21011

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DU

DIVORCE

EN DROIT ROMAIN

ET DANS L'ANCIEN DROIT

DE LA SÉPARATION DE CORPS

SUIVANT LE CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

Par M. Joachim FERRAN

Avocat à la Cour d'appel.

TOULOUSE

IMPRIMERIE MODERNE J. FOURNIER & Cie

8, Rue Dutemps, 8

—

1881

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

MEIS!

ET, SI QUI SINT,

AMICIS!

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM. Bonfils, Doyen.

Dufour ✲, Doyen honoraire, Professeur de Droit Commercial.

Molinier, O. ✲ Professeur de Droit Criminel.

Bressolles ✲, Professeur de Droit Civil.

Massol ✲, Professeur de Droit Romain.

Ginoulhiac, Professeur de Droit Français, étudié dans ses origines féodales et coutumières.

Huc, Professeur de Droit Civil.

Poubelle, Professeur de Droit Civil, en congé.

Rozy, Professeur de Droit Administratif.

Bonfils, Professeur de Procédure Civile.

Arnault, Professeur d'Economie politique.

Delloume, Professeur de Droit Romain.

Humbert ✲, Professeur honoraire.

Paget, Agrégé, chargé du cours d'Histoire générale de Droit.

Campistron, Agrégé, chargé du cours de Droit Civil.

Bressolles (Joseph), Agrégé, chargé du cours de Droit Romain.

Vidal, Agrégé.

Wallon, Agrégé, chargé du cours de Droit des Gens.

M. Moussu, Secrétaire Agent Comptable.

Président de la Thèse, M. Massol.

Suffragants { MM. Molinier. Ginoulhiac. Paget. Wallon.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

INTRODUCTION

LE DIVORCE AVANT LES ROMAINS

I

INTRODUCTION

LE DIVORCE AVANT LES ROMAINS

I

Avant d'examiner le divorce dans la société romaine, aux origines de laquelle nous aurons à signaler le caractère relativement libéral que lui imprima Romulus, nous tracerons rapidement son histoire dans l'antique Orient, où la civilisation brilla durant une longue série de siècles d'un merveilleux éclat, avant d'atteindre dans sa marche constante vers l'Occident le continent européen, sur lequel elle fit surgir successivement

Athènes et Rome, devenues à leur tour le foyer initiateur des nations modernes.

Le divorce est aussi immémorial dans la vieille humanité que l'institution sacrée du mariage. Il remonte donc, comme nous le verrons bientôt dans la Bible, à l'ère patriarcale. Avant cette période, qui marque la première étape de l'organisation sociale et du progrès, la communauté des femmes existait à peu près partout (1). Diodore de Sicile la retrouve au sud de l'Ethiopie, au milieu des peuplades des îles sauvages (Canaries) qui, dit-il, avaient le mieux conservé les traditions et les usages primitifs.

Quand le groupement des chefs de famille et de tribu, favorisé par l'esprit de conquête, eut constitué un pouvoir central et donné naissance à l'Etat, le mariage fut conservé comme base de l'édifice social; les divers législateurs l'entourèrent de toute leur sollicitude, mais en même temps, corroborant l'antique et patriarcale omnipotence du chef de famille, ils consacrèrent en faveur du mari le droit de répudiation, le refusant au contraire à la femme qui ne l'obtint jamais du reste dans les législations asiatiques ni dans leurs dérivées.

On l'a dit souvent, les législations de l'antiquité ne furent guère qu'une application a la vie positive des croyances religieuses. Voyons donc comment les vieux dogmes de l'Orient parlèrent de la femme; nous nous

(1) *Sic.* Gide, p. 16.

expliquerons ainsi sa condition sociale, sa place humiliée au foyer domestique et les lois du divorce toutes faites contre elle.

Si, remontant dons la nuit des âges, nous interrogeons les livres sacrés de l'Inde Brahamanique, cette grande et majestueuse aïeule des nations, nous y rencontrerons sans doute au milieu de l'exposé général de la création, telle que les vieux Brahmanes l'avaient rêvée, un passage plein d'aménité et de tendre respect au sujet de la femme: « *Ne frappez pas une femme fût-elle cent fois coupable, pas même avec une fleur* » (1); mais cette gracieuse sollicitude s'adresse également à tous les objets de la nature : au papillon, à la fleur, à l'arbre, aux animaux, au règne minéral lui-même, témoin le fleuve sacré du Gange: car toute la création est peuplée d'esprits célestes, de divinités qui se cachent sous la matière inanimée ou dans l'enveloppe de chacun des êtres, selon une hiérarchie savamment combinée, à la tête de laquelle, sur la terre, figure l'homme... Roi majestueux!

Veut-on savoir la place attribuée à la femme dans ce panthéisme universel et dans cette échelle des êtres? On en jugera par ces mots, qui font suite au texte précédent où Brahma recommande de ne pas frapper la femme même avec une fleur : « *Et tu ne frapperas pas non plus avec une fleur...* LA VACHE!

Quelle comparaison et quelle chûte!

(1) Voir les lois de Manou.

Passons maintenant au droit religieux pratique, nous acheminant ainsi peu à peu vers le domaine plus positif encore des lois civiles.

Tandis que l'homme offre à Brahma des sacrifices toujours favorablement accueillis, la femme est écartée dédaigneusement des temples; elle n'a même pas le droit de prier. Tout son mérite et le seul moyen d'obtenir après sa mort la béatitude, c'est de servir son mari, qui du reste ne doit pas lui ménager ici-bas sa surveillance perpétuelle et jalouse.

« Les femmes sont privées des saintes lois et des prières ; il n'y a pour elles ni sacrifices, ni jeûne, ni pratiques pieuses; leur zèle à servir un époux leur tient lieu des devoirs religieux, et le soin de leur ménage remplace pour elles l'entretien du temple (Manou, II, 67 et s. IX, 15 et s.). »

« Brahma a mis dans le cœur des femmes l'amour de leur lit, de leur siège et de leur parure, la colère, la méchanceté, les penchants pervers, les plus détestables désirs. A cause de ce naturel que le Créateur leur a donné en partage, les maris doivent exercer sur elles la plus grande surveillance ; jour et nuit qu'ils les tiennent dans la dépendance ; jeunes ou vieilles, on ne leur laissera rien faire au gré de leur volonté (*Ibid.*, 147, X et IX, 2, 10). »

Le Digeste *of Hindu law* nous a transmis un tableau fort curieux représentant un ménage indien : « La femme c'est la maison; un intérieur qu'elle n'embellit pas n'est pas une maison..... Qu'elle éloigne du toit conjugal toute chose impure, qu'elle évite de parler à tout

autre homme qu'au sien, qu'elle ne converse pas surtout avec un prétendu mendiant, qu'elle ne sorte pas au crépuscule et ne s'amuse pas en route en allant au puits public, qu'elle s'abstienne de viandes et de liqueurs spiritueuses, qu'elle ne se laisse aller ni aux folles dépenses, ni à la paresse, ni à l'humeur sombre; quand ses hôtes et son mari seront satisfaits, elle pourra, avec la permission de celui-ci, manger les restes du repas en particulier; qu'elle n'entre pas au lit les pieds non lavés, qu'elle n'y entre ni nue ni sans saluer avec respect les pieds de son mari; elle lui parlera avec affection, ne demeurera pas assise lorsqu'il est debout. Elle doit lui laver les pieds, le masser, l'éventer, l'essuyer quand il souffre de la chaleur..... (1) »

On sait que les femmes indiennes se précipitaient sur le bûcher qui consumait le cadavre de leur époux: « Celle qui suit son mari en un autre monde, habitera dans une région de joie..., elle y jouira avec lui aussi longtemps que dureraient quatorze règnes du dieu Indra. Si *son Seigneur* meurt dans une autre contrée, que la veuve fidèle mette ses sandales sur la poitrine et, pure, entre dans le feu. » (*Ibid.*, II, 451, 455). C'est bien là un des traits des hommes de l'Orient, raffinant la jalousie jusqu'à vouloir que la femme aimée suive son mari même dans la mort (2)!

(1) Digest., of Hindu, law. II, I, 35).

(2) Ce trait des mœurs indiennes se retrouve chez les Germains comme un des remarquables vestiges de la parenté indéniable de la grande race indo-européenne.

Par suite de leur infériorité originelle, les femmes étaient déclarées indignes de rendre témoignage en justice, « *car elles sont la fausseté même* » (Manou, 147, X et IX, 2, 10). On les tenait soumises à une tutelle perpétuelle (1).

« Une femme est sous la garde de son père pendant son enfance, sous la garde de son mari pendant sa jeunesse, sous la garde de ses enfants dans sa vieillesse; elle ne doit jamais se conduire à sa fantaisie. » (*Ib.*, IX, 3).

L'injuste dédain dont les lois indiennes flétrissaient la femme avait engendré deux coutumes également humiliantes pour elle : la polygamie et le concubinat. Manou les tolère sans hésitation (voir liv. IX, 85, 86, 87, 149).

On devine aisément quel doit être le caractère du divorce sous la main de ce législateur. L'homme seul possèdera le droit de répudiation, au gré de ses caprices, et sans recours possible de la part de la femme à une autorité quelconque :

72. — « Même après l'avoir épousée régulièrement, un homme doit abandonner une jeune fille ayant des marques funestes, ou malade, ou polluée, ou qu'on lui a fait prendre par force. »

73. — « Si un homme donne en mariage une fille ayant quelques défauts sans en prévenir, l'époux peut annuler l'acte du méchant qui lui a donné cette jeune fille. »

77. — « Durant une année entière, qu'un mari sup-

(3) Comme plus tard les femmes de la Grèce et de Rome.

porte l'aversion de sa femme; mais après une année, si elle continue à le haïr, qu'il prenne ce qu'elle possède en particulier, lui donne seulement de quoi subsister et se vêtir et cesse d'habiter avec elle. »

80. — « Une femme adonnée aux liqueurs enivrantes, ayant de mauvaises mœurs, toujours en contradiction avec son mari, attaquée d'une maladie incurable comme la lèpre, d'un caractère méchant et qui dissipe son bien, doit être remplacée par une autre femme. »

81. — « Une femme stérile doit être remplacée dans la huitième année; celle dont les enfants sont tous morts, la dixième; celle qui ne met au monde que des filles, la onzième; et celle qui parle avec aigreur, sur le champ. »

83. — « La femme remplacée légalement, qui abandonne avec colère la maison de son mari, doit à l'instant être détenue ou répudiée en présence de la famille réunie. »

II

Pour continuer l'examen des lois relatives au divorce, suivons la Civilisation qui, selon toutes les vraisemblances, partie de l'Inde, s'embranche, se bifurque, d'un côté vers les rives du Nil, de l'autre vers l'Asie centrale et les côtes de la Méditerranée. Malheureusement nous manquons de documents certains pour reconstituer le grand édifice de l'histoire de ces peuples qui ont vécu où étaient Persépolis, Ninive et Babylone, dont il ne reste aujourd'hui que des ruines. Il nous est donc impossi-

ble de savoir exactement quelle était dans ces puissants royaumes la législation spéciale au divorce.

Selon toutes les apparences, il fut chez ces peuples comme dans l'Inde, un instrument d'oppression entre les mains de l'homme contre sa compagne. Cette opinion s'appuie sur l'uniformité permanente (1), même à travers les âges, des mœurs et des coutumes des races asiatiques, qui ne voient dans la femme qu'un être destiné à leurs plaisirs ou à entretenir leur paresse.

Parmi les monuments de l'ancienne Egypte, on ne trouve rien non plus qui puisse nous renseigner sur les règles du divorce; mais nous savons d'une façon positive que la polygamie existait dans cette antique contrée. « Les prêtres, rapporte Diodore de Sicile dans son livre sur l'Egypte (2), ne peuvent épouser qu'une seule femme, mais tout autre peut en épouser autant qu'il lui plaît. Dans la vue d'augmenter la population, dont l'accroissement est un des plus grands moyens de prospérité pour les villes et les campagnes, les parents sont tenus de nourrir tous leurs enfants, *aucun d'eux n'est réputé bâtard, lors même qu'il est né d'une femme achetée à prix d'argent* .»

De ces derniers mots on peut induire *que le concubinat était pratiqué chez les Egyptiens comme la polygamie.*

(1) « Les hommes sont supérieurs aux femmes à cause des qualités par lesquelles Dieu a élevé ceux-là au-dessus de celles-ci... Vous réprimanderez celles dont vous aurez à craindre la désobéissance, vous les reléguerez dans des lits à part; vous les battrez..... » (Koran IV., 38). — Comp. aussi Confucius.

(2) T. 1er, p. 162.

La pluralité des épouses et l'existence du sérail rentrant d'une façon naturelle dans les mœurs de l'Orient, et indiquant l'omnipotence et l'absolutisme du mari, on peut affirmer que lui seul avait le droit de répudiation dans l'Egypte et dans les diverses nations de l'Asie.

III

Le divorce se révèle chez les Hébreux avec le même caractère dédaigneux pour la femme, accompagné de la polygamie et du concubinat. Saint Augustin (1) excuse les patriarches d'avoir épousé plusieurs femmes, en disant : « Ils l'ont fait par une permission particulière de Dieu. » Le pape Innocent III et les plus célèbres canonistes invoquent aussi à ce sujet une dispense spéciale et « une révélation divine (2). »

Les textes de la Bible abondent touchant la polygamie et le concubinat (3) ; nous nous bornerons à citer Salomon et ses mille concubines. L'abbé Fleury, constatant ce vice du grand roi, confesse « que les sujets suivirent son mauvais exemple (4). »

Outre la polygamie et le concubinat, la femme juive

(1) Lib. 2, *advers.*, Fraust.

(2) Dictionnaire ecclésiastique et canonique, par une société de religieux et de jurisconsultes, *verbo polygam.*

(3) Genèse IV, 21-22, chap. 25 ; ch. 26, 9, 26, 34 ; — Rois, ch. 1 et 18.

(4) *Mœurs des Israélites*, page 127; — Pastoret, *Moyse législateur*, — Salvador, *Institutions de Moyse*, 2e vol.

devait supporter l'humiliante coutume du Lévirat, qui existait également dans l'Inde. Deux passages de la Bible contiennent sur la femme des mots fort durs qui rappellent involontairement le mépris dans lequel la tenaient les dogmes de Brahma. « J'ai cherché la sagesse » et voici ce que j'ai trouvé. J'ai trouvé que la femme, » dont le cœur est comme un piège et dont la main » est comme des lacets, est plus redoutable que la » mort. » — « *Voici ce que j'ai cherché partout,* continue le roi-prophète, *mais je ne l'ai point trouvé : j'ai bien trouvé un homme entre mille, mais pas une femme entre toutes.* » (*Ecclésiast.*, VII; 26, 28.)

Les Juives étaient d'ailleurs, comme les femmes indiennes, déclarées indignes de porter un témoignage en justice (1).

C'est de l'ensemble de ces mœurs, indignes du peuple de Dieu, et de ces mauvaises coutumes, contractées par les Hébreux au contact sensuel des populations des bords de l'Euphrate et de l'Egypte (2), que l'on a pu dire, selon le mot célèbre de Jésus (3) rappelant aux Pharisiens la loi primitive et divine : « Moyse les a tolérés *propter duritiem cordis, sed anteà non fuit sic.* »

Les exemples relatifs au divorce abondent dans l'histoire juive. Dans l'âge patriarcal, le cas le plus connu et le plus touchant est celui de la répudiation d'Agar par Abraham.

(1) Pasteret, *Moyse législateur ; — sic.*, Gide.

(2) D'après saint Jean Chrysostôme, les Hébreux auraient contracté l'habitude du divorce chez les Egyptiens.

(3) Saint Mathieu, 19.

Le Deutéronome contient dans son chapitre 24 le principal texte relatif au divorce : « Quand un homme aura pris une femme et qu'il se sera marié avec elle, s'il arrive qu'elle ne trouve pas grâce devant lui, parce qu'il aura trouvé en elle quelque chose de honteux *(propter aliquam fœditatem)*, il lui écrira une lettre de divorce, et, la lui ayant mise entre les mains, il la renverra hors de sa maison. »

Lorsque la femme était absente, le mari pouvait néanmoins la répudier en remettant le libelle de divorce à ses parents ou à ses esclaves. Une coutume minutieuse prescrivait au mari d'écrire très-exactement dans le libelle les nom, prénoms et qualités de l'épouse, la moindre erreur aurait annulé la répudiation (1).

En dehors de ce formalisme rigoureux, le mari n'avait à rendre compte devant aucun tribunal des motifs de son divorce.

Quant à la Juive, à l'exemple des femmes du reste de l'Orient, elle n'eut jamais le droit de répudier son époux. Dans tout le monde hébraïque on ne trouve qu'un seul exemple contraire à cette règle ; il est rapporté par Josèphe (2). Mais le célèbre historien s'empresse de faire remarquer qu'un tel cas est en opposition flagrante avec la loi de Moyse. Cette infraction fut l'œuvre de Solomé, sœur d'Hérode, laquelle répudia Castobore, sous le règne d'Auguste.

(1) Voir dans Pastoret : *Moyse législateur*, un exemple très-curieux d'une de ces lettres de répudiation.

(2) Antiq. Jud., L. XV, cap. II.

Cependant les Juifs, préoccupés avant tout de la santé publique, de la vigueur et de l'originalité de leur race, permirent de bonne heure aux femmes des lépreux d'abandonner le toit conjugal. Peu à peu on pratiqua la même tolérance pour bien d'autres cas de maladies contagieuses; on décida même qu'il suffirait, pour autoriser la séparation, que le mal rendît aux époux la vie commune intolérable, par exemple si l'homme était affligé d'un polybe, si sa bouche ou le nez exhalaient une odeur fétide (1). D'après quelques rabbins on aurait proscrit en masse certaines catégories de maris, en permettant à leurs femmes de vivre éloignées d'eux; on citait parmi ces déshérités : les corroyeurs, les fondeurs, les mineurs et autres gens que leur métier imprégnait d'une odeur nauséabonde. Pour le dire en passant, n'est-ce pas dans cette coutume que les canonistes chrétiens trouveront un jour le germe de la séparation d'habitation, devenue dans notre Code civil la séparation de corps ?

IV

La Grèce (2), que la civilisation rencontra la première

(1) Sic. Pastoret, *loc. cit.*

(2) Les Grecs les plus célèbres ont visité l'Egypte : Orphée, Musée, Homère, Lycurgue, Pythagore, Solon, Platon, Eudoxe le géomètre, Démocrite d'Abdères, etc. ; ils en ont rapporté les principales doctrines et la majeure partie de leur mythologie (*Sic* Diodore de Sicile, t. I, XCVI).

en abordant nos climats d'Europe, fit de bonne heure et d'instinct, un triage dans les coutumes transmises de l'Orient, élaguant celles qui étaient incompatibles avec l'esprit et le tempérament de sa race. Déjà au temps d'Homère la femme se transfigure dans la réhabilitation. Au sein de l'Orient, elle était exclue du temple (1) et des sacrifices; au contraire les poètes grecs nous la montrent aimée des dieux, rendant des oracles en leur nom, prêtresse même, dans la figure d'Iphygénie.

Alors apparut, pour la première fois dans le monde, la monogamie, marque distinctive des mœurs européennes. Le concubinage fut chassé à son tour, du moins loin du toit conjugal (2).

Dans un gracieux tableau de l'Odyssée, nous voyons bien Pénélope assise au milieu d'un groupe de femmes qui l'aident à tisser sa toile sans cesse inachevée; mais celles-ci n'ont rien de commun avec les courtisanes du sérail asiatique ; ce ne sont que des servantes, esclaves humbles et fidèles. Si dans la Grèce les mœurs permettent encore à l'homme de fréquenter des femmes autres que son épouse légitime, remarquons la distance qui sépare la concubine asiatique, toujours dépendante, avilie, des courtisanes de la Grèce, de la fière

(1) Sauf en Judée.

(2) Platon a dit dans son Banquet un mot qui prouve à quel degré de respect parvint l'épouse grecque parlant du couple nuptial il dit : les deux moitiés n'ont fait qu'un dans un monde intérieur, et, conservant un vague souvenir de leur unité primitive, elles se cherchent, se reconnaissent et voudraient toujours s'unir ». N'est-ce pas une poétique intuition de l'indissolubilité du mariage ?...

Aspasie, si libre, si rehaussée, si honorée en quelque sorte par la fréquentation des philosophes, des poètes et des hommes d'Etat. Le concubinat lui-même s'épurait en quelque sorte en attendant sa complète disparition du milieu des nations européennes, grâce au Christianisme.

Attendons-nous à voir la législation du divorce se transformer un jour en faveur de la femme grecque et lui permettre d'exercer, elle aussi, le droit de répudiation.

Ce mémorable changement dans le droit civil s'opéra à Athènes, sous la main de Solon. (Voir les lois athéniennes.)

Environ cent ans plus tard, le même souffle libéral qui avait dispersé les lois de Dracon et anéanti les privilèges des Eupatrides, passait sur la société romaine pour y détruire également les immunités exorbitantes de la caste patricienne. La loi des Douze-Tables, qui émergea de ce vaste mouvement populaire, proclama elle aussi le droit de divorcer en faveur des femmes romaines.

Cette réforme avait été pressentie ou du moins préparée par Romulus, dont nous allons étudier l'œuvre très originale par rapport au divorce.

Telle est du moins notre opinion : elle nous a été suggérée par l'étude comparée des législations antiques avec le droit romain; nous allons essayer de la justifier.

DROIT ROMAIN

DU DIVORCE DANS LA SOCIÉTÉ ROMAINE

PREMIÈRE PÉRIODE

LE DIVORCE DEPUIS L'ORIGINE DE ROME JUSQU'A LA LOI DES DOUZE-TABLES.

I

Malgré les ingénieuses et savantes investigations des Cujas, des Vico, des Montesquieu, des Nieburh, des Micali, des Ampère, le problème des origines de Rome est resté mystérieux.

Au surplus, les Romains eux-mêmes n'étaient pas mieux orientés que nous sur cette question, puisque, d'après Plutarque, leurs annalistes du temps d'Ennius racontaient la naissance du peuple romain suivant treize versions différentes.

Quoi qu'il en soit de ces incertitudes, selon toutes les vraisemblances, Rome existait bien avant Romulus, habitée par une population modeste et obscure, venue un peu de toutes parts : de l'Etrurie, du Latium et de la Grande Grèce, laquelle peut-être avait fourni les premiers colons à l'Italie, la rattachant ainsi à l'Hellade et par suite à la civilisation de l'Orient, dont la Grèce formait le point de jonction sur le continent européen.

Mais Romulus, comme la plupart des conquérants de l'antiquité, prêtre et législateur avant tout, ne se contenta point d'une gloire viagère : il organisa son peuple en vue de l'avenir.

Sans vouloir examiner ici les diverses institutions sur lesquelles il s'appliqua à asseoir la société romaine, il importe de signaler particulièrement l'organisation de la famille qui lui parut être, avec raison, la base de son édifice.

Il arma l'autorité paternelle d'une puissance absolue sur les esclaves et sur les enfants même devenus majeurs, et il assimila à ces derniers la femme, l'épouse elle-même, sans écarter toutefois en ce qui concerne celle-ci tout recours à l'équité.

Romulus comprit justement qu'il était essentiel de

ne pas condamner la mère de famille à la sujétion humiliante qui avait pesé sur elle à des degrés divers soit dans l'Orient, soit dans le gynécée de la Grèce, soit même au sein des populations au milieu desquelles Rome avait surgi, et qui avaient sans nul doute les mêmes mœurs et usages que les nations auxquelles les rattachait leur filiation historique. Dans son génie intuitif, Romulus sentit que relever l'épouse au foyer domestique, c'était préparer une race fière, courageuse et conquérante, qui soumit effectivement le monde, et resta dans l'histoire le modèle du patriotisme et des mâles-vertus.

