 253.

Décès. — Le décès de l'un des époux éteint l'action en divorce et en séparation de corps, 99, 400 ; — durant l'instance et avant la transcription, 100-101 ; — influence du décès de l'un des époux sur les mesures prescrites en faveur des enfants, 369.

Défaut. — V. *Opposition*.

Délai. — Assignment, 160 ; — Opposition, 285-288, 415 ; — Appel, 292, 417 ; — pourvoi en cassation, 306 ; — transcription, 319, 322-323.

Demande en divorce. — Elle est intentée dans la forme ordinaire, 221. V. *Requête en divorce*.

Demande reconventionnelle. — Elle est recevable en matière de divorce et de séparation de corps, 242, 409 ; — elle peut être introduite par un simple acte de conclusions, 243 ; — le défendeur à une demande de séparation de corps ne peut par un simple acte demander reconventionnellement le divorce, 244 ; — *secus* de la demande reconventionnelle en séparation de corps dans une instance en divorce, 245-246 ; — en matière de conversion, 262 ; — en appel, 300, 419.

Démence. — N'est pas une cause de divorce, 28.

Dépens. — En matière de divorce, 310 ; — de conversion, 311 ; — ils sont garantis par l'hypothèque légale de la femme, 312 ; — en matière de séparation de corps, 424.

Désaveu. — Si l'action en désaveu de paternité rejetée constitue une injure grave, 45 ; — du désaveu de l'enfant né depuis le jugement de divorce ou de séparation de corps, 442.

Descendants. — S'ils peuvent être entendus comme témoins dans les enquêtes, 233-234, 409-410.

Désistement. — Désistement d'appel en matière de divorce, 296 ; — en matière de séparation de corps, 427.

Dissolution. — Comment le mariage se dissout, 22.

Divorce. — Historique, 1-14 ; — philosophie, 15-21 ; — définition, 22 ; — causes, 24-88 ; — personnes ayant qualité pour le demander, 89-101 ; — fins de non-recevoir, 102-125 ; — procédure, 126-332 ; — effets, 333-389.

Domicile. — Changement de domicile du mari pendant l'instance en divorce, 167 ; — domicile de l'enfant après le divorce, 354 ; — domicile de la femme séparée de corps, 433.

Dommages-intérêts. — Les prescriptions du jugement de divorce en ce qui concerne la garde des enfants sont sanctionnées par des dommages-intérêts, 368 ; — l'officier de l'état civil qui ne transcrit pas le jugement de divorce peut être tenu de dommages-intérêts, 324.

Donation entre époux. — V. *Avantages matrimoniaux*.

Dot. — La dot reste inaliénable après la séparation de corps, 464 ; — conséquences, 465-468 ; — elle devient prescriptible, 469 ; — elle doit être restituée par le mari, 460.

E

Effets personnels. — Le juge conciliateur statue sur leur remise, 186-187.

Enfants. — Garde provisoire des enfants, 184-185 ; — mesures à prendre à cet égard pendant l'instance en divorce, 196-198 ; — après le divorce, 359-361 ; — pouvoirs du tribunal, 362-363 ; — domicile de l'enfant, 364 ; — droit de surveillance, 365 ; — modifications aux mesures prescrites, 366-367 ; — les mesures cessent par la mort de l'un des époux, 369 ; — droit de correction, 370 ; — droit à l'usufruit légal, 371 ; — administration de leurs biens personnels, 372 ; — droits des enfants sur les biens de leurs parents, 373 ; — entretien des enfants après le divorce, 374 ; — garde des enfants après la séparation de corps, 456-458.

Enquête. — Elle se fait dans la forme ordinaire, 230-231 ; — parents et domestiques des époux, 232 ; — des-

out. descendants, 233-234 ; — alliés, 235 ; — reproches, 236 ; —
e. 13 sur quels faits elle peut porter, 237-239 ; — en matière de
nes de séparation de corps, 409-410.

État. — V. *Questions d'état*.

Étrangers. — V. *Compétence*.

Excès. — Il sont une cause de divorce, 35-36, 41.

Exécution provisoire. — L'ordonnance du juge qui statue sur les mesures provisoires est exécutoire par provision, 194.

F

Faits. — Un fait isolé peut motiver le divorce, 41 ; — appréciation des faits en matière de conversion, 82 ; — faits nouveaux après la réconciliation, 114-119, après la cessation de la séparation de corps, 498 ; — si les témoins peuvent être entendus sur d'autres faits que ceux articulés dans la requête en divorce, 237-239.