Une des principales réformes par lesquelles Romulus voulut opérer le rehaussement de la femme porta sur la vieille et inique institution du divorce.

A cet effet, il édicta une loi mémorable que nous rapporte Plutarque, son naïf et fidèle biographe.

« Leges quoque Romulus nonnullas tulit, ex quibus « illa dura est, quæ mulieri non permittit discedere à « marito ; permittit autem marito illam repudiare, vel « veneficio sublatis liberis, vel subditis clavibus, vel « adulterio admisso. Sin alia de causa domo exegerit « eam, partem mariti bonorum attribuit mulieri, par- « tem Cereri consecrari jussit. Qui repudiasset uxo- « rem suam deos manes placaret. »

L'économie de cette loi est bien simple. Romulus

(1) Denys d'Halicarnasse a cru que le divorce n'existait pas primitivement à Rome à cause du caractère sacré de la *confarreatio* ; mais c'est là une erreur justifiée par la seule existence de la *diffarreatio*.

réduit à trois cas les causes de la répudiation : l'empoisonnement des enfants par la femme, son adultère, et le vol perpétré par elle au préjudice du mari. Si celui-ci se permet de chasser sa compagne pour tout autre motif, l'autorité publique (chose inouïe jusqu'alors) intervient ; tous ses biens sont confisqués ; la femme en reçoit la moitié à titre de dommages-intérêts ; l'Etat perçoit l'autre moitié, et le coupable subit même une peine corporelle, puisque sa personne est vouée aux dieux infernaux, en d'autres termes frappée d'une véritable excommunication.

Donc, loin d'être « un peu dure » à l'égard des femmes, comme le suppose Plutarque, cette loi apporta une bien sensible amélioration à leur sort, si nous nous rappelons leur condition chez tous les autres peuples de l'antiquité, où l'homme avait pu et pouvait encore chasser son épouse au gré de son caprice, sans avoir à rendre des comptes à personne, à nul pouvoir public, sans encourir la moindre pénalité.

Il semble que Romulus aurait voulu pousser sa réforme, si hardie déjà, jusqu'à donner à la femme le droit de divorcer ; mais cette innovation inouïe aurait rencontré dans les mœurs et les coutumes de l'époque un obstacle insurmontable. L'atteinte grave que la loi précitée portait au vieux despotisme marital, allait comme une brèche, donner accès dans l'union conjugale à l'idée de justice. Le temps va se charger de la développer, jusqu'au jour de son éclosion et de sa consécration définitive par la loi des Douze-Tables.

II

Conformément à la même pensée réformatrice, il fut arrêté à Rome que tout divorce serait précédé d'un essai de conciliation, préliminaire protecteur pour la femme et complètement inconnu dans les autres législations anciennes. A cet effet, dit Valère Maxime (II, 116), les deux époux devaient se rendre au sanctuaire de Junon Viriplaca, élevé *ad hoc* sur le mont Aventin. C'est probablement par suite des miraculeuses réconciliations opérées par la bonne déesse qu'elle reçut son nom pittoresque de Viriplaca. L'invention devait en effet produire de merveilleux résultats. Combien de fois, et à Rome aussi sans doute, les discordes entre époux reposent sur des malentendus, des bruits sans fondement, des calomnies répandues par la malveillance, et que des explications libres et loyales suffisent pour faire évanouir !

Si le préliminaire de conciliation venait à échouer, le mari ne pouvait pas répudier son épouse sans observer une nouvelle formalité, également inconnue partout ailleurs qu'à Rome. Il était tenu de traduire sa femme devant le tribunal domestique, sous peine d'infamie. Valère Maxime (liv. 2, ch. 9) raconte que les censeurs exclurent du Sénat Antonius, parce qu'il

avait répudié sa femme sans soumettre au préalable ses griefs au tribunal de famille.

III

L'institution des tribunaux domestiques n'appartient pas essentiellement aux Romains. Autant qu'il est possible de connaître les traditions orientales, elle se retrouve chez tous les peuples. M. Pastorel (1) la signale dans le monde hébraïque : « Une puissance absolue, dit-il, résidait dans les mains du père de famille avant que les Hébreux eussent reçu la loi divine. Chef et protecteur de la famille, il en fut le magistrat suprême. Conduits à son tribunal domestique, les enfants coupables entendaient la bouche paternelle régler le châtiment qu'ils avaient mérité. L'arrêt était irrévocable, eût-il prononcé la peine de mort. »

D'autre part Champollion, dans ses lettres très-originales sur l'Egypte et la Nubie, fait la description d'un tableau qui représente le tribunal domestique jugeant un esclave coupable d'avoir volé du raisin pendant les vendanges (2).

Kandasvani Palavar nous dit qu'il existait dans l'Inde brahmanique quinze espèces de tribunaux, parmi les-

(1) *Moyse Législateur.*

(2) Voy. Champollion Figeac, *Egypte ancienne*, page 186.

quels le tribunal domestique, composé des membres les plus âgés de la famille. D'après notre auteur, cette juridiction remontait à l'époque la plus reculée ; elle surveillait la conduite des serviteurs, des apprentis et des femmes.

Manou adopta en effet cette patriarcale institution, qu'il consacra dans son Code (1).

Les peuples primitifs du continent européen connaissaient également les tribunaux domestiques ; par exemple les Germains, au témoignage de Tacite (*de mor.*, Germ., C. XIX). — Tout porte à croire qu'il faut en dire autant des Gaulois.

Les Grecs ont eu eux aussi leurs tribunaux domestiques, suivant l'autorité de Platon (Lois, IX).

Universellement répandue, selon toutes les vraisemblances, comme un des vestiges de la puissante organisation de l'autorité paternelle durant la période patriarcale, cette institution fut aussi en vigueur dans l'Italie primitive, y compris la modeste nationalité assise sur les bords du Tibre avant l'arrivée de Romulus (2).

En résumé ce dernier ne fonda pas le tribunal domestique à Rome ; mais il faut affirmer que du moins il en modifia la composition dans le cas où il devait connaître du divorce. En général, c'est-à-dire quand le comparant était un esclave ou un des enfants appartenant à

(1) *Lois de Manou*, IX, 83, VIII, 299.

(2) On retrouve le tribunal de famille encore de nos jours au Japon. Bousquet : *Revue des Deux-Mondes*, juillet 1875. Comparez notamment la puissance paternelle des anciens Lucumons de l'Etrurie avec celle des patriciens romains.

la famille, le tribunal domestique, suivant la tradition et les règles du droit romain relatives à la parenté civile, se composait du chef de famille, du *paterfamilias* entouré de ses agnats.

Mais s'il s'agissait d'une répudiation, la loi romaine avait décidé que le *paterfamilias* était obligé d'appeler à siéger à ses côtés non-seulement ses agnats, mais encore les parents, les cognats de la femme et même ses simples amis.

Cette innovation décèle encore une fois la pensée du réformateur romain et sa vigilante sollicitude en faveur de la femme.

IV

Lorsque le tribunal domestique avait connu des raisons pour lesquelles le mari voulait divorcer, toutes les difficultés n'étaient pas encore aplanies, et la répudiation trouvait un dernier obstacle dans les formalités particulières dont on avait eu le soin de l'entourer, du moins lorsqu'il s'agissait de dissoudre le mariage patricien, c'est-à-dire vraiment romain, la *confarreatio*. L'épouse unie par la *confarreatio* ne pouvait être répudiée valablement que par la *diffarreatio*, cérémonie religieuse qui était si on peut ainsi parler, le contrepied de la *confarreatio*, et qui, au dire de Plutarque, de Denys d'Halicarnasse et de Festus, était capable à elle seule de faire

reculer d'épouvante et de douleur l'homme le moins susceptible d'émotions. Que nous sommes loin de la simplicité brutale du divorce chez les autres peuples de l'antiquité !

Malheureusement les documents font défaut pour pouvoir reconstituer en entier la cérémonie de la *diffarreatio*. Tout ce que nous en savons, c'est qu'elle avait l'appareil et les sombres aspects d'un service funèbre ; elle se déroulait lentement devant le foyer domestique, autour duquel, on le sait, les Romains conservaient pieusement les images de leurs ancêtres honorées d'un culte qui se retrouve dans l'Inde et dans la Grèce, presque partout, et dont l'origine se perd dans la nuit des temps.

Les mânes des ancêtres veillaient aux destinées de leur famille ; intéressés particulièrement à sa conservation qui assurait la perpétuité de leur culte, ils présidaient aux fêtes du mariage, à la *confarreatio*.

Lorsqu'il s'agissait du divorce, ils étaient de nouveau invoqués, cette fois pour assister à la scène douloureuse où ce mariage, jadis béni par eux, allait être anéanti.

On comprend déjà tout ce qu'il y avait de solennel dans l'acte de la *diffarreatio*, et il est certain qu'une répudiation faite en présence de pareils témoins, au milieu d'un appareil religieux, devrait être affranchie de tout motif frivole.

Signalons ici de nouveau le progrès réalisé par les premières lois de Rome dans l'importante matière du divorce. S'il est vrai que l'on voit chez les autres peuples de l'antiquité, notamment chez les Hindous et

surtout chez les Grecs (1) une forme de mariages et des cérémonies qui ressemblent à la *confarreatio* des Romains, nulle autre part que chez ces derniers on ne trouve rien de pareil à la *diffarreatio*. Etait-il besoin en effet de suivre ces préliminaires attristants ou gênants, alors qu'il suffisait d'un caprice du mari pour renvoyer l'épouse dédaignée par lui ?

V

A côté de la *diffarreatio* nous trouvons à Rome une forme de divorce bien plus simple et se rapprochant par sa facilité même de la répudiation pratiquée partout ailleurs que chez les Romains, nous voulons parler du divorce par *remancipatio*, autrement dit sous forme d'une revente.

Heinneccius (lib. 1, X, p. 13) en fait mention dans les termes suivants : « *Quemadmodum vero nuptiæ confarreationis ritu contractæ diffarreatione, ita factæ per coemptionem, remancipatione dissolvebantur, prout ex Festo erudité probat Rœvardus ad legem XII Tab.* »

Ici tout ce passe en l'absence du Pontife, loin du foyer domestique, en dehors de tout idéal religieux.

(1) V. la *Cité antique*, par M. Fustin de Coulanges. — On retrouve paraît-il au Japon une forme de mariage se rapprochant beaucoup de la *confarreatio*. (Voir Bousquet, loc. cit.)

L'épouse est conduite devant cinq témoins, citoyens romains; l'un d'eux appelé *libripens*, tient une balance; dans l'un des plateaux on place un objet figurant fictivement la femme, dans l'autre le personnage qui est venu acheter celle-ci des mains du mari dépose un lingot représentant un prix stipulé.

Après quelques mots gravement sacramentels échangés entre les deux contractants, la femme est allouée à l'acquéreur. Ce dernier est le plus souvent son père, ou un autre de ses parents, ou bien encore un ami qui l'émancipera sans délai pour lui rendre son indépendance en vertu d'une promesse jurée à l'avance. (V. Gaïus, I, 113, 114, 115.)

La vente par excellence à Rome s'appelait *mancipatio*, d'où le nom de *remancipatio* donné à la forme de répudiation que nous venons de décrire; elle était employée pour rompre le mariage résultant de l'achat fictif de la femme par le mari, appelé à Rome *coemptio*, forme de mariage qui se retrouve chez presque tous les peuples dès l'âge héroïque, et qui nous rappelle notamment le prix du *mundium* payé aux parents de la fiancée par son prétendant dans les tribus germaniques.

Il est fort probable que le divorce par *remancipatio* et le mariage par *coemptio* étaient propres aux plébéiens, lesquels n'avaient pas de religion domestique, d'ancêtres, de foyer dans le sens primitif du mot. La confarréation n'était usitée que dans la caste patricienne. Pour pouvoir être pontife à Rome, il fallait des-

cendre d'un mariage *confarreatione*. Cette règle du vieux droit sacré, dont Tacite nous révèle la persistance encore sous Tibère, confirme notre précédente opinion.

VI

La cérémonie même de la confarréation indique que l'épouse doit conserver, quoique soumise à la *manus*, un rang plus élevé que lorsqu'elle a été unie par la forme de la *coemptio* : tandis que dans ce dernier cas elle a été l'objet d'une acquisition fictive sans doute, mais rappelant l'époque où elle était réelle, presque à l'instar de celle des esclaves, dans la *confarreatio* au contraire la jeune femme est donnée et se donne elle-même librement, au nom des intérêts élevés, nobles, sacrés, de la famille et de la religion.

Les fiancés accompagnés de dix témoins et de leurs parents de part et d'autre, assistent à un sacrifice que le père de la jeune fille ou son *paterfamilias*, le chef de la famille, célèbre sur l'autel dressé devant le foyer domestique en l'honneur de ses ancêtres (1). A un certain moment, prenant la main de son enfant, il la met dans celle du jeune homme, invoquant les dieux pénates sur le couple que cette tradition vient d'unir

(1) Tel fut le mariage religieux primitif ; lorsque plus tard les époux durent se rendre au temple de Junon, les sacrifices du foyer domestique restèrent toujours la partie principale et essentielle de la cérémonie nuptiale.

à jamais. Remarquons ici que la transmission au mari de la puissance que le *paterfamilias* avait sur la jeune fille, a été absolument volontaire et dégagée de toute pensée de lucre. Aussi la femme n'est-elle en rien diminuée dans sa dignité; sans doute elle sera soumise à une nouvelle autorité, à la *manus*, comme elle l'était à la puissance paternelle dans sa famille, mais elle conservera dans sa nouvelle condition son rang, toute sa noblesse, et sera, du moins au point de vue de la considération, l'égale de son mari.

Sortie de la maison paternelle pour se rendre sous le toit conjugal, immédiatement après la cérémonie dont nous venons de parler, on voit la jeune épouse s'avancer au milieu du cortège, vêtue de blanc, le visage couvert d'un long voile couleur de feu (*flammeum*) et assise sur un char; son mari se tient debout à ses côtés. Des enfants ouvraient la marche en chantant des chœurs en l'honneur du dieu Hymen. On appelait cette partie de la cérémonie nuptiale la *déductio in domum* (1).

Avant d'entrer dans la maison de son mari, la femme est arrêtée un instant : celui-ci lui présente l'eau et le feu, puis il lui demande son nom : « *Ubi tu Caius*, répond-elle fièrement, *et ego Caïa!* » c'est-à-dire, je serai ta femme et ton égale. Sous le toit conjugal s'accomplit ensuite une nouvelle cérémonie religieuse en l'honneur des nouveaux aïeux de l'épouse.

(1) Voir dans la *Cité antique* de Fustin de Coulanges un intéressant parallèle entre le mariage grec et le mariage romain.

Pendant ce sacrifice, accompli par le *paterfamilias* du mari, on présente au jeune couple un gâteau de froment appelé *farreus* : d'où le mot *confarreation*.

Comme on le voit par ces détails, qui ont tous leur sens symbolique, la femme unie par la *confarreatio* conservait toute sa dignité ; il semble au contraire que dans la *coemptio*, dans le mariage par la vente dont la forme a été plus haut décrite (1), l'épouse achetée par le mari se diminuait, dérogeait par le fait même de son mariage. Aussi, peut-on soutenir de nouveau après les détails précédents que la *coemptio* et par suite le divorce par *remancipatio* étaient propres aux plébéiens, tandis que la *confarreatio* et la *diffareatio* n'étaient pratiqués que dans la classe patricienne.

VII

A côté des mariages par *confarreatio* ou par *coemptio*, et des deux formes de divorce qui leur correspondent, les textes latins nous font connaître une troisième espèce de mariage, l'*usus*. Cette union était à proprement parler une conséquence de la cohabitation des deux époux, sous le consentement du *paterfamilias* ou du tuteur de la femme. Nous traiterons de ce

(1) Voir d'ailleurs Gaïus, I, 113 et 119.

mariage dans l'étude du divorce sous l'empire du droit des Douze-Tables.

La forme de divorce relative à l'*usus* n'était autre que l'envoi d'un libelle de répudiation ; le simple concours des volontés avait produit le nœud du mariage, la simple manifestation d'une volonté contraire devait le délier : *Quæ jure contrahumtur, contrario jure pereunt.*

Nous ne trouverons même plus dans la suite de notre étude que ce dernier mode de répudiation.

DEUXIÈME PÉRIODE

LE DIVORCE DEPUIS LA PROMULGATION DE LA LOI DES DOUZE-TABLES JUSQU'AU RÈGNE D'AUGUSTE.

I

En l'année 510 avant notre ère, Brutus, exploitant habilement la mort de Lucrèce, avait soulevé le peuple, chassé la royauté et fondé la République romaine.

Mais l'aristocratie avait seule profité de cette révolution, en accaparant toutes les fonctions, toutes les

magistratures, en restant en un mot plus maîtresse que jamais du gouvernement de la Cité. N'ayant plus à compter désormais avec le pouvoir royal, dont l'autorité, s'inclinant vers la plèbe, avait fait plus d'une fois contre-poids à l'orgueil des patriciens, ceux-ci écrasèrent les classes inférieures sous un despotisme croissant de jour en jour. La misère devint extrême à un moment donné dans le bas peuple, car les esclaves devaient faire à l'homme libre une redoutable concurrence pour le travail salarié.

C'est alors que les nobles, abusant de leur pouvoir et de leurs richesses, pratiquèrent l'usure sur une vaste échelle ; et la loi se montrant à son tour sans pitié pour les débiteurs insolvables, on vit la demeure de chaque patricien remplie de deshérités et transformée en une sorte de bagne.

La justice elle-même restait sourde aux plaintes du plébéien : elle avait pour unique organe le Collège des Pontifes tous issus du sang patricien, offrant par conséquent aux humbles plaidant contre les grands une garantie à peu près illusoire. D'ailleurs, les coutumes et les lois étaient soigneusement renfermées, dans les livres sacrés, où nul profane ne pouvait porter son regard. N'était-ce pas le moyen le plus sûr d'étouffer la justice au profit de l'aristocratie et d'assurer l'écrasement de la plèbe?

Longtemps celle-ci rongea le frein sans révolte apparente, impuissante qu'elle était à organiser un soulèvement au grand jour. Mais le feu couvait sous le sol

romain et le minait profondément (1). A la fin, le volcan populaire éclata; la plèbe se retira en masse sur le mont Aventin. L'ennemi extérieur approchait de Rome, et les patriciens restaient seuls pour défendre leurs richesses et leur existence. Mus par de terribles angoisses, et par le sentiment de la patrie en danger qu'ils aimaient ardemment, ils vinrent franchement s'incliner devant la plèbe, reconnaissant pour la première fois son utilité, son importance, sa force, pour le bien commun, et leurs torts séculaires.

De cette mémorable réconciliation sortit immédiatement le triomphe des armes romaines, et ensuite la célèbre Charte des Romains connue sous le nom de loi des Douze-Tables.

Chef-d'œuvre de l'équité humaine, comme l'appelle Tacite (2), ne reconnaissant plus aucune distinction, aucun privilège, confondant dans ses dispositions et sous la même formule « *si quis* » patriciens et plébéiens, elle établit l'égalité civile, premisse, présage de l'égalité politique ; et créa l'unité du peuple romain, gage assuré de ses conquêtes et de la civilisation du monde.

Quand on réfléchit sur le grand ensemble de l'histoire, quand on considère que Rome, dans sa constitution antérieure à la Révolution de 445 (ère ancienne), n'était que le reflet lointain de l'Orient, foyer mystérieuse-

(1) Sanè vetus urbi fœnebre malum, et seditionum discordiarumque creberrima causa (Tacit. Am. VI., 16).

(2) Et accitis quæ usquam egregia, compositæ Duodec. Tab., finis æqui juris. (Ann. III, 27.)

ment stationnaire des castes et des privilèges ; quand on songe au rôle de Rome dans le plan de l'univers ; si l'on mesure d'autre part la portée de la réforme démocratique contenue dans la loi des Douze-Tables, on ne peut s'empêcher de constater, et de dire sans crainte de paradoxe, qu'elle forme une des grandes lignes de démarcation entre le monde ancien et la civilisation moderne.

II

La loi des Douze-Tables ne pouvait oublier dans ses larges innovations, l'humble condition dans laquelle vivait encore l'épouse romaine, quoique plus libre, mieux considérée que la femme grecque et surtout que la femme asiatique. On créa donc en sa faveur deux institutions, qui vont jouer un grand rôle dans la société romaine : le mariage libre, et le divorce, dans le sens vrai du mot (1) ; c'est-à-dire on permit à la femme de se marier en évitant la *manus*, et on lui reconnut dans ce cas (2) le droit de divorcer.

La notion du mariage libre nous permettant de saisir la portée de certains textes classiques, sur lesquels

(1) *Dis-Vertere.*

(2) Nous pensons en effet que dans les mariages où la *manus* continua à se produire, sa nature rigoureuse s'opposait à ce que l'épouse (*loco filiæ*) pût répudier son mari.

nous devons nous appuyer pour continuer l'étude du divorce, nous y insisterons quelques instants.

Et d'abord qu'était-ce que la *manus*, dont il est si souvent parlé dans le droit romain ?

Après une analyse attentive, nous osons émettre la proposition suivante :

La *manus* n'était que la puissance paternelle acquise par le mari sur l'épouse, ou bien librement acceptée par celle-ci, quand elle était *sui juris* au jour du mariage; puissance exercée soit par le mari, soit par son *paterfamilias*, si lui-même était *alieni juris* (1).

Le père de famille, le *paterfamilias* était le maître absolu, véritablement propriétaire de ses enfants et, par suite, de toute leur descendance par les mâles; il pouvait les châtier, leur infliger la mort avec la seule approbation du Tribunal domestique, assemblé sous sa présidence (les exemples ne sont pas rares dans l'histoire romaine); il avait le droit de les vendre; à plus forte raison pouvait-il les émanciper, les rendre *sui juris*, ou bien transmettre à titre gratuit à un tiers les droits qu'il avait sur eux. Nous allons voir l'application de ces principes sur lesquels reposait la *patria potestas*, à l'occasion du mariage d'une fille ou d'une petite-fille.

Dans la *confarreatio*, le *paterfamilias* de la mariée transmettait à l'époux, noblement, comme un pré-

(1) Deny d'Hal., II, 25. — Tit. Liv., 48. — Suet, *Tiber*, 35. — *Revue hist.*, II, 135.

sent sacré, au nom des dieux du foyer, tous les droits qu'il avait sur elle, droits comportant par conséquent une puissance absolue et perpétuelle comme la propriété quiritaire:

Dans le mariage par *coemptio*, le père de famille reçoit un paiement fictif *(per æs et libram)*, primitivement réel, de la part du prétendant, et il lui cède en retour sa fille, en toute propriété, comme on vendait un objet *mancipi*, un esclave, une bête de somme.

En dernière analyse, la *confarreatio* et la *coemptio* produisent, par des procédés différents, les mêmes effets essentiels, la *manus* sur la femme.

Tandis que pour rehausser l'épouse on l'associe à la condition, au rang, à la noblesse de l'homme dont elle devient la compagne, en réalité elle est rangée par l'effet de la *manus* au nombre de ses enfants, *in locum filiæ*, comme le dit Gaïus, et n'a pas plus d'indépendance qu'eux (1). Rivée à la chaîne conjugale sans espoir de jamais pouvoir s'en affranchir par le divorce, dont les lois réservaient exclusivement l'usage à l'homme, la femme ne pouvait d'autre part compter sur une protection efficace du côté de son père; le mariage les avait séparés pour toujours et avait rompu même tout

(1) La *manus* offrait cependant des avantages incontestables à la femme, au point de vue de la succession du mari et de ses agnats, surtout dans les temps primitifs où nous pensons que l'épouse romaine n'apportait pas de dot, suivant la coutume de presque tous les peuples, dans l'enfance; par l'effet de la *manus* elle ne pouvait jamais succéder à son père ni à aucun de ses cognats. En somme la *manus*, nous le répetons, assurait à la femme une position, qu'il eût répugné à ses parents naturels de lui assurer dans le partage des biens de leur famille.

lien de parenté, conformément sans doute à un très-ancien dogme, qui défendait d'appartenir à deux cultes, d'avoir plus d'un foyer et, par suite, de faire partie de deux familles en même temps. Tels étaient les principaux caractères de la *manus*.

Lorsque le mari n'était pas encore chef de famille *sui juris*, la *manus* à l'égard de sa femme résidait dans les mains de son *paterfamilias*, à la puissance absolue duquel il était lui-même soumis, quels que fussent sa position sociale, ses hautes fonctions dans la cité et son âge.

La loi des Douze-Tables vint mettre un terme à la condition si dépendante, si humiliée de l'épouse romaine, en lui permettant de se marier tout en restant sous la puissance de son *paterfamilias* dans sa famille naturelle, ou bien en gardant son indépendance et la libre possession de sa fortune, si, au jour ou pendant le cours de son mariage elle était ou devenait *sui juris*.

III

Voici le texte des Douze-Tables qui promulgua cette mémorable réforme du mariage romain; nous l'empruntons à Sigonius : MULIERIS. QUÆ. ANNUM. MATRIMONII. ERGO. APUD. VIRUM. REMANSIT. NI. TRINOCTIO. AB. EO. USURPANDI. ERGO. ABESSIT. USUCAPTA. ESTO.

Gaïus dit (1), à propos de cette antique loi : *Usu in manum conveniebat quæ anno continuo nupta perseverabat : nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiæque locum obtinebat. Itaque ex lege duodecim Tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet.*

Ici, mieux encore que dans les considérations précédentes, l'on voit à nu le vieux préjugé qui dans les premiers siècles de Rome, à l'exemple de presque toute l'antiquité païenne, faisait considérer l'épouse comme la propriété du mari, littéralement au même titre que l'esclave. Le mariage par l'*usus* n'était autre en effet que l'usucapion ordinaire, grossièrement appliquée à la femme. On sait que l'usucapion, relativement aux choses mobilières, s'accomplissait à cette époque par une possession annale.

Pour organiser le mariage libre, les décemvirs chargés de la rédaction des Douze-Tables, inaugurèrent un procédé qui fut plus tard familier au préteur et aux jurisconsultes romains : laissant subsister l'*usus* comme principe d'usucapion sur la femme, et par suite, comme un des modes d'acquérir la *manus*, ils déclarèrent tout simplement que l'*usus* pourrait être interrompu au gré de l'épouse, comme tous les autres genres d'usucapion, et ils décidèrent que cette interruption résulterait pour

(1) Gaïus, I, III.

elle de son absence du toit conjugal, durant trois nuits consécutives chaque année ; c'est là ce qu'on appela l'*usurpatio trinoctii*. Mais cette *usurpatio*, notons-le bien, laissait intact le lien du mariage ; elle avait pour unique effet d'éviter à la femme la *manus*.

On conçoit l'empressement avec lequel dut être acclamée la réforme matrimoniale ; les patriciens eux-mêmes l'accueillirent sans difficultés : ils sentaient arriver le moment où, après la perte de leurs priviléges séculaires dans la sphère du droit civil, ils verraient s'effacer la prohibition des mariages entre la plèbe et leur caste, dernière barrière qui tomba effectivement peu de temps après la promulgation de la loi des Douze-Tables.

Que devinrent dès lors la *confarreatio et la coemptio?* Formes surannées, produisant nécessairement la *manus*, elles s'évanouirent peu à peu, comme celle-ci, dont aucune femme ne voulut plus subir le joug, l'humiliation et, parfois les désavantages pécuniaires. La confarréation ne se maintint plus que dans quelques rares familles patriciennes pour le recrutement des fonctions sacerdotales (1), Tacite n'en signale plus que trois à son époque dans toute la ville de Rome. On finit même par abandonner les formalités naïves du mariage libre organisé par la loi des Douze-Tables ; on n'exigea plus que la femme, pour éviter la *manus*, passât trois nuits consécutives par année loin de son

(1) Pour être Flamine de Jupiter, il fallait être issu d'un mariage par *confarreatio*. Gaïus, I,. 112.

mari ; la coutume ou la loi la dispensèrent de cette précaution bizarre en lui assurant elles-mêmes son indépendance à cet égard : *Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est*, nous dit Gaïus (1), *partim ipsa desuetudine obliteratum est.*

Occupons-nous maintenant de trouver dans les textes classiques, grâce aux notions que nous venons de développer, les traces et les preuves positives de la réforme fondamentale apportée par les rédacteurs des Douze-Tables dans la vieille loi du divorce. On sait en effet qu'il ne reste que de rares fragments de la législation des décemvirs.

Cicéron nous dit positivement qu'elle contenait une règlementation sur le divorce. « *Frugi factus est : mimam illam suam res suas sibi habere dixit ex lege XII Tab. claves ademit, exegit* (2). »

Sigonius (3) croit avoir trouvé les premiers mots du fragment relatif au divorce : *Lex XII Tabl. hæc est* : SI. VIR. MULIERI. REPUDIUM. MITTERE. VOLET. CAUSAM. DICITO. HARUMCE. UNAM..... Malheureusement la suite de ce précieux texte fait défaut ; il faut y suppléer.

Ennius met en scène une jeune femme que son père oblige à divorcer, alors pourtant qu'elle aime son mari.

(1) Com., I.; 110. 111.
(2) Cicér. *Deuxième Philippique*, n° 28.
(3) Page 107.

Elle lui répond par ce tendre raisonnement :

Injuria abs te afficior, indigna pater,
Nam si improbum Cresphontem existimaveras,
Cur huic locabas nuptiis? sin est probus,
Cur talem invitum invitam cogis linquere?

Ce passage nous montre la Romaine mariée sans la *manus*, conformément au système du mariage libre organisé par les Douze-Tables. Son *paterfamilias* a conservé sur elle la puissance paternelle; il a incontestablement le droit de reprendre sa fille; elle n'a pas cessé de lui appartenir; il peut dès lors répudier son gendre de son propre chef.

Plaute *(Stychus)* met également dans la bouche d'une jeune femme ces paroles à l'adresse de son père :

Aut olim tibi placebat, non datas oportuit,
Aut maximè non est æquius abduci, pater!

Dans la même comédie, Plaute fait dire par *Antiphon* à ses deux filles :

Mihi auctores sunt amici, ut vos hinc abducam domum.

Dans le *Mercator* du même poète, nous voyons *Dorine* appeler son père contre son mari pour divorcer :

Syra, i, rogato patrem meis verbis, ut veniat ad me..
— O dignum facinus, s'écrie Affranius (1), adolescentes optumas
Benè convenientes, concordes cum viris,
Repentè viduas facit stultitia patris!

(1) Dans sa comédie : *le Divorce*.

Cet abus de la puissance paternelle était pourtant scrupuleusement juridique. Aussi, malgré toutes les attaques dont il était l'objet, subsista-t-il jusqu'au règne de Marc-Aurèle (1). La femme n'avait qu'un moyen de paralyser le mauvais vouloir de son *paterfamilias* à l'égard de son mari, c'était de lui refuser son concours dans l'action *rei uxoriæ* (2).

Puisque le *paterfamilias* pouvait répudier le mari de sa fille sous l'empire de la législation des Douze-Tables, *à fortiori*, pouvons-nous affirmer, cette loi autorisait directement la femme à divorcer lorsqu'elle était *sui juris*. Le texte que nous cherchions, le voilà incontestablement reconstitué à l'aide de l'induction.

Plaute nous en atteste le sens lorsqu'il fait dire à Climène, s'adressant à son volage époux (Amphytr. III):

« *Valeas, tibi habeas restuas, redde meas !* »

« Adieu, je te quitte, rends-moi mes biens, garde les tiens. »

Cicéron ne permet plus aucun doute: il constate positivement, dans ses *Topiques*, que la femme a le droit de divorcer : *Si viri culpâ factum est divortium, et si mulier nuncium remisit, pro liberis manere nihil oportet* (3).

(1) Vid. Paul, *Sent.* V., 6.

(2) Fragm. Vat. 116.

(3) Adde Montesquieu. *Esprit des Lois*, XVI, 16.

IV

Il serait intéressant de connaître les causes de divorce admises du côté du mari et du côté de la femme par la loi des Douze-Tables; mais la disparition du texte relatif au divorce nous laisse en présence de pures hypothèses sur cette question.

Sigonius estime (1) que la loi des Douze-Tables donnait au juge un large pouvoir d'appréciation en cette matière. Le savant commentateur s'appuie sur l'exemple du divorce de Paul Emile (2) : ses amis, dit-il, s'étonnaient de ce qu'il répudiât une femme dont la réputation et la beauté étaient partout vantées ; étendant le pied, l'illustre Romain leur répondit finement : « Ce soulier n'est-il pas tout neuf, n'est-il pas bien fait? aucun de vous, cependant, ne sait où il me blesse. » Cet exemple d'un divorce qui eut lieu sans même que Paul Emile dût le motiver expressément, justifie l'opinion de Sigonius.

Pothier (3), commentant le texte des *Philippiques* de Cicéron, plus haut cité : « *Frugi factus est*, etc., » dit à son tour que la loi des Douze-Tables a considéra-

(1) Loc. cit.
(2) Plutarq., *Vie de Paul Emile.*, V.
(3) L. XXIV, 2, n° 3.

blement élargi en faveur du mari les causes du divorce, l'autorisant même, pour un simple changement d'humeur (1). Il paraît même constant que la loi permettait le divorce par consentement mutuel aux deux époux : sans cette extrême tolérance, aurait-on vu le nombre des divorces s'élever en peu de temps à un chiffre alarmant ?

Les écrivains latins se plaisent à dire que pendant cinq siècles Rome n'eut à enregistrer aucune répudiation. Carvilius Ruga aurait porté la première atteinte à cette austérité des vieilles mœurs, en alléguant la stérilité de sa femme et un serment qu'il avait fait aux censeurs d'avoir une postérité. Quelque invraisemblable que soit ce trait historique, il prouve que la corruption avait tardé bien longtemps à avoir raison de la vertu romaine. Mais, dès que la première brèche fut ouverte, quand les rhéteurs grecs et le sensualisme asiatique eurent envahi Rome, on considéra le mariage comme un joug importun ; le nombre des célibataires augmenta de jour en jour, et le reste de la population, n'ayant plus le respect du mariage, usa de cette institution et du divorce comme d'une sorte de jeu. Vers la fin de la République, les femmes romaines comptaient leurs années, suivant le mot de Sénèque, vrai déjà pour cette époque, non pas par le nom des consuls, mais par celui de leurs maris (2).

Elles ne reconnaissaient, paraît-il, qu'un seul frein :

(1) Vid. Montesquieu, loc. cit.

(2) Sénèque, *de Benef.*, III. 16. Voir aussi Juvénal, *Satyr.*, VI.

la difficulté de se remarier quand elles n'étaient pas riches :

« *Nam quæ indotata est, ea in potestate viri,*
« *Dotatæ mactant et malo et damno viros* (Plaute). »

Au reste les plus hauts personnages donnaient un fatal exemple en répudiant leurs femmes pour les motifs les plus frivoles, et souvent les moins avouables. Valère Maxime (1) rapporte que Sulpicius Gallus divorça uniquement parce que sa femme s'était montrée sur la voie publique sans voiler son visage. Le même écrivain mentionne encore le divorce de Simpronius Sophus, motivé sur ce que sa femme était allée au théâtre sans l'en prévenir. Un autre Romain de haute lignée, Antistius Vérus, répudia son épouse parce qu'elle avait causé publiquement avec une affranchie mal famée.

Plutarque (vie de Caton, 52), nous fait connaître le curieux divorce de Caton. Son ami Hortensius vint lui demander sans plus de façons la main de sa femme. — Volontiers, lui répondit tranquillement le grave Romain; et il apposa le sceau de son anneau au contrat des nouveaux époux ! A la mort d'Hortensius, Caton reprit la femme qu'il lui avait cédée.

Brutus, en une seule et même journée, divorça avec sa première femme et épousa Metella.

(1) Lib. VI, cap. 3, nos 11 et 12.

Pompée divorça pour épouser la fille de Sylla..., elle était même enceinte !

Le cas le plus remarquable comme trait de mœurs romaines et comme exemple de la faiblesse humaine, même chez les plus grands hommes, est le divorce de Cicéron. Ne sachant plus à quel moyen recourir pour payer ses dettes, il répudia Térentia, l'épouse qu'il aimait, pour prendre une femme laide, sans esprit, mais immensément riche ; il liquida ainsi son passif. On ajoute qu'il avait écrit à Térentia des lettres affectueuses jusqu'à la veille de son nouveau mariage, qu'il accomplit sans même divorcer préalablement.

Cet exemple prouve, pour le dire en passant, que le divorce, à cette époque, pouvait avoir lieu sans formalités particulières. — On divorçait souvent en l'absence de son conjoint : Ainsi Cœlius écrivit un jour à Cicéron que Paula Valeria avait divorcé pour épouser Brutus, profitant d'un voyage que son mari avait fait à la campagne.

Enfin tout le monde connaît le mot célèbre : « Il ne faut pas que la femme de César soit soupçonnée. » César le prononça à l'occasion de son divorce avec Pompéia, que Clodius, son ami ! avait sottement compromise.

« Cæsar Pompeiæ nuncium remisit, quam Claudius adamabat, cum diceret: « Cæsaris uxorem non modo peccato, sed peccati etiam suspicione vacare oportere » ; erat autem suspicio, ne ei P. Clodius stuprum intullisset, qui muliebri veste, domi Cæsaris, tum Pontificis Maximi,

cùm sacra Bonæ Deæ pro populo fierent, fuerat deprehensus, atque ancillarum manu eductus. Quarum rerum si quis testimonia postulabit, ea ferè in Dionysii, Valerii et Plutarchi libris reperiet (1). »

TROISIÈME PÉRIODE

LE DIVORCE DEPUIS L'AVÈNEMENT D'AUGUSTE JUSQU'À CELUI DES EMPEREURS CHRÉTIENS.

I

Au sortir des guerres civiles où la République romaine avait péri, deux faits, l'un et l'autre gros de conséquences désastreuses, attirèrent l'attention d'Auguste et de ses conseillers ; c'était l'abandon de plus en plus marqué du mariage et la décroissance progressive de la population ingénue. Par une de ces contradictions qui ne sont pas rares chez les despotes, l'homme qui avait su profiter de l'abaissement moral de Rome pour lui confisquer ses libertés, se crut appelé à la régénérer. Pousser les citoyens au mariage et à la procréation légitime, tel fut son but. Le moyen

(1) Sigonius, p. 107.

consista à punir le célibat et la stérilité par une incapacité complète ou partielle de recueillir les libéralités testamentaires, et réciproquement, à récompenser la paternité par l'attribution privilégiée des dispositions ainsi atteintes et de certaines autres qui échappaient à leurs destinataires (1). »

Pour compléter sa réforme, Auguste publia une loi sévère contre l'adultère et de nouvelles règles sur le divorce, contenues dans le corps de la *lex Julia de adultariis,* mais n'existant plus qu'à l'état de fragments dans le Digeste.

Auguste n'eut pas la pensée de proscrire le divorce, quels qu'en fussent les abus ; il donna lui-même l'exemple à ses sujets en répudiant Scribonia pour couronner Livie, alors enceinte de la trop fameuse Julie ; et qu'il arracha à son mari Tibérius Néron. Le favori Mécène divorça mille fois, selon l'expression ironique de Sénèque. Mais afin de rendre possible l'application des lois caducaires et de la *lex Julia de adulteriis*, il fallait de toute nécessité préciser à quel moment un premier mariage cesserait d'exister par le fait de la répudiation. Si en un mot le divorce avait pu, comme au temps de Cicéron, résulter d'une volonté plus ou moins tacite, comment aurait-on connu l'époque exacte où les époux seraient redevenus célibataires ; comment dire que telle femme avait commis un adultère, si elle pouvait invoquer un divorce

(1) M. Accarias, t, 1.

tacite, à suite, par exemple, d'une séparation amiable? Gaïus faisait sans doute allusion à cette hypothèse, lorsqu'il écrivait : « *Si ex lege repudium missum non sit et idcirco mulier nupta esse videatur, tamen si quis eam uxorem duxerit, adulter non erit* (1). »

Pour dissiper toute incertitude sur le fait et la date du divorce, Auguste organisa une nouvelle procédure, si nous pouvons ainsi parler, prescrite à peine de nullité, et dont le Digeste (XXIV, II, loi 9) nous a conservé heureusement la principale disposition : *Nullum divortium ratum est nisi septem civibus romanis puberibus adhibitis, præter libertum ejus qui divortium faciet* « est nul le divorce qui n'a pas été signifié, en présence de sept citoyens romains pubères, par l'affranchi de l'époux divorçant. »

L'emploi de l'affranchi à Rome avait quelque apparence semi-officielle. Il intervint de bonne heure dans les actes les plus importants de la vie civile, notamment dans l'ouverture des testaments. C'est par son intermédiaire que l'on présentait une supplique au Prince (2). Les fonctions de l'affranchi prenant de plus en plus de l'importance, feront de lui un jour une sorte d'officier public : le *tabellarius*, prédécesseur de nos tabellions.

Quant aux sept témoins qui devaient accompagner l'affranchi, selon notre texte, lors de la remise du li-

(1) Digest., XLVIII, VI, l. 43.

(2) Vid. Godef. *ad leg.*, 9. Dig. *de diver et rep.*; Suet., *in Tib.*, 23, Cujas, *observ.*, VIII, cap. 26.

belle de répudiation, il est à remarquer que pour la validité des testaments on exigeait le même nombre de témoins pubères et citoyens romains (1). Ce rapprochement indique toute l'importance que la loi d'Auguste attribuait à l'authenticité du divorce. La nullité dont elle frappait toute répudiation faite en dehors de ses prescriptions est répétée par Ulpien (Dig. XXXVIII, II, l.r 1.) : *Lex Julia de adulteriis, nisi certo modo factum sit, pro infecto habetur.*

Quid lorsque l'affranchi et ses témoins se présentent au domicile du conjoint répudié, si ce dernier est absent, ou bien s'il se trouve en état de démence ?

D'après les lois 2 et 4 de notre titre (XXIV, II) et la loi 22, § 7 du titre suivant, combinées, il suffit dans ces deux cas de remettre le libelle aux personnes de la maison ou du voisinage « *tamen ferendum his qui circà eam sunt.*

Que décider si l'époux qui envoie le libelle est fou ? La signification est nulle (mêmes lois), le curateur fût-il intervenu. Mais le *paterfamilias* d'une femme en démence pourrait notifier le divorce au nom de celle-ci, par application des règles propres au mariage libre, le seul usité ou à peu près sous l'Empire.

L'époux, après avoir envoyé son libelle est pris d'un remords, mais l'affranchi, ignorant ses nouvelles dispositions d'esprit, a accompli son mandat ; le divorce aura-t-il lieu ? Non, répond la loi 7 de notre titre, à

(1) *Instit.*, lib. 2, tit. 10, § 4.

moins que le conjoint répudié ne veuille à son tour le tenir pour valable. La loi 3 donne la même solution pour le cas où après la remise du libelle, l'époux, revenu à des sentiments plus calmes, renonce à divorcer : *Divortium non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissentionem fit;* voilà le principe.

A ce propos, Glück (livre 24, page 234) fait remarquer que chez les Romains la dissolution du mariage s'accomplissant en dehors de toute intervention judiciaire, il fallait exiger que la volonté de divorcer fût bien et sérieusement arrêtée.

II

D'après la loi 2 de notre titre, le libelle de répudiation contenait la formule suivante : *Tuas res tibi habeto*, ou bien : *Tuas res tibi agito*. Suivant M. Accarias (II, p. 196), la première de ces deux formules était employée par le mari, la seconde, par la femme ; mais le savant professeur ne donne aucun argument à l'appui de son opinion. Nous estimons qu'il était indifférent pour les deux époux de choisir l'une ou l'autre de ces formules. Nous soutenons même, contrairement à l'avis de Godefroy (1), de Cujas (2) et de Po-

(1) Voir ses annotations sur la loi qui nous occupe.
(2) *Ad hunc*, tit.

thier (1), que la formule du libelle n'avait rien de sacramentel (2). Godefroy dit : *Fit ergo his solemnibus verbis divortium, quasi actus legitimus ;* mais il ne justifie pas son assertion, et il ajoute aussitôt : *Addi possunt et hæc Tintinnii :* « *Aliquis vestrum nunciet Germinæ ut res suas procuret, ædibus facessat* » ; *et Apuleius :* « *Quia fidem scelere violasti, et communem amicitiam, res tuas ociùs tolle et alium locum quem polluas quære* ». En rapportant ces diverses formules également en usage, Godefroy ne voit-il pas qu'il se réfute lui-même ?

Pothier se borne à dire : *Erant etiam solemnia verba.* Passons.

Voici enfin l'observation de Cujas : *Et est contractus solemnis qui fit adhibita observatione legitima (ex lege Julia), et ut M. Tullius ait (1 de Orat.) fieri certis quibusdam verbis et solemnibus, et formatis, ut etiam loquuntur nostri auctores, id est typicis et mysticiis, ut in leg. 2 Dig., de divert. veluti* « *res tuas tibi habeto.* »

Ainsi Cujas invoque l'autorité de Cicéron à propos d'une loi promulguée sous Auguste, quand d'ailleurs, avant le règne de ce prince, le divorce n'était soumis à aucune espèce de règles, pas même à l'envoi d'un libelle, puisque Cicéron put divorcer tacitement par le fait même de son nouveau mariage. Cujas en appelle ensuite au témoignage des auteurs classiques (*nostri auctores*)

(1) *Pand.*, ibid.
(2) Sic. Walter. *Hist. du dr. rom*, § 522.

sans s'apercevoir du démenti qu'ils lui donnent comme à Godefroy : *Apud Petronium elegans est formula repudii quâ ejicitur impudica* : « *Quia fidem scelere violasti et communem amicitiam, res tuas ocuis tolle et alium locum quem polluas quœre.* » Chaque classique attribue une formule particulière au libelle de répudiation : *Collige sarcinulas, dicet libertus, et exi* (Juven. Sat. VI, vers 145) ; *valeas, tibi habeas res tuas, reddas meas* (Plaute, *Amphytr.*, act. 3, sc. V, vers 47.) — Donc on peut affirmer que la formule du libelle de répudiation n'avait rien de sacramentel.

III

La loi n'avait nulle part encore déterminé les causes du divorce; il suffisait d'observer les formalités relatives à la notification du libelle, suivant les règles tracées par Auguste.

La facilité avec laquelle on pouvait se conformer à ces prescriptions, et par conséquent l'absence de tout frein, permirent au divorce d'accélérer la marche alarmante qu'il avait prise dans les dernières années de la République. Auguste et ses successeurs ne se sentant pas la force d'arrêter ce courant fatal, favorisé par la décrépitude générale des mœurs de leur époque, essayèrent timidement de lui opposer une digue, en frap-

pant de certaines pénalités pécuniaires l'époux dont l'inconduite avait déterminé son conjoint à divorcer; nous voulons parler des *retentiones ex dote*.

La dot a été justement définie : une valeur que la femme elle-même ou un tiers apporte au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage.

Antérieurement à la loi des Douze-Tables, la *manus* résultant nécessairement de la *confarreatio*, de la *coemptio* et de l'*usus*, rendait l'époux ou son *paterfamilias* propriétaire de tous les biens appartenant à la femme *sui juris* au moment du mariage, ou lui advenant *constante matrimonio*. Dès lors, il ne pouvait guère à cette époque être question de la dot proprement dite, ni de sa restitution (1). Mais lorsque la loi des Douze-Tables eut organisé le mariage dégagé de la *conventio in manum*, l'institution de la dot se généralisa.