Famille. — Le tribunal peut, sur la demande de la famille, confier la garde des enfants à d'autres qu'à l'époux qui a obtenu le divorce, 362-363 ; — la famille peut demander la modification des mesures prescrites dans l'intérêt des enfants, 366.

Fins de non-recevoir. — Abandon par la femme de sa résidence, 177 ; — désistement d'une plainte en adultère, 107 ; — réconciliation, 102-119 ; — prescription, 121-122 ; — torts réciproques, 123-125.

G

Greffier. — Assistance du greffier dans le transport du juge conciliateur, 133 ; — dans les instances en conversion, 256 bis.

H

Héritiers. — Ils ne peuvent ni intenter l'action en divorce ou en séparation de corps ni intervenir dans l'instance, 99-100, 400 ; — ils ne peuvent faire transcrire le divorce, 101.

Huis-clos. — Il peut être ordonné dans les instances en divorce et en séparation de corps, 252, 409 ; — il est obligatoire dans les instances en conversion, 255.

Huissier. — L'ordonnance du juge conciliateur qui ordonne la comparution des époux est notifiée par huissier commis, 138.

I

Infirmités. — Elles ne sont pas une cause de divorce, 28.

Injures. — Elle est une cause de divorce, 35 ; — définition, 38 ; — un fait isolé peut être suffisant, 41 ; — pouvoir du tribunal, 42 ; — différentes espèces d'injures, 43 ; — il n'est pas nécessaire que l'injure soit publique, 44 ; — si l'action en désaveu rejetée constitue une injure, 45 ; — plainte en adultère, 45 ; — lettre injurieuse, 46-47 ; — imputations injurieuses dans le cours de l'instance, 48 ; — injure réelle, 49 ; — ses caractères, refus de procéder à la célébration du mariage religieux, 50 ; — refus du père de faire baptiser ses enfants, changement de religion, 51 ; — refus du rapprochement sexuel, 52 ; — imprudences de conduite, 53 ; — maladie vénérienne, 54 ; — abandon injurieux, 55-56 ; — refus du mari de recevoir sa femme, 57 ; — condamnation correctionnelle, 66 ; — si le fait d'injure doit être postérieur à la célébration du mariage, 58.

Insertion dans les journaux. — Le tribunal peut, avant de statuer sur la demande en divorce, ordonner l'insertion d'un avis dans les journaux, 275 ; — c'est une faculté pour le tribunal, 276 ; — c'est le tribunal qui désigne les journaux, 278 ; — l'article 247, § 1, est inapplicable à la séparation de corps, 413.

Interdit judiciaire. — Le tuteur ne peut demander le divorce au nom de l'interdit judiciaire, 96 ; — il peut demander la séparation de corps, 398.

Interdit légal. — Le tuteur peut demander le divorce et la séparation de corps au nom de l'interdit légal et avec son autorisation, 95, 399.

Interrogatoire sur faits et articles. — Il peut être ordonné en matière de divorce, 224 *bis*.

Inventaire. — Il doit être fait après la levée des scellés, 208 ; — garde des objets inventoriés, 209, 211.

J

Jugement. — Il doit être rendu en audience publique, 264 ; — il doit être affiché et publié, 280-283 ; — il peut être reproduit par la voie de la presse, 254 ; — le jugement de divorce doit être transcrit sur les registres de l'état civil, 314 ; — *secus* du jugement de séparation de corps, 425 ; — ce jugement doit être rendu public, 426.

L

Lettre missive. — Lettre injurieuse, 46-47 ; — production en justice, 226 ; — lettre du conjoint à son conjoint, 227 ; — lettre à des tiers, 228.

M

Maladie. — Elle n'est pas une cause de divorce, 28.

Mariage. — Comment il se dissout, 22 ; — il est dissous par le divorce, conséquences, 333. — V. *Second mariage*.

Mesures conservatoires. — Garantie durant l'instance des droits des époux, 201-206 ; — mesures diverses, 202 ; — si elles doivent être autorisées par le juge, 205 ; — à charge d'en référer, 206 ; — apposition des scellés, 207-211 ; — séquestre, 203 *bis* ; — l'ordonnance du président qui autorise les mesures conservatoires n'est pas susceptible d'appel, 212 ; — en matière de séparation de corps, 408.