Le mari devenait propriétaire des biens qui la constituaient; ceux que la femme conservait par devers elle s'appelaient paraphernaux. Afin de permettre à la femme de se remarier, soit après le décès de son époux, soit après le divorce, et de donner ainsi des enfants à l'Etat, on fit de la restitution de la dot une règle d'ordre public : *Interest reipublicæ mulieres dotes salves habere propter quas nubere possint* (2). On connaît les lois qui vinrent compléter cette disposi-

(1) Sauf le cas où un tiers ayant constitué une dot à la femme, s'en était assuré la restitution au moyen d'une stipulation ou d'un contrat *fiduciæ*.

(2) Dig. XXIII, 3, l. 2, XXIV, 3, l. 1.

tion en assurant l'inaliénabilité directe ou indirecte des biens dotaux (1).

Cependant, le mari fut autorisé d'assez bonne heure à retenir une partie de la dot *propter liberos*, lorsque le divorce provenait, en l'absence de graves raisons, de la femme ou de son *paterfamilias* (2). Cicéron fait allusion à cette coutume dans ses Topiques : *Si viri culpa factum est divortium..., tamen pro liberis manere nihil oportet.* — Peut-être déjà sous la République avait-on essayé de réprimer les abus du divorce à l'aide de quelque *retentio ex dote*. Mais au temps des grands jurisconsultes, cette mesure, devenue d'ailleurs plus urgente que jamais, fut l'objet d'une organisation complète. Ulpien nous en fait connaître l'économie dans les lignes suivantes (Reg. VI) : *Retentiones ex dote fiunt aut propter liberos, aut propter mores... Propter liberos retentio fit, si culpâ mulieris aut patris cujus in potestate est, divortium factum sit. Tunc enim singulorum liberorum nomine sextæ retinentur, non plures tamen quàm tres sextæ in retentione sunt..... Morum nomine, graviorum quidem sexta retinetur; leviorum autem, octava. Graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui. Mariti mores punuintur, in ea quidem dote quæ a die reddi debet ita. Propter majores mores præsentem*

(1) Nous omettons, comme sortant de notre sujet, les distinctions entre la dot profectice et la dot adventice, et les diverses actions relatives à la restitution de la dot (v. Walter, *hist. du dr. privé des Rom.*, ch. 7. — Laboulaye, *condit. priv. des fem.* — Rev. de lég. anc. et mod., 1872, 128).

(2) Vid. Ulpien, *De dot*, VI, § 9.

reddit, propter minores senum mensum die. In ea autem quæ præsens reddi solet, tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote quæ triennio redditur repræsentatio fit.

Ainsi, lorsque la femme ou son *paterfamilias* répudiaient le mari sans de sérieux motifs, *culpâ,* ce dernier, comme au temps de Cicéron, exerçait une retenue sur la dot *propter liberos* : car les enfants, restaient toujours confiés à sa garde après le divorce; cette retenue, calculée à raison d'un sixième par enfant, ne pouvait dépasser la moitié de la dot, afin sans doute de respecter la régle : *Interest reipublicæ mulierum dotes,* etc.

Tel est peut-être le sens du § 11 de notre texte qui a embarrassé tous les interprètes et que nous allons cependant, sous toutes réserves, essayer d'expliquer : *Nam in petitione dos quæ semel functa est, amplius fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit.* La fonction de la dot, dirons-nous, étant de subvenir aux charges du mariage, dont la principale est l'entretien et l'éducation des enfants, la mère doit y contribuer après le divorce, surtout lorsqu'il provient de son fait. Ce devoir naturel doit cependant être en harmonie avec l'intérêt que trouve l'Etat à permettre à la femme divorcée de se remarier; voilà pourquoi on décida que la dot remplirait sa double destination, à l'aide de retenues proportionnées au nombre des enfants, mais sans pouvoir jamais absorber plus de la moitié des biens dotaux. Si la femme se remariait, la part de dot qu'elle

avait retirée des mains de son précédent époux, devant contribuer aux charges d'un second mariage, pouvait, cela va de soi, être soumise à la règle ordinaire des *retentiones propter liberos*, le nouveau mari ayant à cet égard les mêmes charges et les mêmes droits que le précédent (1).

Les *retentiones propter mores* sont assez clairement expliquées par le texte d'Ulpien, en ce qui regarde la femme; une observation nous paraît nécessaire relativement à la pénalité prononcée contre le mari. En règle ordinaire il jouissait de trois termes annuels pour restituer la dot consistant en choses fongibles; il n'avait au contraire aucun délai pour rendre la dot consistant en corps certains. Ulpien nous dit que lorsque le mari donne lieu au divorce *propter graviores mores*, c'est-à-dire par l'adultère, on l'oblige à rendre sans délai la dot fongible; si la dot ne comprend que des corps certains, il devra restituer en même temps que ces objets deux années de fruits. Le mari donne-t-il lieu au divorce *propter minores mores*, on ne lui accorde qu'un délai de six mois pour la dot fongible; quant à l'autre dot, il doit rendre immédiatement, outre les objets qui la composent, une année de fruits.

On s'est demandé si lorsque la femme avait donné lieu au divorce *propter mores*, le mari avait le droit d'exercer la *retentio propter liberos* et en même temps

(1) Nous le répétons, nous osons à peine insister sur cette explication, quand les Cujas, les Schülting, Hugo, Hasse, Glück, M. Pellat et tant d'autres savants se sont vainement efforcés de pénétrer le sens des deux lignes sus-mentionnées.

la *retentio propter mores ;* l'affirmative nous paraît incontestable en l'absence surtout de textes contraires, mais avec cette réserve que la somme des retenues ne devait pas dépasser la moitié de la dot à cause de la règle à *interest reipublicæ,* etc., et de celle qui est formulée par ces mots : *nam dos quæ semel functa est, amplius,* etc.

La convention par laquelle les époux renonçaient à l'avance aux *retentiones ex dote* était frappée d'une nullité d'ordre public (*Vid.* Digeste, XXIII, IV, 5).

Si le divorce avait été occasionné par les torts respectifs des conjoints, aucune des *retentiones* ne pouvait être exercée; il s'opérait une sorte de compensation. *Vid.* Dig., XXIV, III, 39.

IV

Lorsque les deux époux étaient convaincus d'adultère, la loi pénale intervenait pour ajouter une peine corporelle à celle des *retentiones :* elle confisquait au mari la moitié de ses biens; à la femme, la moitié de sa dot et le tiers de ses paraphernaux; en outre, l'un et l'autre étaient déportés dans deux îles différentes (Paul, Sent., lib. II, XXVI, § 14).

L'affranchie, que son patron avait élevée au rang d'épouse, ne pouvait, en aucun cas, divorcer malgré lui (Digeste XXIV, II, lois 10 et 11). Cependant nous esti-

mons qu'il en était autrement lorsque la femme avait été affranchie en vertu d'un fidéicommis.

Les lois caducaires atteignant le mari immédiatement après la répudiation, le poussaient à contracter à la hâte un nouvel hymen; cette précipitation devait produire dans la société romaine les plus fâcheux résultats, et contribuer à augmenter les désordres du divorce. Quant à la femme, les mêmes lois lui accordaient un délai de dix-huit mois, mais elle avait la faculté de se remarier aussitôt après la dissolution du premier mariage.

Quid juris lorsque, au moment du divorce, la femme était enceinte? Ce cas donnait lieu à l'application de certaines règles clairement exposées dans le Digeste, livre XXV, titre IV, *de inspiciendo ventre, custodiendoque partu, eod. libr.* tit. III, l. 1, 3, et résumées par Paul, au livre II, titre 24 de ses Sentences. Il s'agissait en ce cas d'éviter la *perturbatio sanguinis*.

Après le divorce, les enfants restaient sous la garde du père; jamais ils n'étaient confiés à la mère, afin de ne pas porter atteinte à la puissance paternelle, considérée à Rome comme une des institutions fondamentales de l'édifice social; mais à partir du deuxième siècle de notre ère, cette rigueur du vieil esprit romain et du pur droit civil avait fait place à des idées nouvelles d'équité et d'humanité. Antonin, Marc-Aurèle et Sévère, permirent aux préteurs et aux présidents des provinces de placer les enfants sous la garde de leur mère, après le divorce, lorsque cette mesure leur paraîtrait la plus

sage (1). Dioclétien convertit en loi cette nouvelle jurisprudence. La Constitution qu'il publia à cet effet (2), prescrivit aux juges de confier les garçons au père, les filles à la mère, et même de confier tous les enfants indistinctement à la mère, si ce partage devait leur être trop nuisible. La femme venant à se remarier, les enfants devaient retourner sous la direction de leur père. Chacun des deux époux, qu'ils eussent ou non la garde de leurs enfants, devaient contribuer à leur entretien.

Signalons enfin une autre dérogation au vieux principe de la puissance paternelle à l'occasion du divorce. Nous avons vu précédemment que le *paterfamilias* de la femme avait le droit de répudier son gendre, même contre le gré de celle-ci (3). Grâce au progrès des idées, Antonin le Pieux et Marc-Aurèle mirent un terme à cet abus séculaire, en défendant absolument au *paterfamilias* de dissoudre le mariage de sa fille (Paul, Sent. V, 6, § 5). Ces princes étendirent la même prohibition au patron par rapport au mariage de l'affranchie (Cod. *de Rep.*, l. 5).

A l'heure où nous sommes arrivés, c'est-à-dire à la veille de la conversion de Constantin, les croyances étaient depuis longtemps disparues; le scepticisme

(1) Dig., XLIII, tit. 30, l. 1.

(2) Cod. V, tit. 24.

(3) La mère n'eut jamais le droit de dissoudre le mariage de sa fille, car elle n'eut jamais la *patria potestas* (Cod. *de Repud.*, l. 4).

avait gagné tous les esprits; les rares disciples qui restaient encore de la forte école stoïcienne regardés d'un œil soupçonneux, tenus à l'écart ou décimés par la persécution, n'exerçaient aucune influence. La liberté, phare des âmes, avait depuis longtemps disparu; le matérialisme régnait partout en maître repu parmi les hautes classes et dans les masses populaires.

Profitant de cet effondrement général, le divorce, terrible agent et en même temps produit fatal de toute corruption, prit des développements inouïs. Saint Jérôme raconte qu'il n'était pas rare à son époque de rencontrer des femmes comptant jusqu'à leur vingt-deuxième mari ! Au milieu de cet effondrement général où Rome et la civilisation allaient peut-être périr, le christianisme apparut, et le monde romain put espérer encore sa régénération et de longs jours d'existence : *In hoc signo vinces !*

Ce signe devait un jour terrasser le divorce.

QUATRIÈME PÉRIODE

LE DIVORCE, DE CONSTANTIN A JUSTINIEN (de 306 à 565).

I

Le christianisme enseignait avec saint Paul l'indissolubilité du mariage, figure mystique de l'union de Jésus-Christ avec son Eglise. Une doctrine aussi pure allait rencontrer dans la vieille société romaine de vives et longues résistances, mais un jour ou l'autre elle devait triompher et amener graduellement la chute du divorce.

Sous l'inspiration manifeste des évêques dont il avait fait ses principaux conseillers, Constantin, peu de temps après sa conversion, promulgua deux Constitutions : l'une abolissant le divorce par consentement mutuel, l'autre réduisant à trois cas seulement les causes légitimes de répudiation (1)... *In repudio mittendo, à fœminâ hæc sola crimina inquiri; si homicidam, vel medicamentarium vel sepulchro-*

(1) Vid. *Cod. Theod.*, III, 16., l. 1. — III, 6.

rum violatorem maritum suum probaverit... In masculis etiam, si repudium mittant, hœc tria crimina inquiri convenict, si mœcham, vel medicamentariam, vel conciliatricem repudiare voluerit. La violation de cette loi entraînait des peines pécuniaires et corporelles : la femme perdait sa dot et les donations que lui avait faites son mari *(usque ad aucuculam capitis)* ; elle était ensuite déportée dans une île ; — le mari était condamné à la restitution immédiate et intégrale de la dot ; il ne pouvait se remarier.

Constantin compléta cette vigoureuse réforme par une Constitution frappant l'épouse adultère et son complice de la peine de mort (1). La loi *Julia de adulteriis*, toujours en vigueur depuis le règne d'Auguste, punissait simplement de la déportation les deux coupables. Sous l'influence des doctrines chrétiennes, Constantin considéra l'adultère comme une profanation de l'institution divine du mariage ; on s'explique, dès lors l'excessive sévérité de la répression.

Elle fut maintenue dans toute sa rigueur jusqu'au règne de Justinien ; mais les successeurs de Constantin se départirent de la fermeté de ses vues contre le divorce, cédant sans nul doute aux exigences de leur siècle.

Dans l'année 421, Honorius publia une Constitution dans laquelle il augmenta le nombre des causes de divorce. Cette loi n'offrant guère d'intérêt

(1) *Cod. lib.*, IX, IX, l. 30.

dans ses détails, nous nous bornerons à l'indiquer (Code, Theod.).

Théodose et Valentinien firent paraître à leur tour, en 449, une longue Constitution sur le divorce ; elle figure *in extenso* dans le Code (V, XVII, l. 8) ; mais elle ne mérite qu'une seule observation : on y voit pour la première fois attribuer une partie du patrimoine des époux divorcés à leurs enfants.

L'empereur Anasthase rétablit en *497* le divorce par consentement mutuel (*Cod., ibid., l. 9*).

II

Il nous reste à examiner la législation de Justinien. Ici encore nous procèderons par voie d'analyse rapide, nous bornant à signaler les traits les plus remarquables que nous rencontrerons dans l'œuvre, assez laborieuse d'ailleurs, de ce prince relativement au divorce.

Pas plus que ses prédécesseurs, Justinien n'osa abolir le divorce dans ses Etats, mais il s'appliqua à le renfermer dans des limites de plus en plus étroites.

Ainsi, après avoir adopté d'abord la Constitution de Théodose et Valentinien et celle d'Anasthase (Cod. V, VII, l. 8 et 9), il publia une série de Novelles réduisant très-sensiblement les causes de répudiation, et abolissant le divorce par consentement mutuel. Ces lois élevèrent d'autre part la pénalité pécuniaire ap-

plicable à l'époux dont les torts avaient motivé le divorce, et à celui des conjoints qui avait divorcé en dehors des causes légitimes. Plus tard, Justinien punit simultanément le mari et la femme, même dans le cas où leur divorce reposait sur des causes tolérées par la loi. La dot et la donation *propter nuptias,* furent dans cette hypothèse, attribuées aux enfants, et à défaut de ceux-ci, à leurs descendants (1).

Mais la législation de Justinien se distingue surtout de l'œuvre de ses prédécesseurs par la nature et la rigueur des peines corporelles qu'elle prononce contre les époux divorcés.

La Novelle 117 décida d'abord que la femme coupable d'avoir répudié son mari en dehors des causes légitimes, serait amenée devant l'évêque et condamnée à finir ses jours dans un monastère. Cette loi était muette à l'égard du mari répudiant sa femme dans les mêmes conditions, mais la Novelle 134 (2) prononça contre lui la même peine du cloître à perpétuité.

(1) Vid., Nov. XXII, cap. 30 ; Nov. CXVII, cap. 13.; Nov. CXXXIV, cap. 11.

(2) Cap. 11 ; adde Nov. 127, Cap. 5. — Ces diverses Novelles contiennent, avec le titre VII, liv. V du Code, toute la législation de Justinien sur le divorce. Nous renvoyons aux textes pour les pures questions de détail, qui n offrent plus guère d'intérêt aujourd'hui, et présentent un ensemble confus, fatiguant à démêler

III

Par rapport à l'adultère, Justinien modifia la Constitution de Constantin ; il maintint la peine de mort contre le complice, le considérant sans doute dans tous les cas comme le séducteur de l'épouse infidèle ; à l'égard de celle-ci, il décida qu'elle conserverait la vie, mais pour être jetée à perpétuité dans un monastère, après avoir subi la torture du fouet. Telle est, du moins, sur ce dernier point, l'interprétation généralement donnée à la Novelle 134, cap. 10, où nous lisons : *Adulteram verò mulierem competentibus verberibus subactam in monasterium mitti.....*

Gluck (1), après avoir attribué à ce texte un autre sens que nous ne saurions admettre, nous apprend que les femmes adultères enfermées dans le monastère vivaient séparées des religieuses ; on leur rasait la tête, et leur vêtement était des plus grossiers.

Pour subvenir à l'entretien de ces recluses, le couvent était autorisé à s'approprier une quote-part de leurs biens ; le surplus devait être confisqué au profit des enfants issus de leur mariage, et à défaut, en faveur de leurs ascendants. Si la femme n'avait ni enfants ni as-

(1) T. 2, page 16.

cendants, le monastère s'emparait de toute sa fortune.

Dans tous les cas, le mari était autorisé à prélever la dot et la donation *propter nuptias*.

La Novelle 134, que nous venons d'analyser, contient une remarquable innovation qui a été reproduite dans notre législation française : le mari de la femme adultère avait la faculté de la retirer du cloître où elle expiait sa peine, mais à la condition d'exercer ce droit dans les deux ans, à partir du jour de la condamnation.

Justinien ne prononça jamais une peine corporelle contre le mari coupable d'adultère, mais il autorisait l'épouse à le répudier. Elle prenait alors sa dot, la donation *propter nuptias*, plus une valeur équivalente au tiers de cette donation; ses droits étaient réduits à un simple usufruit sur ces deux derniers biens si elle avait des enfants, car la loi leur en attribuait la nue-propriété (Nov. 117, cap. 9).

Cependant l'adultère du mari restait absolument impuni, et ne permettait même pas à la femme de divorcer, s'il n'était accompagné de circonstances particulièrement outrageantes pour elle; ainsi il fallait que le mari eût entretenu sa concubine sous le toit conjugal, ou du moins dans un appartement situé dans la ville habitée par les deux époux. Ne pourrait-on pas ajouter, pour le dire en passant, cette sage disposition à notre article 230 du Code civil?

IV

Justinien se préoccupa aussi du sort des enfants après la répudiation. Dans le chapitre VII de la Novelle 117, il posa en principe que le divorce ne doit en rien les léser. En conséquence il oblige leurs parents à subvenir à leur entretien et à leur éducation; quant à la garde, elle sera enlevée à celui des deux conjoints dont les torts auront motivé le divorce; au surplus le juge est investi d'un pouvoir discrétionnaire, il n'a à se préoccuper que de l'avantage des enfants. Sur ce point Justinien confirme la Constitution de Dioclétien.

Telle est dans son ensemble et en résumé la législation des empereurs chrétiens relativement au divorce.

Sous les successeurs de Justinien, qui régnèrent à Constantinople durant le Bas-Empire, le divorce, encouragé par le schisme grec, continua à subsister, à exercer son œuvre énervante et son travail de dissolution. Il fut au contraire bientôt banni de la législation dans l'occident de l'Europe chrétienne. Nous allons nous rendre compte de cette phase nouvelle de l'histoire du divorce en l'étudiant dans notre ancienne France et dans le droit canonique.

ANCIEN DROIT

LE DIVORCE DANS L'ANCIENNE FRANCE

CHAPITRE PREMIER

Le Divorce dans la législation civile.

Lorsque Rome eut soumis la Gaule, imposé ses lois aux vaincus, et dissipé par la persécution les derniers prêtres de leur religion, le droit gaulois, dont les Druides, dépositaires jaloux, n'avaient jamais voulu écrire ni publier le texte, ne tarda pas à disparaître sans laisser de traces.

Aussi on ne peut dire avec précision quelles étaient les règles du divorce sur notre sol primitivement national.

Cependant César et Tacite nous apprennent que la polygamie existait dans les Gaules.

César nous dit en outre que les Gaulois avaient le droit de vie et de mort sur leurs femmes. Cette analogie, ces traits de ressemblance frappante, que l'on pourrait d'ailleurs multiplier, avec les mœurs, les croyances et le droit des Orientaux, prouvent que la condition des femmes n'était guère meilleure dans les Gaules que dans l'Asie ; si nous tenons compte d'autre part de la présence du tribunal de famille chez les Gaulois, rappelant l'antique et patriarcale omnipotence de l'homme sur tout son entourage, nous pourrons conclure que le divorce existait dans les Gaules au profit exclusif du mari, comme chez les autres peuples de l'antiquité.

Sous l'empire du droit romain, qui régit exclusivement notre pays après son entière soumission jusqu'à l'invasion des Barbares, le divorce fut pratiqué par les Gallo-Romains suivant les Constitutions promulguées par les divers empereurs depuis Auguste jusqu'à la chute du trône d'Occident (476). Nous renvoyons sur ce point à notre étude du divorce dans le droit romain.

Lors de l'arrivée des Barbares sur le sol gallo-romain, le droit en vigueur s'y composait : 1° des écrits des jurisconsultes, approuvés par la loi des Citations, publiée en l'année 426 sous le règne de Valentinien III ; 2° des Codes grégorien, hermogénien et théodosien ; 3° de

quelques Novelles accessoires à ces Codes. La dernière Constitution qui réglementa le divorce dans la société gallo-romaine avant l'arrivée des Barbares, fut donc celle d'Honorius.

Les Burgondes, les Wisigoths et les Franks, qui prirent successivement possession de notre territoire, laissèrent aux vaincus leur législation, gardant pour leur propre compte leurs antiques coutumes, condensées dans la loi Gombette, dans la lex Wisigothorum, dans la loi Salique et dans la loi des Franks Ripuaires.

Tacite ne nous dit pas que le divorce fut en usage chez les Germains avant leur irruption dans les Gaules; il semble même que l'on pourrait induire une idée contraire du chapitre 20 de sa *Germanie*.

« Mais, nous dit M. Pardessus (1), les titres 34 de la loi des Bourguignons, et VII chapitre 14, de celle des Bavarois, constatent l'existence du divorce pour des causes motivées. Seulement ils paraissent n'accorder qu'au mari le droit de *dimittere uxorem*, et même la première de ces lois punit d'une mort infamante la femme *quæ maritum suum dimiserit*; (la femme qui répudiait son mari devait être étouffée dans la boue). Quant au mari, suivant qu'il a ou qu'il n'a pas de cause légitime, il doit ou il ne doit pas d'indemnité à sa femme. Si le mari répudiait sa femme sans de graves motifs, il devait lui payer une somme égale au *pretium nuptiale*.

(1) 13e dissert. sur la loi Salique.

» Peut-être en était-il ainsi chez les Franks ; il n'existe rien à ce sujet dans leurs lois ni leurs formules. Grégoire de Tours (liv. IV, chap. 33) déclare que l'Eglise n'autoriserait pas une femme à quitter son mari malgré lui, même pour embrasser la profession religieuse ; mais nous savons d'une manière positive par les formules 30 du livre II de Marculfe, IX de Bignon, X de Sirmond, XLVI de Mabillon, qu'on y connaissait le divorce par consentement mutuel, fondé sur l'incompatibilité d'humeur. On y voit que les deux époux se dégagent réciproquement, en se donnant l'un à l'autre la faculté de contracter une autre union (1). »

Les Capitulaires, promulgués par nos rois de la première race, ne permettaient le divorce que dans le cas où les deux époux se vouaient à la vie monastique. Cependant le synode tenu à Soissons en 744 autorisait encore le mari à répudier sa femme coupable d'adultère. Le même synode prononçait, sauf cette dernière exception, l'indissolubilité du mariage, laquelle fut définitivement inscrite dans le droit civil en vertu d'un Capitulaire publié par Charlemagne en l'année 789 (2).

Dès ce moment, le divorce fut remplacé par la séparation d'habitation *à thoro et mensâ ;* et ce régime, pleinement toléré par l'Eglise, fut le seul en usage dans notre ancienne France, jusqu'à la Révolution de 1789.

(1) Sic M. Geinouilhac, notre savant professeur, à son cours. — Voir aussi Lois des allemands (Laboulaye, p. 153), des Bavarois, des Lombards (Laferrière, p. 151).

(2) Voir le chap. 42 de ce capit.

CHAPITRE II

Le divorce dans le Droit canonique.

I

Le droit Canonique prononçait un assez grand nombrede nullités de mariage. Ces nullités, au chiffre de quinze, furent admises dans la loi par l'édit de Pistoie publié par Charles le Chauve (876). L'Ecole se plût à les réunir dans les vers suivants, sous le nom d'empêchements dirimants :

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultûs disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas :
Amens, affinis, si fortè coïre nequibis :
Si Parochi et duplicis desit præsentia testis ;
Raptave sit mulier, nec parti reddita tutæ.
Hæc facienda vetant connubia, facta retractant.

Les empêchements simplement prohibitifs, primitivement au nombre de douze, furent réduits à quatre, dont on composa le vers qu'on va lire :

« *Ecclesiæ vetitum, tempus, sponsalia, votum.* »

II

Quant au divorce, on enseigne que l'Eglise catholique l'a toujours proscrit, même pour cause d'adultère.

L'Ancien Testament permettait aux Juifs, comme nous l'avons constaté au début de notre étude, de répudier leurs femmes à peu près sans doute au gré de leur caprice. Mais, disent les canonistes et les Pères de l'Eglise, cette permission contenue dans la loi de Moyse, était moins un encouragement à la répudiation, qu'une pure et simple tolérance destinée à éviter de plus grands maux (V. Sanchez, *de matrimonio*, X. I.), comme celle qui se référait aussi à la polygamie et au concubinat parmi le peuple hébreux. La loi primitive, celle à laquelle le Christ fera bientôt allusion en disant « *ab initio autem non fuit sic* », et qui émanait directement du Créateur, ne permettait aucunement le divorce; or Jésus est venu, disent les docteurs de l'Eglise, purifier la loi humaine, écrite, et rétablir la loi de Dieu dans toute sa perfection (1); voilà pourquoi il ne permit plus le divorce, de même qu'il proscrivit la polygamie et le concubinat. Telle est l'explication de l'évangile Saint-Mathieu. Il y est dit qu'un jour les pharisiens posèrent à Jésus la question du divorce dans les termes suivants : « *Si licet ho-*

(1) *Doctrina christi concordat legi naturali, quia jam est tempus perfectionis* (sic Sanchez, *de matrimonio*, lib. X, *disput.*, II, p. 9).

mini quacumque ex causa dimittere uxorem? » — « Non *legistis,* leur répondit le doux Maître, *quià qui fecit hominem, ab initio masculum et fœminam fecit eos, et dixit : erunt duo in carne una ; itaque jam sunt duo, sed una* (2) *caro quod ergo Deus conjunxit homo non separet* ». — *Dicunt illi* : « *quid ergo Moyses mandavit dare libellum repudii et dimittere uxorem?* » — « *Ait illis* : *quoniam Moyses ad duritiem cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras ; ab initio autem non fuit sic.* — *Dico autem vobis quià quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et qui dimissam duxerit, mœchatur.* » (Evang. S.-Matth., cap. 19).

Aux versets 31 et 32, cap. V, du même Evangile, Jésus dit au peuple rassemblé sur la montagne : « Il a été dit aussi : Si quelqu'un répudie sa femme, qu'il lui donne la lettre de divorce. Mais moi je vous dis que quiconque renverra sa femme, si ce n'est pour cause d'adultère, *l'expose à devenir adultère,* et que *quiconque se marie à la femme qui aura été répudiée, commet un adultère.*

On enseigne que ce dernier passage, complétant le précédent texte, prouve que Jésus, en permettant au mari de *dimittere uxorem suam* pour *cause d'adultère*, n'a pas voulu légitimer le divorce proprement dit, même *ob fornicationem ;* il a entendu tolérer la simple

(2) C'est sur ces expressions par lesquelles Jésus condamne la polygamie, que le concile de Trente s'est fondé pour fulminer contre elle l'anathème. (Dict. ecclésiast. ; verbo polygam.).

séparation, le seul renvoi de la femme. Si cette femme avait été l'objet d'une véritable répudiation, d'un divorce, se trouvant alors dégagée entièrement du devoir de fidélité conjugale, elle ne pourrait être exposée à devenir *adultère*, et d'autre part elle pourrait librement contracter un second mariage ; celui qui l'épouserait ne commettrait pas enfin lui aussi un *adultère*.

Mais hâtons-nous, sur un sujet qui ne rentre pas dans notre compétence, de citer un des plus grands docteurs de l'Eglise, saint Augustin. « Qui sumus, s'é-« crie-t-il, ut dicamus, est qui mæchatur uxore suâ « dimissâ, alteram ducens, et hæc faciens non mæcha-« tur. Cum evangelium dicat omnem mæchari qui hoc « facit. Proindè si omnis qui hæc fecerit, ut uxore suâ « dimissâ alterum ducat, mæchatur; sine dubitatione « ibi sunt ambo et qui propter causam fornicationis « dimittit uxorem suam ! » Le grand polémiste invoque surtout le texte si concluant en effet de saint Paul, qui défend absolument le divorce au nom de Dieu lui-même : « Iis qui matrimonio juncti sunt, écrit l'apôtre, præci-« pio non ego, sed Dominus, uxorem a viro non disce-« dere ; quod si discesserit, manere innuptam, aut viro « suo reconciliari ; et vir uxorem non dimittat (1). »

Pendant qu'il soutenait hardiment sa doctrine contre le divorce, saint Augustin fut appelé à siéger dans le second Concile de Milève, tenu en 416 ; il gagna à sa cause la grande majorité de cette assemblée de l'Eglise

(1) De conjug. adulter. ad Pollentium.

Africaine : « *Placuit ut secundum evangelicam et apostolicam disciplinam, neque dimissus ab uxore, neque dimissa à marito, alteri conjungantur, sed ita maneant, ut sibimet reconcilientur ; quod si contempserint, ad pœnitentam redigantur, in quâ causa legem imperialem petendam promulgari.* »

Ce canon fait partie de la Collection rédigée par Denis le Petit au commencement du Ve siècle. Cette compilation ne comprenant que les canons universellement reçus par l'Eglise latine, il en résulte que la doctrine du Concile de Milève contre le divorce était généralement suivie même dans l'Eglise d'Occident. Elle fut reproduite en France dans la Collection des Capitulaires de Charlemagne, due à l'abbé Andegise; nous y lisons en effet (lib. I, art. 42) : « *item ex eodem Concilio afrcaino, ut nec uxor à viro dimissa alium accipiat virum, vivente viro suo, nec vir aliam accipiat uxorem, vivente priore.* »

C'est donc en définitive le canon du concile de Milève qui inspira à Charlemagne son célèbre Capitulaire de 789, à partir duquel le divorce fut définitivement aboli dans notre pays, ainsi que nous l'avons dit précédemment.

III

On a prétendu que l'Eglise primitive avait varié sur la prohibition absolue du divorce en ce sens que dans les premiers siècles du christianisme quelques Pères, quelques Conciles ou Synodes, certains Papes eux-mêmes, auraient approuvé le divorce pour le cas d'adultère de la femme.

On cite le plus souvent à ce propos quelques textes colligés en frangments dans le traité du mariage de Pothier (tome 2).

Mais, affirment les docteurs, l'Eglise a toujours enseigné depuis saint Paul que le mariage crée entre les époux un lien que l'adultère même ne saurait dissoudre *quoadvinculum*; elle a permis seulement la séparation *quoad thorum et mensam*.

Le célèbre Sanchez, dans son traité *de Matrimonio*, résume (livre X *de divortio disp.* I et II) les objections produites en faveur du divorce, *propter for-*
« *nicationem*, objection qu'il ne craint pas d'accuser
« d'herésie. « Atque ideo, dit le rigide et savant cano-
« niste, breviter tangam et dissolvam potissima argu-
« menta hæreticorum. Et quidem ex Catholicis aliqui
« existimarunt ommino dissolvi matrim. quoad vin-
« culum, eo propter adulterium alterius conjugis sepa-
« rato : atque ita licere aliud matrimonium inire, priori

« conjuge superstite : atque ita *Sixtus Senensis* lib. 6. « *biblioth. refert Origenem* tract. 2, in Matth., asse- « rentem quosdam sui temporis Episcopos permisisse « alias nuptias uxoribus ob virorum adulteria ab ipsis « divertentibus, et tenuere *Tertullianum adver. Mar-* « *cion Erasmum in annotat*, ad I, cor. 7. *Caietanum* « *in Matth.* 19 *Catharin.* libr. 5 *annotationum Contra* « *Caietanum*, in fine. Isque fuit error Græcorum Guido « Carmelita in sua sum. de hæretic. Ac in errore eodem « versantur hæretici nostri temporis, Anabaptistæ, « Lutherani et Calvinisti. Ducuntur primo, etc. »

Sanchez passe en revue les principaux arguments de ses adversaires ; suivant eux, Jésus, dans l'évangile selon saint Mathieu, aurait simplement réduit au seul cas d'adultère les causes du divorce qui sous la loi de Moyse étaient indéterminées ; outre Tertullien et les autres auteurs sacrés plus haut cités, ils ne craignent pas d'invoquer l'autorité d'un Pontife : « Secundo probatur ex decreto *Zachariæ*, I. *Pontif.*, et refertur *C, Concubuisti*, 52, 9, 7, ibi « *Concubuisti* cum sorore uxoris tuæ *neutram habeas*, et si illa quæ uxor tua fuerit conscia sceleris non fuit, si *se continere non vult, nubat in Domino cui velit* » ; ils s'appuient, encore, sur un passage de saint Ambroise commentant saint Paul (1, Cor., 7) : « Uxor a viro non discedat, nisi causa fornicationis ; quod si discesserit, aut maneat innupta, aut reconcilietur. Ideo non subdit de viro, quod de uxore præmisit. *Quia viro liceat ducere aliam.* »

Ils citent enfin le canon 31 du concile de Vermeries :

« Si qua mulier, in mortem sui mariti consiliata sit cum aliis, et ipse vir se defendendo aliquem illorum occiderit; si probare potest ille vir eam ream esse consilii, potest *(ut nobis videtur) ipsam uxorem dimittere et, si voluerit, aliam ducere.* »

Voilà des textes bien concluants, en apparence du moins, en faveur du divorce, puisqu'ils le permettent même pour d'autres causes que l'adultère de la femme. On peut grouper certainement autour d'eux ceux que l'on rencontre dans divers ouvrages. Or voici leur réfutation.

Sanchez commence par une protestation énergique contre ces fausses doctrines, au nom de toute l'Eglise catholique : « Veritas autem catholica est, nequaquam « dissolvi matrimonii vinculum ob adulterium, atque « ita neutri conjugi licere alio superstite ad alias nuptias transire : quod si transeat, matrimonium esse irritum. Hanc veritatem statuerunt *Innocent I Pontifex epist., 3 ad Exuperium episcopum Alex. III. Ex parte de sponsal. — Concilium Milævævitam. Canon African, 69. — Foromliense, Can. 10. — Nanneiense Can. 12, et novissimè Florentinum*, in Armenorum instr., et *Tridentin. Can. 10.*

« Donc, s'écrie Sanchez, après avoir invoqué ces puissants témoignages, à toutes les époques l'Eglise a condamné le divorce ! »

« *Atque ita, hæc veritas semper in Ecclesia recepta est à sanctis patribus* » ; il cite encore à l'appui de son affirmation l'autorité du savant Bellarmin, qui

a condensé la doctrine de tous les siècles chrétiens sur le divorce : « *Ut discurrens per omnia sæcula, varia sanctorum testimonia afferens, eruditissimè probat Bellarminus in suis controversiis de matrimonio, et probatur primò...* »

A notre tour, nous ne saurions mieux faire certainement que de renvoyer à la lecture de Bellarminus et à celle de Sanchez qui le résume, mais d'une façon trop longue, trop complète, pour convenir au modeste cadre d'une thèse. (Voir donc Sanchez, *loco cit. disputat*, II, X.)

Cependant nous mettrons en relief l'argument par lequel Sanchez réfute le passage du pape Zacharie, fort mal interprété, dit-il. La décision du pape pourra s'expliquer de deux manières. Le pontife a permis à la femme de l'homme coupable d'adultère et d'inceste de se remarier, mais seulement après la mort de son époux ; peut-être encore il ne s'agissait pas d'un véritable mariage, mais seulement de simples fiançailles par paroles de futur : « Dic decretum illud » Zachariæ intelligi, ut nubat post mortem viri : vel » eo vivente, erat *tantum sponsa de futuro*; » telle est d'ailleurs, ajoute Sanchez, l'explication de la Glose accompagnant le texte du pape Zacharie « ut explicat » gloss. final., in eo C., *concubuisti*. »

Signalons encore deux autres arguments.

S'il s'est rencontré, réplique ardemment notre infatigable polémiste, quelques Conciles qui n'ont pas absolument interdit le divorce, ce n'est pas qu'ils lui

aient donné leur approbation, tant s'en faut ; mais ils ont dû user de tolérance pour éviter de plus grands maux, eu égard aux mœurs de leur temps; et c'est ainsi que s'expliquent d'ailleurs les Constitutions des divers Empereurs chrétiens qui, de Constantin à Justinien, n'ont pas interdit le divorce dans l'empire romain. « At reliqua Concilia (*Ion Fernandez*, l. 1, *Thesauri Script.* C. 47, num. 2), eam fuisse permissionem advitanda majora mala; sicut, disputatione præcedenti num. 2, hac ratione defendimus leges Imperatorem Christianorum repudià permittentium. »

Nous arrivons au troisième argument réfutant l'objection tirée des écrits de saint Ambroise et de quelques Conciles. Ces textes, dit Sanchez, sont apocryphes ; ils ont été interpolés par une main hérétique, suivant le témoignage d'écrivains très sérieux : « secundò « respondet *Maldonado* in C. 19, *Matth.*, ea Concilia « esse apocrypha et spuria. Nec mirùm, quia etiam « *Gratiano C. quod proposuisti*, 32, 9, 7 *et magister*, « 4, *d.* 35 *et Abulens* C. 19, *Matth.* 9, 76, *ad* 1 *in fine*, « dicunt illud testimonium D*Ambrosii*, relatum *cap.* « *uxor* 37, 9, 7, relatum in argum. *non esse ipsius*, « *sed ab hæreticis impositum.*

Enfin, dit Sanchez, il faut bien examiner, pour comprendre les textes qu'on nous oppose, s'ils ne signifient pas uniquement par hasard que la femme d'un époux adultère pourra *se remarier après la mort de celui-ci*, mais jamais de son vivant.

Nous devons en effet faire observer à ce sujet que

durant les premiers siècles de l'Eglise le plus grand nombre des Pères était absolument opposé aux seconds mariages. On peut lire sur ce point de la discipline primitive des passages fulminants contre les veufs, et surtout contre les veuves qui songeaient à se remarier.

S'il en était ainsi, dirons-nous, comment ces mêmes Pères de la primitive Eglise auraient-ils permis le divorce, qui viole d'une façon bien plus grave que le second hymen des époux veufs, le lien sacré du mariage?

Or, parmi ceux qui se distinguèrent par leur sévérité contre les secondes noces, figurent précisément saint Ambroise, Tertullien et saint Jean-Chrysostôme (1), autant de Pères de l'Eglise dont on invoque l'autorité en faveur du divorce (2).

Voici au surplus comment saint Chrysostôme explique la tolérance dont on pouvait l'accuser relativement au divorce, en s'en tenant aux apparences (Hom. 32, *sup.* C. 19, Math.) : « Permittimus *quod nolentes in-*
» *dulgemus*, quia pravam hominum voluntatem ad
» plenum prohibere non possumus. Permittimus ergo
» *fieri mala, ne pejora.* »

Pour être juste et complet dans l'examen de la délicate question qui nous occupe, disons en terminant que quelques Evêques habitant dans les provinces éloignées du centre de la chrétienté, ont pu se tromper, et appliquer isolément une doctrine erronée sur le di-

(1) Voir sur la doctrine de l'Eglise primitive relativement aux secondes noces, Sanchez, VII, *Disput.*, XXXI.

(2) *Vid.*, Sanch., X, *Disp.*, 1.

vorce ; c'est ce que nous apprend Sanchez lui-même dans les lignes suivantes : « Posterior est indissolubili-
» tatem *matrimonii non ita arctè in primitiva Ec-*
» *clesia intellectam esse, quin liceret ex legitima*
» *causa apud Episcopos provinciales probata, libel-*
» *lum repudii dare*, atque ita non mirum si Justi-
» nianus erravit. »

Pothier nous paraît avoir commis une exagération lorsqu'il a dit (1) à propos du divorce considéré dans la doctrine de l'Eglise : « La question a souffert difficulté dans les premiers siècles. »

La vérité, croyons-nous, c'est qu'il y a eu sur ce point de très rares dissidences, et qu'en général l'Eglise condamnait le divorce, ne permettant sous le nom de *divortium* (2) que la séparation *quoad thorum et mensam*.

Au surplus, Pothier a corrigé lui-même sa précédente proposition, en disant (num. 464, loc. cit.). « Quoique le divorce, dans l'Empire romain, fût permis par les lois séculières, et qu'en conséquence, après un divorce célébré dans la forme légale, chacune des parties pût, dans le for extérieur, passer du vivant de l'autre à un autre mariage, néanmoins l'Eglise regardait le divorce comme défendu par l'Evangile et comme incapable de rompre les liens du mariage; en conséquence, elle regardait comme un adultère, plutôt que comme un mariage, celui que l'une des parties contrac-

(1) Traité du *Contr. de mar.*, II. Part. VI, ch. 2. art. 3, n° 487.
(2) Voir sur le double sens du mot *divortium*, Sanchez, X, 1, *ibid.*

tait après le divorce, du vivant de l'autre, avec un autre personne; et quoi qu'il fût réputé valable dans le for extérieur, elle retranchait de sa communion les parties qui l'avaient contracté jusqu'à ce qu'elles se séparassent, et elle les soumettait à la pénitence à laquelle étaient assujettis par les canons les adultères..... »

Les divergences isolées qui avaient pu se produire dans les premiers siècles de la chrétienté sur la doctrine du divorce, disparurent complètement dès le commencement du VI^e^ siècle, grâce sans doute aux efforts de la Papauté, dont le pouvoir s'affermissait de plus en plus.

Citons parmi les Pontifes qui ont le plus vigoureusement combattu le divorce, Innocent I^er^, dont nous avons précédemment parlé, et sa célèbre décrétale sur le divorce adressée à l'évêque de Toulouse (1). Citons encore Alexandre III, Urbain II, qui anathématisa le divorce dans le concile de Clermont (2), et le pape Eugène IV (3).

C'est cette doctrine, soutenue depuis si longtemps et d'une façon si unanime par les pontifes de la Cour de Rome, que nous allons voir proclamée dans le Concile de Trente (1563) : « Si quis dixerit Ecclesiam errare cum docuit et docet juxtà evangelicam et apostolicam doctrinam, propter adulterium alterius conjugum, ma-

(1) On trouve cette décrétale dans le tome II des conciles du Père Labbe, p. 1254.

(2) Cap. 5, *de Divort.* de ses décrétales.

(3) Labbe, *ibid.*, tome 13, p. 539.

trimonii vinculum non posse dissolvi, vel etiam innocentem qui causam adulterio non dedit, non posse, altero conjuge vivente, aliud matrimonium contrahere, mœcharique eum qui, dimissa adultera, aliam duxerit, et eam quæ dimisso adultero, alii nubserit, Anathema sit. »

Cette décision célèbre du Concile ne fut pas reconnue par les chrétiens d'Orient : le schisme grec conserva toujours l'usage du divorce, tel que les Empereurs régnant à Constantinople l'avaient réglementé à diverses reprises.

Mais l'ensemble de la chrétienté latine s'inclina devant l'autorité du concile de Trente, et aucune voix n'entreprit plus désormais dans le monde catholique de justifier le divorce.

Déjà proscrit depuis Charlemagne, le divorce fut donc condamné de plus fort dans notre vieille monarchie française, jusqu'à la grande Révolution de 1789.

CHAPITRE III

Droit Intermédiaire

La Constitution de 1791, après avoir proclamé *les droits de l'homme* sur les seules données de la raison,

déclara que le mariage était un contrat purement civil. Ce principe admis annonçait le rétablissement du divorce.

Le 20 septembre 1792, parut un décret ainsi conçu : « L'assemblée nationale, considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte ; considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas attendu, pour jouir des avantages de la disposition constitutionnelle suivant laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil, que la loi eût réglé le mode et les effets du divorce, décrète ce qui suit :

Art. 1er. — Le mariage se dissout par le divorce.

Art. 2. — Le divorce a lieu par le consentement mutuel des époux.

Art. 3. — L'un des époux peut faire prononcer le divorce sur la simple allégation d'incompabilité d'humeur ou de caractère.

Art. 4. — Chacun des époux peut également faire prononcer le divorce sur des motifs déterminés, savoir : 1° sur la démence, la folie ou la fureur de l'un des époux ; 2° sur la condamnation de l'un d'eux à des peines afflictives ou infamantes ; 3° sur les crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre ; 4° sur le dérèglement des mœurs notoire ; 5° sur l'abandon de la femme par le mari ou du mari par la femme pendant deux ans au moins ; 6° sur l'absence de l'un deux, sans nouvelles au moins pendant cinq ans ; 7° sur l'émigration..... »

Le décret s'occupe ensuite de la procédure du divorce et de ses effets par rapport aux époux et aux enfants; nous renvoyons pour ces détails à la lecture du texte lui-même.

Cette loi poussa trop loin sa haine contre toute influence religieuse, en supprimant la Séparation de corps. Article 7 : « A l'avenir, aucune séparation de corps ne pourra être prononcée; les époux ne pourront être désunis que par le divorce. » C'était là porter atteinte à la liberté de conscience des catholiques.

Cependant il faut signaler à l'honneur des législateurs de 1792, l'esprit de haute équité qui leur fit effacer toute distinction, tout privilége par rapport au divorce, entre l'homme et la femme. Celle-ci put invoquer les mêmes causes que le mari, notamment l'adultère, considéré du côté de l'homme, dans toutes les législations, comme une peccadille sans importance légale.

D'autres décrets furent publiés sur le divorce par nos assemblées révolutionnaires; mais ils se rattachèrent à des points accessoires et laissèrent subsister comme base le décret de 1792; aussi nous bornerons-nous à indiquer leurs dates. Décret du 22 vendémiaire an II (13 oct. 1793); 23 vendémiaire an II (14 oct. 1793); 8, 14 nivôse an II (28 déc. 1793-13 janv. 1794). Cette dernière loi est à signaler, en ce qu'elle contient l'ébauche d'une procédure particulière qui déférerait aux tribunaux de famille les procès en divorce; 4, 9 floréal an II (23, 28 avril 1794); 24 floréal, 2 prairial an II (13, 21 mai 1794); 14 messidor an II (2 juil.

1794); 8 vendémiaire an III (29 sep. 1794); 24 vendémiaire an III (15 oct. 1794); premier jour complémentaire an V (7 sep. 1797). Parut enfin la loi du 30 ventôse, 10 germinal an XI (21, 31 mars 1803), qui fit partie de la rédaction primitive du Code Napoléon.

Comme on le sait, le divorce fut en vigueur dans notre pays durant le premier Empire.

Il fut aboli par la loi du 8 mai 1816, sous la Restauration, c'est-à-dire lorsque le Catholicisme fut déclaré en France religion d'Etat.