Mesures provisoires. — Résidence séparée de l'époux demandeur, 170-179 ; — garde des enfants, 184-185 ; — remise des effets personnels, 186-187 ; — aliments, 188-192 ; — l'ordonnance du président qui statue sur ces mesures est exécutoire par provision et susceptible d'appel, 194-

195 ; — autorité compétente pour modifier ou compléter les mesures provisoires, 196 ; — durant l'instance le tribunal peut d'office statuer sur la garde des enfants, 196 ; — mesures provisoires durant l'instance en séparation de corps, 408 ; — elles cessent de plein droit si la demande n'est pas formée dans les vingt jours qui suivent l'ordonnance qui les prescrit, 160.

Ministère public. — La demande en conversion est communiquée au ministère public, 158 ; — il doit être entendu dans les instances en divorce et en séparation de corps, 251, 409 ; — il peut demander des mesures dans l'intérêt des enfants, 196, 408 ; — il ne peut s'opposer à la célébration du mariage de l'époux adultère avec son complice, 353.

N

Nom. — Par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom, 347 ; — du nom après la séparation de corps, 446-453.

O

Officier de l'état civil. — La transcription du jugement de divorce est faite par ses soins, 318, 324 ; — sa mission, 320 ; — responsabilité, 324 ; — il lui appartient de s'opposer à la célébration du mariage de l'époux adultère avec son complice, 353.

Opposition. — Elle est admise en matière de divorce, 285 ; — délai, 286-289 ; — jugement de conversion, 290 ; — jugement de défaut congé, 298 ; — jugement de sursis de l'article 246 du Code civil, 269 ; — en matière de séparation de corps, 445-446 ; — l'opposition n'est pas admise contre l'ordonnance qui statue sur les mesures provisoires, 195.

Opposition (Tierce). — Elle est recevable en matière de divorce, 303 ; — sous quelles conditions, 304 ; — délai, 305 ; — en matière de séparation de corps, 421.

P

Pension alimentaire. — V. *Aliments*.

Pourvoi en cassation. — En matière de divorce, dé-lai, 306 ; — il est suspensif, 306-308 ; — en matière de séparation de corps, 422.

Préciput. — L'époux contre lequel le divorce a été prononcé perd ses droits au préciput, 379, 389 ; — en matière de séparation de corps, 475-476.

Prescription. — Elle constitue une fin de non-recevoir, 124 ; — prescription applicable, 122.

Présomptions. — Elles sont admises comme preuve en matière de divorce, 229.

Preuve. — Des faits motivant la demande en divorce, 223 ; — aveu du défendeur, 224 ; — serment, 225 ; — preuve littérale, 226-228 ; — preuve testimoniale et présomptions, enquêtes, 229-236 ; — preuve de la réconciliation, 411-413 ; — des faits admis en preuve, 237-244.

Provision ad litem. — C'est le tribunal qui statue sur les demandes en provision *ad litem*, 193.

Publicité. — Les débats sont publics, 252, 408 ; — *secus* en cas de conversion, 255 ; — le jugement est rendu en audience publique, 264 ; — le jugement de divorce doit être publié et affiché, 280-284 ; — sanction du défaut de publicité, 282 ; — influence de la publicité sur la durée de l'action des créanciers pour former tierce opposition, 283 ; — la demande en séparation de corps n'est pas rendue publique, 407 ; — l'article 247, § 3, est inapplicable à la séparation de corps, 413 ; — le jugement de séparation de corps doit être rendu public, 426 ; — *idem* de l'acte qui constate la reprise de la vie commune, 489-492.

Q

Question d'état. — En matière de questions d'état, les notifications faites à la femme séparées de corps doivent également être adressées au mari, 434-439.

R

Réconciliation. — Elle est une fin de non-recevoir, 102, 401 ; — à la demande fondée sur la condamnation de l'époux, 103 ; — elle est expresse ou tacite, 104 ; — cohabitation des époux postérieure à la cause de divorce, 105 ; — grossesse de la femme, 106 ; — désistement d'une plainte en adultère, 107 ; — elle suppose l'intention de pardonner, conséquences, 108 ; — peu importe le moment auquel elle intervient, 109 ; — cette fin de non-recevoir est d'ordre public, 110 ; — preuves de la réconciliation, 111-113 ; — effets, 114-119.

Référé. — Le juge peut en tout état de cause statuer en référé sur la résidence de la femme, 197 ; — *quid* de la garde des enfants, 197 ; — les mesures conservatoires ne sont autorisées qu'à la charge d'en référer, 206.