Depuis lors, la question du rétablissement du divorce a été plusieurs fois portée à la tribune française; tout récemment encore elle s'est vue repoussée par notre Parlement.

Il semble que le divorce répugne à la France, en cela plus sage, plus prudente, et, pour tout dire en un mot, plus délicate que la plupart des autres nations modernes.

DROIT CIVIL

DE LA SÉPARATION DE CORPS

CHAPITRE PREMIER

Des causes de la séparation de corps.

I

En présentant au Corps législatif l'article 306 de notre Code civil, qui rétablit la séparation de corps à côté du divorce, M. Threillard s'exprima en ces termes : « Le pacte social 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 et le malheur de toute leur vie ? Nous aurions bien mal rempli notre tâche, si nous n'avions pas 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..... »

Ces lignes nous révèlent la véritable pensée du législateur de 1803 sur la séparation de corps. Cette ancienne institution, que la loi du 20 septembre 1792 avait abolie, a été inscrite dans le Code civil comme une concession faite aux « consciences délicates », aux catholiques fermement attachés à leur croyance ; la séparation de corps devait donc former en quelque sorte l'exception, à côté du divorce que l'on considérait comme la règle générale adoptée dans notre pays (*Comp.*, art. 310).

Voilà pourquoi, après avoir développé avec une minutieuse attention la matière relative au divorce, les rédacteurs du Code civil ont réservé six articles à peine à la séparation de corps.

Pour combler une telle lacune, les jurisconsultes ont été obligés de rechercher à l'aide de l'analogie, parmi les nombreux textes consacrés au divorce, ceux qui

pourraient être applicables à la séparation de corps. Sur des questions aussi délicates et aussi importantes, qui touchent au lien du mariage et intéressent par suite la famille et la société, pourquoi n'a-t-on pas encore promulgué une règlementation complète, ne laissant plus de place au doute et à l'arbitraire, ces deux écueils de toute justice? A la vérité, une réforme fut tentée sur ce point en 1816, mais la Chambre des députés, entraînée par des préoccupations d'un autre ordre, perdit de vue ce projet de loi qui n'a plus reparu dans nos Parlements.

Il faut donc étudier la séparation de corps avec les rares textes qui s'y réfèrent dans notre législation moderne. Remarquons tout d'abord la disposition que nous présente l'art. 307. La séparation par consentement mutuel y est interdite formellement; le Code civil permettait au contraire de divorcer à l'aide de ce simple moyen.

Comment expliquer cette apparente contradiction? Le législateur de 1803 ne songeait pas, en prohibant la séparation volontaire, à rendre plus ferme, plus inattaquable le lien du mariage, puisqu'il permettait de le rompre par le divorce, résultant même du simple contentement mutuel; mais, regardant avec indifférence l'institution de la séparation de corps, tolérée, rétablie, comme une concession à l'égard d'une minorité respectable, et par pure raison de convenances, il s'est appliqué à en empêcher autant que possible l'usage, invitant ainsi les conjoints d'une façon indirecte à profiter du bénéfice du divorce, que les idées du temps faisaient

considérer comme plus avantageux aux époux et à l'État. Telle est à notre avis la véritable raison de la prohibition contenue dans l'article 307 ; sinon il faudrait accuser les rédacteurs du Code civil d'avoir manqué de logique.

De nos jours le divorce n'existant plus, ne serait-il pas sage d'admettre la séparation de corps par consentement mutuel ? Malgré les raisons savamment développées par de graves esprits (1), nous penchons pour l'affirmative. En entourant ce mode de séparation de quelques formalités garantissant l'intérêt des tiers et mettant les époux eux-mêmes en garde contre la légèreté et la précipitation, on éviterait aux familles la tâche qui résulte d'un débat judiciaire, et l'on mettrait un terme à ces séparations de fait, dont le nombre si considérable de nos jours, indique mieux que tous les raisonnements l'urgence de la réforme de l'art. 307 (2).

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence considère comme d'ordre public la règle prohibant la séparation de corps par consentement mutuel. De là, dans la pratique de de nombreuses conséquences : par exemple les conjoints, ne pouvant plus endurer la vie commune, désireux cependant d'éviter l'éclat de l'audience, se quittent à l'amiable, après avoir signé une convention assurant à chacun d'eux son indépendance ; un tel contrat

(1) Voir notamment M. Huc, *le Code italien*, p. 83 ; M. Massol, *de la Séparation de corps*, p. 451.

(2) Cette réforme a été déjà adoptée dans plusieurs pays, notamment en Hollande et en Italie.

est nul, et cette nullité s'étendrait même à la clause pénale. Pareillement, si les deux époux, combinant des torts simulés, tels qu'une correspondance injurieuse, étaient parvenus à faire prononcer leur séparation, le jugement devrait être réformé en appel.

II

Ainsi la loi française ne reconnaît la séparation que lorsqu'elle est judiciairement prononcée; le Code exige en outre qu'elle soit basée sur des causes déterminées ; quelles sont-elles?

Suivant l'article 306, les causes de la séparation de corps se confondent avec celles du divorce; nous sommes ainsi renvoyés aux articles 229, 230, 231 et 232.

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, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune (1). »

Ces textes font une remarquable distinction entre l'adultère de la femme et celui du mari ; le premier est, dans tous les cas, une cause de séparation de corps ; le second, pour produire le même effet juridique, doit être accompagné de la circonstance aggravante prévue par l'article 230.

Examinons le sens de ces mots « *lorsqu'il aura*

(1) *Conf.* Novelle 117, cap. IX.

tenu sa concubine dans la maison commune » employés dans l'article 230. Cette phrase se réfère d'abord à l'hypothèse où le mari entretiendrait une maîtresse dans le domicile conjugal, mais elle comprend aussi sans nul doute le cas où le mari aurait des rapports fréquents sous le toit conjugal avec une femme qui s'y rendrait habituellement du dehors. Nous repoussons l'opinion de MM. Massé et Vergé prétendant qu'un seul acte de débauche donnerait lieu à l'application de l'article 230. Nous voyons dans ce cas simplement l'injure grave.

L'article 230 n'exige pas que la concubine soit à proprement parler *entretenue par le mari* dans la maison commune ; il suffit qu'elle y habite, à quel titre que ce soit, fût-ce en qualité de servante, de parente, ou d'amie de la famille. Notre législateur s'inspirant du sage motif exprimé par la loi romaine, a pensé que la seule présence d'une rivale dans la maison commune constitue pour l'épouse un suprême outrage, et rend désormais impossible toute cohabitation entre elle et son mari.

Comme nous l'avons supposé, les mots « maison commune » employés par l'article 230 sont synonymes de ceux-ci : « maison conjugale, » dont se sert l'article 339 du Code pénal. Le législateur statuant dans les deux cas sur la même hypothèse, on ne peut douter de l'identité du sens de ces deux expressions.

Quid juris si l'homme, quittant la maison commune, va habiter dans un autre appartement, sans

y appeler sa femme et sès enfants ; la résidence conjugale sera-t-elle *ipso facto* transportée dans ce nouveau local, de telle sorte que le mari ne pourra impunément y entretenir une concubine?

On ne saurait répondre *à priori*, car tout est subordonné ici aux circonstances. Les juges auront à examiner si le mari a abandonné sans esprit de retour son ancienne demeure, si sa nouvelle installation paraît ou ne paraît pas définitive. Sur ce point de fait les magistrats sont investis d'un pouvoir d'appréciation à l'abri des censures de la Cour suprême.

La maison commune dont parle l'article 230 peut être située dans un autre lieu que celui où se trouve le domicile conjugal, ce mot pris dans son acception juridique. Ainsi, les époux habitent d'ordinaire la ville, ils y ont leur domicile légal; mais durant la belle saison ils s'installent à la campagne; leur résidence d'été, quoique passagère, n'en constituera pas moins la maison commune dans le sens des articles 230 (C. c.) et 339 (C. p.).

Lorsque la femme est autorisée par le président à résider en dehors de la maison conjugale, celle-ci n'en reste pas moins « la maison commune » jusqu'au jugement prononçant la séparation de corps.

Examinons maintenant une hypothèse qui se présente parfois dans la pratique, et qui a donné lieu à une vive controverse parmi les jurisconsultes. Le mari entretient une concubine, non pas précisément dans l'appartement qu'il habite avec sa femme et ses enfants,

mais dans un local séparé, situé dans le même immeuble : tombera-t-il dans ce cas sous l'application de l'article 230 précité ?

Un premier système, présenté par MM. Massol et Dalloz (v. *Sép. de corps,* n° 76), fait une distinction : la concubine habite-t-elle assez loin des époux, par exemple dans un autre corps de logis, pour que la femme légitime ne soit pas exposée à la rencontrer à tout instant sur son passage, dans ce cas elle n'est pas « tenue dans la maison commune. » *Secùs* si son appartement était à côté de celui des époux.

M. Demolombe soutient que même dans cette dernière hypothèse la concubine n'est pas dans la maison commune ; *à fortiori*, dit-il, si elle occupe un corps de logis séparé. Nous partageons pleinement cette dernière opinion, et nous pensons que les partisans du premier système font arbitrairement rentrer dans le cas strict et rigoureux prévu par l'article 230, des faits qui ne constituent en réalité à l'égard de la femme légitime qu'une *injure grave*, dont le caractère restera soumis à l'appréciation discrétionnaire des magistrats. L'article 230, ajouterons-nous, renferme une iniquité flagrante, une choquante inégalité : tout le monde reconnaît, et M. Threillard lui-même, que l'adultère de l'homme est aux yeux de la morale aussi répréhensible que celui de la femme ; mais pour des considérations d'un tout autre ordre, purement utilitaires, on n'a voulu punir l'infidélité du mari que dans la seule circonstance prévue par l'article 230. Or les exceptions ne

souffrent point d'extension, surtout quand elles ont un caractère pénal. Tels sont les principaux motifs qui nous portent à rejeter l'opinion formulée par MM. Massol et Dalloz dans notre espèce.

L'adultère du mari, non accompagné de la circonstance aggravante prévue par l'article 230, ne reste pas toujours impuni : il peut constituer par sa publicité une *injure grave* rentrant dans les termes de l'article 231. La jurisprudence applique tous les jours ce principe vengeur de la dignité de la femme et de la morale.

III

L'article 231 sur lequel nous venons d'empiéter est ainsi conçu : « Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices et injures graves. »

Par *excès* on entend ici tout acte de violence ou toute machination criminelle, capables de porter atteinte aux jours de l'un des conjoints.

Dans le projet primitif du Code Napoléon, l'article 231 disait : « *L'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre sera pour celui-ci une cause de divorce.* Mais, nous dit Locré (1), on pensa que le plus souvent l'époux victime de cet attentat n'oserait le faire connaître sous cette qualification légale et criminelle, et pré-

(1) Locré, t. V, p. 103, 183, 262.

fèrerait s'abstenir du divorce « que de traîner son conjoint à l'échafaud. » On convint alors de remplacer la phrase précédente par le mot *excès*, renfermant d'ailleurs le même sens.

Les sévices graves sont les voies de fait ou les mauvais traitements qui par leur violence, leur aigreur, ou leur persistance calculée, rendent la vie commune intolérable. Un fait isolé, accidentel, passager, un soufflet par exemple donné dans un moment de colère, de vivacité, ou sous l'influence d'une provocation amenée par la faute même du conjoint qu'il a atteint, ne suffirait pas pour motiver la séparation de corps. Cependant les juges pourraient, en considération de l'éducation, de la position sociale des époux, et des circonstances particulières à la cause, attribuer à cette voie de fait une sérieuse importance et prononcer la séparation de corps. La loi a laissé aux magistrats un pouvoir discrétionnaire d'appréciation en cette matière. C'est ce qui ressort clairement du texte même de notre article.

Par *injures graves,* il faut entendre tout écrit, toute parole, tout fait de nature à blesser vivement la dignité, l'honneur, la délicatesse de l'époux offensé. C'est surtout en matière d'injures que le législateur, ne pouvant prévoir la variété infinie des espèces possibles, a dû s'en rapporter à la sagesse des tribunaux pour peser la gravité des griefs allégués par l'époux demandeur.

Il ne rentre nullement dans le cadre d'une thèse d'examiner les pures hypothèses de fait ; aussi nous

contenterons-nous d'indiquer le principe essentiel de l'article 231 ; nous le formulerons ainsi : Pour que l'injure devienne une cause de séparation, il faut qu'elle soit de nature à bannir durant une longue période, sinon à jamais, l'affection, l'estime, la bonne harmonie, en un mot la possibilité de la vie commune entre les époux : *Manet alta mente repostum.*

IV

La dernière des causes de séparation admises par notre Code civil est indiquée par l'article 232, ainsi conçu : « La condamnation de l'un des époux à une peine infamante (1) sera pour l'autre une cause de séparation. » Ce texte était virtuellement compris dans l'article 231. Pourquoi en effet cette condamnation devient-elle une cause de séparation, sinon parce qu'elle constitue une injure, une atteinte des plus graves à l'égard de l'époux du condamné? Examinons de près notre proposition. La solidarité d'existence produite entre les conjoints par le lien du mariage, « *individuam vitæ consuetudinem continens* », a pour conséquence fatale de faire rejaillir sur chacun d'eux la honte de la condamnation qui a frappé l'un ou l'autre, et l'on sait combien les préjugés ou la malice se plaisent à faire sentir à l'époux du coupable sa pénible

(1) Voir les art. 7 et 8 du Code pénal.

solidarité. C'est donc avec raison que ce dernier se trouvera offensé par l'arrêt qui flétrit son conjoint, et qu'il voudra se soustraire autant que possible à ses effets humiliants ; la vie commune lui sera en horreur, et il est juste de lui accorder la séparation de corps, comme une délivrance. Ainsi s'explique et se justifie l'article 232.

Mais, dirons-nous à notre tour, une morale plus pure, plus désintéressée, plus élevée, inspirera au conjoint du condamné un autre sentiment que le mépris ou la colère : la pitié ; un acte plus chrétien et plus beau que la séparation de corps : le pardon, avec ses consolations, ses encouragements, ses rayons d'espérance qui viendront visiter le malheureux dans son bagne et, lui rappelant l'affection, la famille, lui feront entrevoir le retour possible à la vie, au devoir, à la réhabilitation, au bonheur ! — Notre vœu tendrait donc à la suppression de l'article 232, que nous considérons comme une tache dans notre Code, surtout de nos jours. Nous insisterions d'autant plus, qu'en définitive l'époux du condamné peut trouver une satisfaction dans l'article 231, s'il veut à la rigueur suivre jusqu'au bout l'instinct du ressentiment. Du moins ne rencontrerait-il pas alors un encouragement dans le texte même de la loi.

Quoi qu'il en soit, continuons à analyser l'article 232. Par le mot *condamnation* on doit entendre une condamnation définitive. Dès lors ne pourraient être une cause de séparation : un arrêt de mise en accusation

visant une peine infamante ; ni une sentence émanée de la Cour d'assises, encore susceptible d'être réformée sur opposition ou pourvoi. La simple possibilité d'une *révision* n'enlèverait pas à la sentence son caractère définitif, à moins qu'il n'existât déjà des indices graves de la nature de ceux qu'indiquent les articles 443 à 447 du Code d'instruction criminelle.

La grâce n'ayant d'autre effet que de soustraire le condamné à l'expiation matérielle de sa peine et laissant subsister la condamnation avec toutes ses conséquences juridiques, ne saurait empêcher l'application de l'article 232. Mêmes motifs et même solution pour la *commutation* et pour la *prescription* de la peine.

Au contraire, la *réhabilitation* et l'*amnistie*, anéantissant la condamnation dans tous ses effets pour le passé et pour l'avenir, constitueraient une fin de non-recevoir à l'action en séparation qui nous occupe.

Quid juris lorsque la condamnation remonte à une époque antérieure au mariage ? Cette question a fait l'objet d'une vive controverse qu'il est intéressant d'analyser.

MM. Proudhon (I, 491), Marcadé (II, 232), Vazeille (II, 554), Locré (I, 229), Toullier (II, 673), Aubry et Rau (p. 178), soutiennent qu'une pareille condamnation n'autorise pas la séparation de corps. Les mots : « condamnation de l'un des époux » contenus dans l'article 232, ne sauraient, disent ces auteurs, viser une condamnation se référant à une époque où le coupable, non encore marié à son conjoint, ne pouvait être vis à

vis de lui « *l'un des époux* », peut-être même, n'avait-il pas encore le titre d'époux, étant encore célibataire lors de son jugement. D'ailleurs, ajoute-t-on, ne serait-il pas injuste et déraisonnable d'admettre une séparation pour un fait remontant avant le mariage, si par exemple le condamné remplissait tous ses devoirs d'honnête homme et d'époux? On insiste en disant : Grâce à la publicité qui entoure de nos jours les décisions de la justice, portées au loin par voie d'affiches ou par les organes de la presse, les époux ont dû certainement connaître leur passé respectif. Si donc le mariage a eu lieu no nobstant la condamnation de l'un deux, c'est évidemment parce que l'autre conjoint a pardonné à l'avance, et s'il s'avisait d'intenter ensuite une action en séparation de corps, il suffirait de lui dire : *Volenti non fit injuria*. — Répond-t-il qu'en réalité il a ignoré la condamnation de son conjoint, on lui répliquera qu'il doit s'imputer sa négligence, son extrême légèreté, et qu'il est *forclos*.

MM. Duranton (II, 561), Delvincourt, Glasson, soutiennent l'opinion contraire. D'après ces auteurs, en employant l'expression « *condamnation de l'un des époux* », l'article 232 a voulu simplement désigner les personnes dont il s'occupait, sans songer au sens judaïque des mots ; certainement on n'est pas l'un des époux avant le mariage ; mais cette façon de discuter ne saurait être sérieuse. Que l'on se réfère plutôt à l'esprit du texte dont il s'agit ; la loi a pensé que la vie commune avec un individu flétri par une condamnation in-

famante serait en horreur à son conjoint. Ne pouvant espérer dans ces circonstances l'entente dans la maison conjugale, on a dû faciliter la séparation à l'époux du condamné. Mais, ajoute-t-on, la même mesure ne paraît-elle pas juste et nécessaire lorsque la condamnation se trouve antérieure au mariage, surtout si le conjoint demandeur l'a ignorée? On objecte qu'il doit dans ce dernier cas s'imputer son imprudence inouïe; mais, répond-t-on, l'imprudence, la légèreté, ne sauraient dans l'état de notre droit constituer une fin de non-recevoir, sans quoi il ne serait presque jamais possible d'attaquer un contrat pour cause de dol ou de fraude. Enfin, dit-on dans cette théorie, la condamnation infamante antérieure au mariage constituerait une nullité capable de faire anéantir le mariage lui-même, *à fortiori* doit-elle être une cause de séparation de corps.

Un troisième système a été présenté par MM. Massol et Demolombe; il se résume en ces mots : La condamnation antérieure au mariage ne saurait le faire annuler, car, dit-on avec raison, elle permettrait seulement d'alléguer une *erreur sur les qualités de la personne* (1); elle ne pourrait pas non plus entrer dans la règle rigoureuse de l'article 232; mais elle constituerait à coup sûr une *injure grave*, lorsqu'elle aurait été ignorée par le conjoint du condamné au moment de s'unir à lui. « On peut dire (2) que l'époux qui *cache* son état

(1) Conf. Novelle XXII, cap. 10; Pothier, *Traité du mar.*, II, n° 310; art. 180 Cod. civil.

(2) M. Massol, p. 100.

est plus répréhensible que celui qui n'a été condamné que durant le mariage, et qui, du moins, n'a *pas employé le dol* pour surprendre le consentement de son conjoint... »

Mais, objecterons-nous à notre tour avec une respectueuse indépendance, où voit-on dans notre hypothèse l'injure grave ? Si le conjoint a connu la condamnation dont il s'agit, nous lui répondrons toujours : *Volenti non fit injuria* ; s'il l'a ignorée, peut-il se prétendre outragé ? Le condamné a simplement *caché* par une prudente réticence son jugement et sa honte, cette attitude purement passive ne saurait évidemment blesser qui que ce soit. Mais, dit-on, il peut avoir *employé le dol* pour surprendre de la part de son conjoint le consentement au mariage. — Dans ce dernier cas les juges apprécieront ; mais il leur sera bien difficile, croyons-nous, de voir jamais une injure grave dans ce genre de dol vraiment étrange, puisque le plus souvent il sera inspiré par une haute estime et une sincère affection précisément à l'égard du conjoint qui se prétendra offensé !...

Lorsque la séparation est demandée en vertu de l'article 232, il suffit de présenter au tribunal l'arrêt définitif frappant le défendeur d'une peine infamante, les juges sont obligés de prononcer la séparation sur le vu des pièces authentiques. Cette règle résulte de termes impératifs de l'article 232, corroboré par l'article 261.

Examinons à propos de ce dernier article une ques-

tion intéressante dans la pratique : La demande basée sur l'article 232 est-elle dispensée du préliminaire de conciliation devant le président? — La généralité des auteurs répondent affirmativement. Nous n'hésiterons pas néanmoins à réfuter cette opinion. M. Massol, par exemple, la soutient dans les termes suivants : « L'article 261 placé au titre du divorce doit s'appliquer à la séparation de corps ; les motifs qui l'ont dicté se rencontrent dans toute leur force ; en effet, la cause de la séparation de corps étant démontrée d'une manière péremptoire, il est inutile d'appeler le défendeur qui *serait quelquefois privé de sa liberté et qui, le plus souvent, n'aurait rien à répondre.*

» Pour soutenir l'opinion contraire, l'on a objecté que la procédure relative à la séparation de corps diffère de l'instruction en matière de divorce ; mais l'on sait que les règles concernant la première de ces actions sont très-incomplètes et que l'on est obligé de recourir au titre du divorce; c'est ainsi que l'on applique à la séparation de corps les articles 251, 267, 270. L'on doit se rappeler que les formalités spéciales au divorce sont plus compliquées et plus nombreuses que celles qui ont trait à la séparation de corps, et si dans certaines circonstances le législateur les a simplifiées, par rapport au divorce, l'on n'hésitera pas à décider que cette procédure succincte doit régir les causes de la séparation de corps.

» Au surplus, que l'on fasse attention que l'on est dispensé de remplir les formalités ordinaires, *même après*

que le *condamné a été remis en liberté, car l'infamie subsiste* (1)... »

Cette dernière phrase nous dispense de réfuter l'argument non péremptoire tiré de l'impossibilité où se trouverait l'époux défendeur de comparaître devant le président. Pour être juste, le raisonnement de nos savants contradicteurs devrait s'appliquer même à l'hypothèse où le condamné se trouve en liberté lors de la remise de la citation en comparution. On prétend que le préliminaire devant le président est inutile, parce que la cause de la séparation de corps *étant démontrée*, le défendeur n'aurait *le plus souvent rien à répondre*. Qu'en sait-on? L'on oublie donc que le préliminaire de conciliation n'a pas pour but de constater les torts du défendeur : le plus souvent ils sont indéniables, comme par exemple lorsque la demande est fondée sur l'adultère de la femme prise en flagrant délit. Est-ce que dans cette dernière hypothèse le demandeur peut s'affranchir du préliminaire de conciliation? Il importe donc peu, dans notre espèce, que la condamnation soit incontestable, que la preuve en soit péremptoire. En obligeant les époux à comparaître devant le président, la loi a voulu uniquement essayer de les détourner d'une rupture regrettable, et d'arrêter l'instance en séparation en provoquant surtout le pardon de l'époux offensé. C'est pourquoi nous pensons que le préliminaire de conciliation est utile et par conséquent obli-

(1) *Comp.* Demol., t. 2, n. 435.

gatoire, même quand le défendeur se trouve dans l'impossibilité évidente de comparaître, s'il est par exemple au bagne dans la Nouvelle-Calédonie.

A l'objection tirée de l'article 261, nous répondons : dans l'économie générale de notre Droit français, le préliminaire de conciliation est obligatoire dans toute espèce de procès, les dispenses sous ce rapport ont un caractère exceptionnel ; il serait étrange qu'il n'en fût pas de même en matière de divorce et de séparation de corps.

A la vérité, l'article 261 fait une exception par rapport à l'action en divorce basée sur la condamnation infamante du défendeur ; mais comme il constitue une dérogation au droit commun, on doit en restreindre l'application au seul cas qu'il a prévu. Dès lors, laissons cet article régir le *divorce* basé sur l'article 232, et gardons-nous de l'étendre à la matière de la séparation de corps. Celle-ci a d'ailleurs été l'objet d'une disposition particulière quant à la procédure.

L'article 307 nous dit en effet : l'action en séparation sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile. Les articles 875 et suivants du Code de procédure précisent les diverses formalités par lesquelles doit passer l'action en séparation ; ils ne reproduisent nulle part la disposition exceptionnelle et exorbitante de l'article 261.

Le troisième argument tiré de ce que l'on applique à la séparation de corps les articles 251, 267 et 270, par raison d'analogie, ne nous paraît rien moins

que concluant ; qu'on lise ces articles, et l'on se convaincra de la justesse de notre observation. — Enfin, dirons-nous à notre tour, la conciliation n'est pas toujours si difficile qu'on le suppose, lorsque le défendeur a été condamné à une peine infamante. On peut concevoir, jusqu'à un certain point, la répugnance que le conjoint du condamné éprouvera à partager l'existence avec lui lorsqu'il reviendra du bagne ou de la réclusion ; mais si la peine consiste dans la déportation pour cause politique, où voit-on les motifs de cette répugnance insurmontable ? De même si la peine n'a été qu'infamante : c'est un fonctionnaire, un magistrat qui a commis un abus d'autorité, un excès de pouvoir, inspirera-t-il sérieusement un tel dégoût à son conjoint que toute espérance de réconciliation soit vaine ?

Par tous ces motifs, nous croyons pouvoir affirmer, à l'encontre de nos éminents adversaires, que la demande en séparation basée sur l'article 232, n'est jamais dispensée du préliminaire de conciliation devant le président.

Le Code civil ayant déterminé taxativement les causes de la séparation de corps, il est interdit aux tribunaux de la prononcer en dehors des cas prévus par les articles que nous venons d'analyser.

On ne saurait donc intenter une action en séparation, par exemple pour stérilité, folie, maladie incurable, incompatibilité d'humeur, etc. Personne n'élève d'ailleurs aucune objection sur ce point.

CHAPITRE II

De la procédure en séparation de corps. — Des mesures provisoires. — Des fins de non-recevoir.

I

Dans le chapitre précédent, nous avons parlé plusieurs fois de l'obligation imposée aux époux de comparaître devant le président, avant de pouvoir s'ajourner à l'audience du tribunal aux fins de séparation. Il est même interdit au demandeur de d'appeler son conjoint devant ce magistrat sans avoir obtenu de celui-ci, sur requête, une ordonnance contenant permis de citer, conformément à l'article 875 du Code de procédure civile. Il va sans dire que le président compétent est celui du domicile du mari.

Au jour indiqué par l'ordonnance, les parties sont tenues de se présenter en personne dans le cabinet du président, sans l'assistance d'aucun conseil. Le magistrat adresse aux deux époux des paroles de conciliation, et s'il ne peut ramener entre eux la bonne harmonie, il renvoie le demandeur par une nouvelle ordonnance à se pourvoir devant le tribunal civil.

Le président ne peut refuser de délivrer cette dernière permission, car il n'est pas juge des griefs allégués par l'époux demandeur : les derniers mots de l'article 875 précité démontrent que ce magistrat n'a d'autre rôle que celui de conciliateur.

Mais la mission paternelle qu'il remplit lui donne évidemment la faculté d'inviter les époux à revenir plusieurs fois dans son cabinet, s'il espère parvenir ainsi à les réconcilier.

Lorsque le défendeur fait défaut, on ne peut par aucun moyen le contraindre à se présenter; il y a lieu de passer outre et d'ordonner la continuation de la cause.

L'article 235 nous paraît applicable à la séparation de corps; il peut fournir au président un juste motif de surseoir aux poursuites.

Un des remarquables effets de l'ordonnance de ce magistrat, c'est de rendre la femme et le mineur habiles à ester en justice, soit en demandant soit en défendant, jusqu'à l'issue du procès. Au surplus l'épouse n'a pas besoin de l'autorisation maritale pour présenter au président la requête tendant à obtenir la permission de citer son mari devant lui; ce préliminaire de conciliation ne saurait en effet préjudicier en aucune manière à la femme.

La généralité des auteurs enseigne que le préliminaire de conciliation n'est pas obligatoire lorsque le tuteur d'un interdit intente pour cet incapable une action en séparation. Cette solution ne saurait souffrir de difficulté en présence des termes de l'article 877; d'ailleurs

l'autorisation du conseil de famille qui doit précéder la demande formée par le tuteur, est, dit-on avec raison, une garantie suffisante rendant inutile l'intervention conciliatrice du président.

Nous venons de voir figurer un tiers dans le procès en séparation de corps, mais ce cas est tout exceptionnel. L'action en séparation appartient exclusivement aux époux en personne et elle tombe définitivement hors de droit par le décès de l'un d'eux ; nous développerons plus loin les raisons de cette dérogation au droit commun.

II

Le président saisi du préliminaire de conciliation, a en outre le droit de prescrire des mesures provisoires ; ainsi il autorisera la femme à habiter durant l'instance en séparation loin de son mari, chez ses parents par exemple, peu importe qu'ils résident dans un autre arrondissement. Le président peut même ordonner au mari de quitter la maison conjugale, avec inhibitions d'y venir hanter ni troubler son épouse. Il peut également contraindre la femme à s'éloigner du toit conjugal, si sa présence devait constituer pour le mari un danger sérieux. Sur tous ces points, la loi s'en réfère entièrement à la sagesse du magistrat.

En autorisant la femme à quitter provisoirement le

domicile conjugal, le président lui fera remettre ses hardes, son linge de corps et les objets à son usage personnel ou quotidien.

Mais ce magistrat n'est pas compétent pour contraindre le mari à donner à sa femme une provision *ad litem*, ni à lui servir une pension alimentaire jusqu'à la fin de l'instance. C'est au tribunal seulement qu'il appartient de se prononcer sur ces mesures; il en est de même par rapport à la garde des enfants. Si cependant il y avait urgence à les confier à la mère, celle-ci pourrait les réclamer par voie de référé. Voir en ce sens un arrêt récemment publié par M. Dalloz (recueil périodique, 1881, 1re partie, page 209).

L'ordonnance rendue sur le référé dont nous venons de parler, est susceptible d'appel; il en est autrement des ordonnances qui statuent simplement sur les mesures provisoires rentrant dans les pouvoirs du président, dans la sphère de sa mission conciliatrice.

III

Indépendamment de toute autorisation émanée du président, du tribunal, ou de son mari, la femme peut durant l'instance en séparation sauvegarder ses droits, au moyen d'actes conservatoires. Ainsi l'art. 270 lui permet de requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté; par suite elle

a le droit d'obliger le mari à verser à la caisse des dépôts et consignations les deniers tombant dans la communauté. En outre l'article 271 annule « toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, (878, C. pr.), s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme. »

L'épouse a-t-elle le droit dans les mêmes circonstances de requérir la nomination d'un séquestre ?

MM. Aubry et Rau ne le pensent pas : l'article 1961, disent-ils, ne permet la nomination d'un séquestre que lorsqu'il y a litige sur la propriété d'un bien.

A notre avis, l'article 1961 n'est pas limitatif, et la mesure d'un séquestre, essentiellement morale et équitable, peut être ordonnée, même d'office, toutes les fois qu'elle est nécessitée par l'imminence de la perte d'un bien. Ce moyen de procédure se justifie surtout quand l'instance engagée doit avoir pour effet d'amener la liquidation des droits des parties sur le bien séquestré, comme il arrive toujours après la séparation de corps.

La femme mariée sous tout autre régime que celui de la communauté peut également sauvegarder ses droits, notamment au moyen de saisies-arrêt. L'article 879 autorise ces mesures à l'occasion de la séparation de biens, il s'applique donc, *pari ratione*, en matière de séparation de corps.

IV

Après avoir examiné les diverses mesures préliminaires ou accessoires à l'instance en séparation de corps, occupons-nous des règles suivant lesquelles elle doit être introduite, instruite et jugée à l'audience du tribunal.

Le tribunal du domicile du mari sera seul compétent. Supposons cependant que la femme soit demanderesse : son conjoint, depuis la première citation qui l'a ajourné devant le président, a changé d'arrondissement et de domicile, faudra-t-il porter l'action dans le nouveau ressort qu'il habite ? Nous répondrons négativement : car s'il en était autrement, le mari changeant successivement de domicile aussitôt après avoir été ajourné devant le président, rendrait impossible l'instance en séparation.

Devant le tribunal, le procès se déroule suivant les règles ordinaires. Nous devons cependant signaler plusieurs dérogations au droit commun.

Ainsi en matière de séparation on admet le témoignage des domestiques et des parents des époux, à l'exception de leurs enfants et descendants. La loi défendant la séparation volontaire, l'aveu des parties, isolé de toute autre preuve, sera de nul effet ; elles ne pourront

se déférer le serment décisoire ; le serment supplétoire sera également interdit.

L'article 879 du Code de procédure enjoint au ministère public de conclure dans les affaires de séparation de corps : elles intéressent toujours en effet la société. Lorsque le tribunal prononce la séparation pour cause d'adultère de la femme, le magistrat du parquet doit séance tenante requérir l'emprisonnement, conformément à l'article 308 (C. c.) et à l'article 337 (C. p.)

Malgré un arrêt de la Cour de Bastia (Dall., 1856, 2, 86), nous soutenons que l'article 463 du Code pénal est applicable dans l'espèce, précisément parce que les réquisitions du ministère public doivent viser concurremment l'article 337 et l'article 308 précités.

Le tribunal ne peut refuser de punir correctionnellement la femme adultère, car l'article 308 est impératif.

Le mari lui-même ne saurait empêcher cette condamnation en se désistant au point de vue de la répression pénale, s'il ne retirait en même temps sa demande en séparation.

La loi lui réserve seulement le droit de gracier son épouse, sans être cependant obligé de se réconcilier avec elle ; les mots : « *en consentant à reprendre sa femme* » qui terminent l'article 309, ne renferment pas en effet cette condition, qui serait par trop étrange.

Le tribunal n'aurait pas le droit de condamner la femme correctionnellement par la seule raison que les faits résultant de l'enquête ou des débats constitue-

raient le délit d'adultère, si le mari avait demandé la séparation, non pour cause d'adultère, mais pour tout autre motif : par exemple pour injures graves provenant de l'inconduite de la femme.

Cette proposition est basée sur le principe qui interdit la poursuite de la femme adultère sans une plainte préalable émanée du mari.

L'article 308 contient une dérogation unique dans notre Droit, en attribuant une compétence correctionnelle à des juges civils. C'est pourquoi leur pouvoir expire aussitôt qu'ils ont vidé la cause par un jugement définitif.

Si donc ils omettent de statuer sur la répression pénale, il leur est interdit de revenir sur leur décision pour la compléter. Il ne serait même pas permis au ministère public de réparer cet oubli par un appel, car n'étant que partie jointe au procès, il n'a pas qualité pour le porter devant la Cour.

Si cependant le mari ou la femme relevaient appel, le procureur général aurait-il le droit de requérir l'application des articles 308 et 337 précités? L'affirmative est généralement enseignée par les auteurs; nous nous permettrons de la combattre en objectant que la femme condamnée serait ainsi privée d'un degré de juridiction.

Dans tous les cas, soit devant la Cour, soit devant le tribunal, la femme peut opposer toutes les exceptions admises en droit pénal : la prescription triennale, l'extranéité du délit, et particulièrement la compensa-

tion *sui generis* dont parle l'article 336 du Code pénal.

L'article 308 étant tout exceptionnel, on ne peut l'étendre au-delà de l'hypothèse spéciale qu'il régit. En conséquence, le tribunal civil ne sera pas compétent pour juger le complice de la femme adultère. Il ne l'est pas non plus pour condamner le mari à l'amende prononcée par l'article 339 du Code pénal, lorsqu'il ordonne la séparation par application à l'article 330 (C. c.)

L'article 308 soulève deux questions intéressantes dans la pratique.

Puisque les juges sont obligés de prononcer contre la femme adultère une peine correctionnelle, le mari pourra-t-il l'actionner en séparation de corps pour cause d'adultère, si le tribunal correctionnel a déjà rendu une décision sur ce fait au point de vue pénal?

Nous répondons : le tribunal civil statuera sur la séparation qui rentre dans sa compétence générale ; il s'abstiendra seulement de prononcer la peine applicable à l'adultère : le devoir que lui impose l'article 308 n'étant que très-accessoire à sa juridiction.

Nonobstant l'article 235, l'acquittement de la femme par le tribunal correctionnel interdirait au mari de la poursuivre en séparation pour le même fait d'adultère (1).

Quid si le mari se désiste de sa plainte en adultère devant le tribunal correctionnel, pourra-t-il actionner sa femme en séparation pour le même fait d'adultère ?

(1) Voir sur la question de l'influence du criminel sur le civil, Bonnier, *Traité des preuves*, II, p. 521.

L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Le tribunal civil se verra saisi en vertu de sa compétence naturelle de la demande en séparation, et l'article 308 devra être appliqué dans l'intérêt de la morale publique, pour l'honneur et la dignité du mariage. En soumettant au tribunal civil la faute de sa femme sous la qualification d'adultère, le mari ne saurait empêcher les effets juridiques résultant de la constatation du délit; c'est bien assez qu'il ait à sa disposition la faveur toute exceptionnelle de l'article 309.

Si la femme apprend, avant le jugement, que son mari entretient une concubine dans le domicile conjugal, pourra-t-elle éviter la condamnation pénale prononcée par l'article 308 précité? Nous pensons que l'exception contenue dans l'article 336 du Code pénal est applicable dans ce cas, alors même que la femme ne pourrait pas de ce chef demander reconventionnellement la séparation de corps, car il est toujours permis d'opposer à une action pénale les moyens de défense dont on peut disposer.

V

Mais examinons, puisque l'occasion se présente, la question de savoir s'il est interdit à l'époux défendeur de demander à son tour reconventionnellement la séparation de corps.

Les partisans de la négative se fondent sur ce que cette demande ne serait pas reconventionnelle, mais constituerait une action principale; dès lors le préliminaire de conciliation prescrit par l'article 875 du Code de procédure devrait être observé, d'autant plus qu'il est d'ordre public. Ce préliminaire, ajoute-t-on, ne sera pas si inutile qu'on le prétend : le président peut en profiter pour réussir à opérer entre les époux un rapprochement vainement tenté lors de leur première comparution. (Sic Bioche, v° sépar.; Massol, p. 164. — Rennes, 26 décembre 1829.)

A ce système nous répondrons : comment soutenir que la demande dont il s'agit n'est pas reconventionnelle quand elle est de toute évidence connexe à l'action principale, et qu'elle constitue une véritable défense au fond tout en visant un but qui lui est propre ?

Cette demande n'aura-t-elle pas le plus souvent pour effet de diminuer les chances de l'adversaire, et de faire même rejeter la séparation de part et d'autre, en mettant en évidence la réciprocité des torts des deux époux? L'action du demandeur principal tend à lui procurer tous les avantages moraux ou pécuniaires résultant du gain du procès en séparation : son honneur triomphe, les enfants lui sont confiés, les dons et avantages existant entre lui et son conjoint sont révoqués au préjudice seulement de ce dernier. Eh bien ! les conclusions posées par le défendeur au cours des débats pour obtenir également à son profit la séparation, ne tendent-elles pas directement à faire refuser ces divers privilé-

ges matériels et moraux réclamés par le demandeur ? Donc ces conclusions sont reconventionnelles.

Aux termes de l'article 337 (C. de pr.), les demandes incidentes doivent être formées par un simple acte, or suivant l'article 879 l'action en séparation de corps procède selon les formes ordinaires ; si les conclusions du défendeur, dans notre espèce, ne doivent pas d'après nos adversaires être considérées comme reconventionnelles, elles constitueront bien tout au moins une demande incidente : à ce titre encore elles seraient dispensées du préliminaire de conciliation. Quelle raison y a-t-il d'espérer entre les époux une réconciliation, quand ils manifestent de part et d'autre, avec une irritation aiguisée par les débats eux-mêmes, la plus vive antipathie ? (Voir en ce sens Demol. et divers arrêts, notamment dans Dalloz, 1874, 1, 80.) Enfin, ajouterons-nous, si l'on refusait au défendeur de conclure reconventionnellement à la séparation, on lui porterait un préjudice irréparable, car il ne pourrait plus la demander à son profit après le jugement qui l'aurait une première fois prononcée en faveur de son conjoint.

VI

Quid de la réciprocité des torts? Elle ne saurait constituer à proprement parler une fin de non-rece-

voir. Mais les juges, ayant un pouvoir souverain d'appréciation pour peser la gravité des faits articulés par le demandeur, et la séparation ne devant jamais être accordée qu'à l'époux qui paraît favorable par sa conduite, la réciprocité des torts peut avoir une influence considérable sur la décision à intervenir, et amener même le rejet des deux demandes.

Même solution à l'égard de la *provocation*.

VI

L'action en séparation est une de celles *quæ vindictam spirant*, car au fond toutes les causes sur lesquelles elle peut reposer suivant notre Code civil, constituent une atteinte, une injure plus ou moins grave à l'encontre du du conjoint offensé.

C'est pourquoi on admet en cette matière l'exception de réconciliation comme une fin de non-recevoir péremtoire. Tous les griefs antérieurs à la réconciliation sont de plein droit mis à néant, quelle que soit leur gravité et leur date.

La réconciliation peut se produire même dans le cours du procès, jusqu'au jugement définitif.

L'exception de réconciliation comporte tous les moyens de preuves du droit commun. (Témoins, simples présomptions, aveux, etc.)

Nous pensons que les juges doivent soulever cette

exception d'office si elle résulte clairement des débats : car la séparation de corp si ntéresse l'ordre public. Par suite, le moyen dont il s'agit peut être proposé en tout état de cause, même pour la première fois en appel, après les qualités posées.

La réconciliation reste sans effet lorsqu'il est survenu depuis sa date de nouveaux griefs, alors même qu'ils n'auraient pas un caractère de gravité suffisante pour constituer en particulier une juste cause de séparation : ces torts récents autorisent le demandeur à faire revivre ceux que la réconciliation avait couverts, de manière à former avec ceux-ci un faisceau de preuves accablantes pour l'adversaire. Exiger que les nouveaux faits constituent par eux-mêmes une cause de séparation, ce serait attribuer à l'article 273 un sens illusoire et puéril (*sic.* Merlin, sép. *hoc Verb.* § 2, n° 1).

La jurisprudence décide avec raison que si les faits anciens on été déjà l'objet d'une enquête, le tribunal peut utiliser cette procédure et se contenter d'ordonner la preuve des griefs nouveaux.

Les faits constitutifs de la réconciliation variant à l'infini, le législateur a dû sur ce point laisser aux juges un pouvoir d'appréciation très-étendu. Signalons cependant une règle essentielle : la réconciliation ne saurait couvrir les faits ignorés par l'époux offensé au moment où elle s'est opérée. A ce point de vue, la question ne laisse pas d'offrir dans la pratique quelques difficultés.

VII

Signalons une autre fin de non-recevoir d'une espèce particulière.

A notre avis, lorsque le demandeur fonde son action uniquement sur l'article 232, la condamnation infamante dont il aurait été frappé lui-même doit le rendre irrecevable. Cet article dit en effet : « *La condamnation de l'un des époux* à une peine infamante sera pour l'autre une cause de divorce », ce texte ne saurait se référer au cas *où les deux époux* ont été pareillement flétris. Rappelons à ce propos que la cause prévue par l'article 232 rentre en définitive dans la catégorie des injures graves. Le demandeur peut-il se dire atteint, outragé, déshonoré par la condamnation infamante de son conjoint, quand lui-même est déjà noté d'infamie ?

VIII

Quid de l'exception de prescription? Il s'agit par exemple d'une demande en séparation pour cause d'adultère de l'un des époux, ou bien pour cause de sévices, de coups et blessures. Ces délits étant prescriptibles par le laps de trois ans, l'époux défen-

deur pourra-t-il invoquer les articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle? Quelques auteurs ont soutenu l'affirmative, confondant la séparation de corps avec l'action civile dont parlent ces articles. Non certainement cette assimilation n'est pas exacte. L'action civile dont il est question dans le Code d'instruction criminelle, tend directement à une réparation pécuniaire, basée et calculée sur le préjudice occasionné par le crime ou le délit; en même temps le plaignant poursuit une satisfaction morale en provoquant le ministère public à requérir la peine encourue, ou bien en l'aidant seulement à justifier l'accusation. S'agit-il de rien de tout cela dans l'action en séparation? Elle a pour but principal de faire cesser la vie commune; si elle touche aux questions pécuniaires, c'est d'une façon très-secondaire, si bien, que l'action en séparation ne peut être exercée ni continuée par les créanciers ni par les héritiers des deux époux.

Donc, dirons-nous avec confiance, l'exception de prescription ne peut jamais être invoquée en matière de séparation de corps.

Cependant, très souvent le long intervalle qui s'est écoulé depuis la naissance des causes alléguées par le demandeur, la longue tolérance, le silence observés par lui pourront déterminer les juges à croire au pardon et à admettre l'exception de réconciliation. A ce point de vue encore, les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation absolu et discrétionnaire.

IX

L'exception de la chose jugée ne saurait être admise en matière de séparation de corps, du moins avec son caractère rigoureux et inflexible. Lorsqu'un premier jugement a rejeté la demande en séparation basée sur certains faits, il n'est pas permis sans doute d'intenter une seconde action exclusivement motivée sur ces faits eux-mêmes ; mais si le demandeur articule de nouvelles plaintes, rien ne l'empêche de ramener dans ses conclusions les anciens griefs, de façon à faire mieux sentir aux juges les torts de l'adversaire et l'urgence de la séparation. (Arg. art. 273).

CHAPITRE III

Des effets de la séparation de corps.

I

La séparation de corps ne dissout pas le mariage ; elle en relâche seulement les liens. On pourrait la déli-

nir : l'état de deux époux dispensés de cohabiter ensemble et de remplir l'un vis-à-vis de l'autre le devoir conjugal.

Tels sont effectivement les principaux résultats de la séparation de corps; nous ne parlons pas encore de ses conséquences au point de vue des biens.

La femme séparée a la faculté de choisir une résidence là où bon lui semble, et d'y fixer son domicile. Elle peut refuser d'y recevoir son mari; réciproquement elle n'a pas le droit de pénétrer dans sa demeure malgré lui.

Le devoir légal de fidélité subsiste comme avant la séparation dans toute sa rigueur du côté de l'épouse; elle peut donc être poursuivie pour adultère. Bien différente est la situation du mari, car après la séparation il n'y a plus de *maison commune, de domicile conjugal;* les prévisions de l'article 339 du Code pénal sont dès lors irréalisables.

Après la séparation de corps le devoir d'assistance subsiste entre les époux; ils peuvent à toute époque se demander l'un à l'autre une pension alimentaire; leurs ascendants par alliance ont les mêmes droits à cet égard vis-à-vis d'eux, et réciproquement.