Régime matrimonial. — Les époux divorcés qui se réunissent ne peuvent adopter un régime matrimonial autre que celui qui régissait leur première union, 357.

Requête. — Mesures conservatoires, 212 ; — publication dans les journaux, 285, 290.

Requête en divorce. — Elle est présentée par le demandeur en personne, 132 ; — en cas d'empêchement, 133 ; — quand il réside hors de l'arrondissement, 134 ; — interdit légal, 135 ; — elle doit être rédigée et signée par un avoué, 136 ; — ce qu'elle doit contenir, 137.

Requête en séparation de corps. — Elle n'a pas besoin d'être présentée par le demandeur en personne, 404.

Requête civile. — Elle est admise en matière de divorce et de séparation de corps, 309, 423.

Résidence. — De l'époux demandeur en divorce, 170-176, 183 ; — la femme ne peut quitter la résidence à elle désignée, sanction, 177-181 ; — pouvoir du juge du référé, 196 ; — après la séparation de corps, 431.

Rétroactivité. — Jugement de divorce, 331-332 ; — effet de la transcription, 329-330.

S

Saisie-arrêt. — Mesure conservatoire, 202 ; — si elle doit être autorisée par le juge, 205.

Scellés. — Apposition des scellés, 202, 207 ; — si elle doit être autorisée par le juge, 205 ; — mainlevée des scellés, 208.

Second mariage. — Effet d'un second mariage sur la pension alimentaire, 345 ; — les époux divorcés peuvent contracter une nouvelle union, 348 ; — délai pour la femme, 349 ; — époux adultère, 350 ; — les époux divorcés peuvent se réunir, 354 ; — conditions, 355 ; — ils ne peuvent plus demander le divorce, exception, 356.

Séparation de corps. — Définition et historique, 390-393 ; — causes, 395-396 ; — personnes pouvant la demander, 397-400 ; — fins de non-recevoir, 400-404 ; — procédure 402-428 ; — effets, 429-478 ; — cessation, 479-498.

Séparation de biens. — Elle est la suite de la séparation de corps, 460 ; — si elle remonte au jour de la demande, 470 ; — elle ne cesse pas de plein droit par la réunion des époux, 490.

Séquestre. — Mesure conservatoire, 203 bis ; — autorisation du juge, 205 ; — à la charge d'en référer, 206.

Serment. — Preuve des faits de divorce, 225 ; — preuve des faits de réconciliation, 113.

Séances. — Ils sont une cause de divorce et de séparation de corps, 34, 394 ; — définition, 37 ; — fait isolé, 41.

Succession. — Le divorce fait perdre aux époux leurs droits de succession réciproque, 377 ; — en matière de séparation de corps, 471 ; — effet de la cessation de la séparation de corps, 497.

Sursis. — Le tribunal peut surseoir au prononcé du divorce, 265 ; — dans quel cas et pendant combien de temps, 266, 272 ; — en cas de conversion, 267 ; — le jugement est susceptible d'appel, 268, d'opposition, 269 ; — effets du sursis, 271 ; — peut-il être ordonné en appel, 271 ; — expi-

17

ration du délai, 273-274 ; — en matière de séparation de corps, 413.

T

www.libtool.com.cn

Témoins. — V. *Enquête*.

Torts réciproques. — S'ils constituent une fin de non-recevoir, 123-125,

Transcription. — Du jugement de divorce, 314-317 ; — à la diligence de qui est faite la transcription, 318, 322 ; — les héritiers ne peuvent faire transcrire, 101 ; — dans quel délai elle doit être requise, 319, 322-323 ; — pièces à produire, 319-321 ; — elle est faite par les soins de l'officier de l'état civil, 324 ; — effets de défaut de réquisition 325-326, 328 ; — la nullité est absolue, 327 ; — effets de la transcription, 329-330 ; — le jugement de séparation de corps n'a pas besoin d'être transcrit, 425.

Transformation. — De la demande en divorce en demande de séparation de corps, 248-249 ; — *quid* en appel, 301 ; — en matière de séparation de corps, 411.

Tuteur. — V. *Interdit*.

U

Usufruit légal. — Il n'appartient pas à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, 371 ; — *quid* en matière de séparation de corps, 459.

P

149

40 255STQ2 53 004 7 ER

5325

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

JTI HCZ DAc

Code du divorce et de la separ

Stanford Law Library



3 6105 044 519 986