II

Quant aux enfants, le jugement qui prononce la séparation les remettra à l'un ou à l'autre de leurs

parents, sans qu'il y ait sur ce point de règle fixe ; le tribunal doit seulement considérer leur plus grand avantage ; il peut donc les confier, quel que soit leur âge ou leur sexe, au père ou à la mère, même alternativement. Cependant le plus souvent on remet les garçons au père et les filles à la mère. Il est permis de modifier ces mesures durant toute la minorité des enfants. Quelquefois ils sont placés sous la garde d'un tiers (1). Au surplus, le père conserve toujours sur eux un droit de surveillance. Dans tous les cas, les deux conjoints sont tenus de contribuer selon leurs facultés à la subsistance et à l'éducation de leurs enfants communs.

L'article 386 n'est pas applicable à la séparation de corps. En conséquence, l'époux contre lequel elle a été prononcée n'est pas privé de l'usufruit légal. Cette solution, basée sur un motif de haute moralité, est adoptée par tous les auteurs (2).

Tels sont, en réservant pour l'étudier bientôt la loi de 1850, les principaux effets de la séparation de corps quant à la personne des époux et à celle des enfants.

Examinons maintenant l'influence de la séparation de corps par rapport aux biens.

(1) *Sic.* Cass., 15 juillet 1879 ; Dall., 1881,1, 209.

(2) Vid. Massol, p, 393.

III

L'époux contre lequel la séparation a été prononcée, perd de plein droit tous les dons et avantages qu'il tenait de son conjoint, soit d'après leur contrat de mariage, soit depuis leur union. Au contraire, l'époux qui a obtenu la séparation de corps conserve tous les dons et avantages à lui faits par son conjoint (art. 299, 300).

On ne saurait cependant comprendre dans la révocation dont il s'agit les objets donnés à titre de présent, ainsi les bijoux ou les cadeaux de noces, à moins cependant, dit avec raison un arrêt de la Cour de Rennes (Dall., 1847, 2, 27), que ces dons n'aient été constatés dans le contrat de mariage ; l'article 299 les atteindrait alors incontestablement : il suffit de voir les termes dans lesquels il est conçu.

Le mot « *avantages* » employé par ce dernier article a un sens très-large : il comprend tous les actes ou clauses conférant à l'un des époux un bénéfice pécuniaire par rapport aux droits ou aux biens de son conjoint ; tels sont les gains de survie, le préciput, les dispositions testamentaires.

Mais les époux séparés n'en conservent pas moins le droit de succéder l'un à l'autre *ab intestat* ; l'article 767, qui excluait les époux divorcés de leurs successions respectives, est inapplicable dans notre matière. Par l'effet

du divorce les conjoints devenaient absolument étrangers l'un à l'autre. On s'explique dès lors la règle contenue dans l'article 767 ; mais elle serait irrationnelle à l'egard des époux simplement séparés.

Lorsque la séparation de corps sera prononcée reconventionnellement au profit de chacun des époux, suivant du moins l'opinion que nous avons précédemment défendue, et qui est conforme à la jurisprudence actuelle, les dons et avantages dont parle l'article 299 sont révoqués de plein droit de part et d'autre.

IV

Puisque la séparation a pour effet d'annuler les donations et avantages existant entre époux, leurs héritiers (et de même les créanciers) ont un intérêt certain à la voir prononcer. Néanmoins, comme nous l'avons dit plus haut, il leur est défendu d'introduire l'instance en séparation ou de la reprendre lorsqu'elle a été mise hors de droit par le décès de l'une des parties. Cette règle est basée sur les raisons suivantes : le procès en séparation de corps n'a pas le moins du monde un caractère pécuniaire intéressé ; il tend principalement à faire cesser entre les époux le devoir de cohabitation ; quant à ses effets pécuniaires, ils sont très-secondaires et accessoires.

Durant l'instance, les époux peuvent se réconcilier ;

l'exception de réconciliation est de l'essence pour ainsi dire des procès de cette nature. Or les prévisions et les vœux du législateur sur ce point pourraient-ils jamais se réaliser, si les héritiers ou les créanciers plaidaient au lieu et place des conjoints ? D'autre part, ajouterons-nous, quel scandale n'y aurait-il pas à voir un héritier, des enfants, accuser publiquement, pour une misérable question de lucre, leur père ou leur mère, leur reprocher leurs défauts, leurs vices, une condamnation infamante, un délit, peut-être un crime, leurs adultères!!!

V

Le jugement de séparation de corps produit de plein droit la séparation de biens (art. 311) ; le mari est en conséquence tenu de rendre à la femme sa dot, et de liquider ses droits et ses reprises, conformément au régime adopté dans leur contrat de mariage.

On s'est demandé à ce propos si le mari jouit, comme autrefois après le divorce, des délais accordés par l'article 1565. L'affirmative ne nous paraît pas douteuse, car il y a identité de motifs.

Quant aux intérêts ou fruits des biens que le mari est obligé de restituer à son épouse sont-ils dus depuis le jugement prononçant définitivement la séparation, ou bien depuis le jour de la demande ?

La question s'est posée également à propos de la sé-

paration de biens, et l'opinion la plus accréditée aujourd'hui fait courir les intérêts seulement à partir du jugement définitif.

Les intérêts, dit-on dans ce système, ne sont dus en général depuis la demande qu'à raison *du retard* (art. 1153), excepté quand la loi les fait courir de plein droit. Or toute séparation de biens ou de corps doit être judiciaire, le mari n'a donc pu restituer volontairement la dot avant le jugement; n'étant pas dès lors en faute, *en retard*, on ne saurait le condamner aux intérêts à partir de la demande. Cette solution, qui est juste dans le cas de séparation de biens, nonobstant la disposition finale de l'article 1445, doit être admise *à fortiori* en matière de séparation de corps.

Une question plus vivement controversée que la précédente est celle de savoir si le jugement qui ordonne la séparation de corps a un effet rétroactif remontant au jour de la demande, par application de l'article 1445?

Dans un premier système on dit : le jugement ne rétroagit en aucun cas, même au profit des tiers; l'article 1445 dispose sans doute le contraire en matière de séparation de biens, mais il faut remarquer que durant l'instance en séparation de biens proprement dite, le mari pourrait compromettre par ses dissipations la fortune de sa femme d'une façon dangereuse ou même irrémédiable, puisque la demande est basée précisément sur sa folle gestion ou sur le désordre et la ruine de ses affaires. Ainsi s'explique

la prudente disposition qui termine l'article 1445. Mais ce danger n'existe pas en général lorsqu'il s'agit de la séparation de corps.

A l'appui de ce système on dit encore : la séparation de biens est *l'accessoire* de la séparation de corps ; comment dès lors pourrait-elle exister avant celle-ci?

Suivant une seconde opinion, la séparation de biens résultant de la séparation de corps rétroagirait jusqu'au jour de la demande, mais par rapport aux époux seulement. Dans ce système on décide que la communauté doit être liquidée entre les époux suivant son état à la date de la demande, car, dit-on, les conjoints ne peuvent prétendre ignorance touchant l'instance en séparation.

Un système mixte est enseigné par M. Massol : par rapport aux tiers le jugement prononçant la séparation de corps n'aurait pas d'effet de rétroaction ; quant aux époux, la communauté ne serait dissoute qu'à partir du jugement ; dès lors cette communauté profiterait des successions mobilières et des fruits produits par les propres de la femme ; mais, tout en conservant l'administration de cette communauté durant l'instance, le mari ne pourrait faire aucun acte préjudiciable à la femme, sous peine de le réparer lors de la liquidation intervenant après le jugement, s'il avait agi de mauvaise foi ou en l'absence d'une raison plausible.

Le premier de ces trois systèmes nous paraît préférable : il échappe aux inconvénients de l'arbitraire ; il

repose par un simple argumennt à *contrario* sur un article de loi (1445) ; il a surtout pour résultat de sauvegarder l'immutabilité des conventions matrimoniales et l'autorité légitime du mari. Ces derniers motifs, d'un ordre supérieur, nous expliquent pourquoi la disposition finale de l'article 1445 n'a pas été reproduite dans le chapitre du divorce et de la séparation de corps.

VI

La femme séparée de corps et de biens a l'administration et la jouissance de tous ses biens sans exception.

Elle peut aliéner, non à titre gratuit cependant (Arg., art. 905), son capital mobilier sans l'autorisation maritale; mais cette autorisation, ou à défaut, celle de la justice, lui est indispensable pour aliéner ses immeubles.

Cependant le tribunal qui prononce la séparation de corps a la faculté de limiter les droits de la femme à l'égard de la dot mobilière en prescrivant certaines mesures pour sa conservation, par exemple : un emploi, un bail à caution, un placement hypothécaire ; dans ce cas la femme a simplement le droit de toucher les intérêts de cette dot.

Les mesures conservatoires dont il vient d'être parlé s'imposent aux tiers; ils devront s'y conformer à leurs risques et périls.

VII

Depuis la loi du 6 décembre 1850, la séparation de corps produit un effet remarquable qu'il importe de ne pas passer sous silence. Cette loi, ajoutée à l'article 312, est ainsi conçue : « En cas de séparation de corps prononcée, ou même demandée, le mari pourra désavouer l'enfant qui sera né trois cents jours après l'ordonnance du président, rendue aux termes de l'article 878 du Code de procédure civile, et moins de cent quatre-vingt jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu ne sera pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux. »

Ce texte a fait surgir plusieurs controverses, dont voici les principales.

Le désaveu du mari suffit-il à lui seul et le dispense-t-il de fournir aucune autre justification, ou bien l'état de séparation de corps n'a-t-il pas pour unique effet de permettre au mari, comme dans le cas d'adultère et de recel (art. 313), de prouver par tous les moyens en son pouvoir qu'il n'est pas le père de l'enfant?

La raison de douter est venue des paroles prononcées par M. Demante lorsqu'il présenta le projet primitif de la loi du 6 décembre 1850 : « Il n'est aujourd'hui question, dit-il, ni de faire cesser de plein droit par l'effet

de la séparation de corps la présomption de paternité, suite du mariage, ni même d'attribuer au simple désaveu *du mari un effet péremptoire.* »

Mais le projet de M. Demante fut amendé sur les observations de MM. de Vatisménil et Valette. Non-seulement la commission dont ces derniers firent partie, ajouta le paragraphe portant : l'*action en désaveu ne sera pas admise, s'il y a eu réunion de fait entre les époux*, mais on rédigea à nouveau l'article émané du rapporteur, afin de lui donner un tout autre sens, et d'indiquer que le désaveu du mari serait péremptoire. Le compte-rendu du *Moniteur* (du 7 décembre 1850) est malheureusement inexact sur ce point; mais le procès-verbal des séances, distribué en volumes aux députés, a rétabli d'une façon suffisamment claire le sens de la loi.

M. Valette, commentant la loi qui nous occupe dans son cours de Code civil (t. 1), écrit : « *Le déaveu du mari doit être péremptoire quand il est fondé sur la séparation de corps prononcée ou demandée;* » d'autre part, dans une lettre adressée le 29 avril 1856 à M. Arbey, président du tribunal de Laon, M. Valette disait : « *Le sens fondamental et le but de l'amendement est, à la différence du projet primitif, de rendre le désaveu du mari péremptoire, sauf le cas de réunion des époux, ce dernier étant prouvé par la femme ou par le tuteur* ad hoc, *en forme d'exception à l'action du mari.* »

Bien mieux, M. Demante lui-même a formulé et

développé dans son cours analytique du Code civil (t. 2, p. 47), l'interprétation enseignée par M. Valette sur le texte additionnel de l'article 312. — Elle ne peut donc laisser place au moindre doute.

Que faut-il entendre par ces mots : « *s'il y a eu réunion de fait entre les époux* » qui terminent le nouvel article 312 ?

Le rapprochement des deux époux doit avoir un certain caractère d'intimité permettant de croire à la possibilité de l'accomplissement du devoir conjugal. Ainsi par exemple la réunion des deux époux dans le cabinet d'un homme d'affaires pour y régler des questions pécuniaires, ne pourrait constituer l'exception qui nous occupe. Remarquons au surplus qu'il peut y avoir réunion de fait dans le sens de l'article 312, indépendamment de toute idée de réconciliation entre les époux judiciairement séparés.

La loi du 6 décembre 1850 dit que les délais réglant la présomption de non-paternité courent à partir de l'ordonnance rendue par le président, aux termes de l'article 878 du Code de procédure civile; mais si par hasard les époux n'ont pas cessé d'habiter ensemble, les juges devront tenir compte, non de la date même de cette ordonnance, mais de son exécution effective.

Suivant l'opinion généralement enseignée, les délais dont il s'agit ici doivent être calculés *de momento ad momentum*.

Pareillement si la demande en séparation a été rejetée, le délai relatif à la possibilité du désaveu part du

du moment où la sentence définitive a été prononcée, et non pas seulement du jour de sa signification : rien ne prouve en effet que l'époux débouté n'a pas exécuté la décision judiciaire sans en attendre la notification.

La loi de 1850 gardant le silence sur le genre d'enquête admissible par rapport à l'exception de la réunion de fait, on l'établira par tous les moyens admis dans le droit commun.

VIII

DE LA RÉCONCILIATION POSTÉRIEURE AU JUGEMENT DE SÉPARATION DE CORPS

Anciennement la séparation de corps pouvait être prononcée *ad tempus* ; on la considérait dans ce cas tantôt comme une épreuve, tantôt comme une punition. Sous l'empire de notre Code civil, les effets du jugement de séparation sont permanents et définitifs.

Si néanmoins les époux veulent y renoncer et reprendre la vie commune, la loi s'empressant de ratifier leur réconciliation, ne les soumet à aucune espèce de formalité, tant ce retour à la concorde répond à ses vœux.

Par le simple fait de la réconciliation, le jugement de séparation est effacé dans toutes ses conséquences : les

donations et avantages entre époux revivent de plein droit; l'autorité paternelle rentre dans son plein exercice; enfin les droits et les devoirs de la cohabitation renaissent comme par le passé.

Signalons cependant une règle particulière destinée à protéger la sécurité des tiers : la communauté existant avant la séparation de corps ne peut être rétablie « que par un acte passé devant notaires et avec minute, dont une expédition doit être affichée dans la forme de l'article 1445. » Cette règle s'impose aux époux quel que soit le régime stipulé dans leur contrat de mariage.

Au surplus, on s'accorde à déclarer que l'article 872 du Code de procédure est applicable en cette matière concurremment avec l'article 1445.

La réconciliation postérieure à la séparation de corps rentre elle aussi dans les pures questions de fait, dont il n'est pas nécessaire ou possible de se procurer une justification écrite. On pourra donc la prouver tant par titres que par témoins, aveux, présomptions, serment décisoire ou supplétoire.

Disons encore une fois, en terminant notre étude, que dans les questions de cette nature les tribunaux sont investis d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, lequel forme en quelque sorte, comme nous avons pu le constater en maintes reprises, la règle ordinaire dans les procès en séparation de corps.

Dans une matière si variée en effet, si nuancée, si délicate, le législateur ne pouvait que s'en rapporter entièrement à la sagacité, à la prudence et à la sagesse

des magistrats. Le législateur, disons-le sans la moindre pensée de flatterie, ne pouvait confier en des mains plus pures et à des esprits plus exercés le sort de nos familles.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Lorsque deux choses sont dues sous une alternative, la perte fortuite de l'une d'elles ne permet pas au débiteur de se libérer en payant seulement la valeur de celle qui reste.

II. — L'*emptor* était tenu de payer le prix de la vente quand la chose par lui achetée venait à périr avant la tradition.

III. — L'obligation naturelle est prescriptible, *secùs* l'obligation morale.

IV. — Les avocats n'avaient à Rome aucune action

à proprement parler pour réclamer leurs honoraires ; néammoins, toute demande à ce sujet ne leur était pas interdite : ils pouvaient s'adresser au préteur par une *persecutio extraordinaria ;* dans ce cas le magistrat statuait sur le fond du litige avec un pouvoir discrétionnaire.

V. — Quand les honoraires avaient été remis à l'avocat, le préteur avait le pouvoir de l'obliger à restituer ce qui était excessif.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. — Malgré les termes de l'article 502 du Code civil, le mariage contracté par un individu *déjà interdit* pour cause de démence, fureur ou imbécilité, n'est pas nécessairement nul.

II. — Lorsque la femme accepte une donation sans l'autorisation maritale, la nullité n'est pas absolue, mais seulement relative.

III. — Les principes qui régissent le droit de rétention exigent pour son exercice la possession de l'objet et une créance se rattachant intimément à cet objet lui-même *(debitum cum re junctum).*

IV. — Le droit de rétention a moins d'étendue que le droit de gage.

V. — La société civile ne constitue pas une personne juridique.

VI. — La loi française ne reconnaît pas la naturalisation acquise en pays étranger par une femme séparée de corps.

VII. — Si l'enfant n'est pas né viable, le mari ne pourra le désavouer, même dans le cas prévu par le deuxième alinéa de l'article 312 du Code civil.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

I. — La saisine est d'origine germanique.

II. — Malgré leur nombre et leur variété, les coutumes avaient un fond commun, indiquant l'unité d'origine. Leur source ne dérive en rien du vieux droit des Gaulois.

III. — La rédaction de la loi salique comprenant les gloses malbergiques, est antérieure à toutes les autres.

IV. — Suivant la loi salique et toutes les coutumes germaniques, la puissance paternelle avait un caractère de pure protection ; de là est venue notre vieille maxime : *En France, puissance paternelle n'a lieu.*

PROCÉDURE CIVILE

I. — Dans les ventes publiques d'immeubles, le créancier saisissant n'est pas soumis à la garantie du vendeur à l'égard de l'adjudicataire évincé.

II. — L'adjudicataire évincé peut exercer l'action en répétition de l'indu contre les créanciers, lorsque le prix de l'adjudication leur a été distribué.

III. — Un avoué n'a pas le droit de retenir les pièces qui lui ont été remises par un tiers, ou par son client lui-même, bien qu'il lui soit dû des frais ou honoraires à raison de la procédure dans laquelle ces pièces ont été utilisées à titre de documents.

IV. — Les dires des parties mentionnés dans un procès-verbal de non conciliation non signé par elles, ne sauraient leur être opposés en cours d'instance.

DROIT COMMERCIAL

I. — L'autorisation maritale, nécessaire à une femme pour devenir commerçante, peut n'être que tacite; elle ne peut être donnée par justice.

II. — Un jugement non périmé, portant condamnation par défaut, suffit pour empêcher la prescription édictée par l'article 189 (Cod. civ.).

III. — La prescription déterminée par l'article 189 n'empêche pas de déférer le serment décisoire, mais le juge ne pourrait déférer le serment supplétoire.

IV. — En matière commerciale il peut être prouvé par témoins contre et outre le contenu aux actes, quelle que soit la somme en litige.

DROIT CRIMINEL

I. — La pénalité infligée à la femme par l'article 308 du Code civil est régie par l'article 463 du Code pénal.

II. — La complicité ne résulte pas de la simple assistance à un crime ou à un délit.

III. — Le défenseur a le droit d'indiquer au jury la peine encourue par l'accusé.

IV. — L'ivresse n'est pas une excuse, mais aucune loi ne défend de l'invoquer comme circonstance atténuante.

V. — Un fait ne peut être qualifié en même temps crime et délit, et donner lieu à deux poursuites successives : l'une en police correctionnelle, l'autre devant le jury, et *vice versâ*.

VI. — Celui qui tue un de ses semblables sur sa prière commet un homicide.

VII. — La peine de mort encourue par un militaire pour voies de fait envers son supérieur se prescrit par un laps de cinq ans ; la poursuite du même fait se prescrit par trois années.

VIII. — La peine de mort se justifie dans la législation positive ; mais elle ne doit être appliquée que le plus rarement possible.

DROIT ADMINISTRATIF

I. — En matière criminelle, les préfets n'ont pas le droit d'*élever le conflit,* même lorsqu'il s'agit d'une question préjudicielle pouvant rentrer dans la compétence administrative. Il en est de même (sauf deux exceptions), en matière correctionnelle et de simple police.

II. — La juridiction administrative est *gracieuse* ou *contentieuse :* on doit s'adresser à la première quand on ne peut faire valoir qu'un *simple intérêt ;* il faut recourir à la seconde *lorsqu'on peut invoquer* un *droit acquis.*

III. — Quel que soit le montant de la demande portée devant le conseil de préfecture, l'appel est toujours permis.

ECONOMIE POLITIQUE

I. — Pour être productif, le travail doit être *divisé*, *libre* et *convenablement salarié.*

II. — La loi de la division du travail est universelle, en ce sens qu'elle se retrouve dans la famille, dans l'Etat et dans les rapports des nations entre elles.

III. — Les octrois sont nuisibles au développement de la richesse nationale. — *Secùs* de la douane.

DROIT DES GENS

I. — L'extradition peut avoir lieu, bien qu'il ne soit pas intervenu de traité que l'on puisse invoquer.

II. — L'extradition n'autorise la nation qui l'a obtenue qu'à juger l'inculpé taxativement sur les faits qui ont été relatés dans la demande d'extradition.

III. — Le blocus n'est obligatoire que quand il est effectif.

IV. — Une nation ne viole pas le droit des gens, ni les bons rapports qui doivent exister entre les peuples, en appliquant à ses frontières des tarifs protecteurs.

Vu par le Président de la Thèse,

MASSOL.

Vu par le Doyen de la Faculté,

POUR LE DOYEN EMPÊCHÉ,

Le Doyen honoraire,

DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer.

LE RECTEUR,

CH. CHAPUIS.

Toulouse, le 6 juillet 1881.

Toulouse. — Imprimerie moderne J. Fournier, rue Dutemps, 8.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Le divorce avant les Romains.

I. — Le divorce dans l'Inde brahmanique..... vij

II. — Le divorce en Perse, à Ninive, à Babylone et dans l'Egypte..... xijj

III. — Le divorce dans la société hébraïque, depuis l'ère patriarcale jusqu'à l'apparition de Jésus..... xv

IV. — Le divorce dans l'ancienne Grèce : remarquable réforme touchant le divorce, par Solon..... xvijj

DROIT ROMAIN

Le divorce dans la Société romaine.

PREMIÈRE PÉRIODE

Le divorce de Romulus à la loi des Douze-Tables.

I. — Loi libérale de Romulus sur le divorce..... 1

II. — Préliminaire de conciliation au temple de Junon Viriplaca..... 5

III. — Du tribunal domestique : sa composition relativement libérale à l'occasion du divorce chez les Romains. 6

IV. — De la *diffarreatio* : son caractère religieux..... 8

V. — De la *remancipatio* et de la *coemptio*..... 10

VI. — De la *confarreatio*..... 12

VII. — De l'*usus* et du *libellus repudii*..... 14

DEUXIÈME PÉRIODE

De la loi des Douze-Tables à Auguste.

I. — Causes et caractère de la loi des Douze-Tables..... 15

II et III. — Organisation du mariage sans la *manus*. — Notion de la *manus* et de la *patria potestas*. — L'*usurpatio trinoctii*. — La loi des Douze-Tables concède à l'épouse romaine le droit de divorcer ; textes classiques à l'appui. — Le *paterfamilias* répudie son gendre..... 18-21

IV. — Causes du divorce suivant la loi des Douze-Tables. — Faculté illimitée de divorcer. — Les personnages illustres de l'histoire romaine donnèrent l'exemple du divorce. — Multiplicité des divorces..... 27

TROISIÈME PÉRIODE

Du règne d'Auguste à Constantin.

I. — Lois caducaires. — Loi *Julia de adulteriis*. — Nouvelles formalités du divorce, prescrites à peine de nullité. — Du *libellus repudii*. — Caractères du vrai divorce, suivant le Digeste..... 31

II. — Les termes du *libellus repudii* étaient-ils solennels ? Controverse..... 33

III. — Les *retentiones ex dote*. — Punition corporelle des deux époux en cas d'adultère. — Une controverse insoluble..... 37

IV. — Des effets du divorce sur les époux et sur les enfants. Antonin et Marc Aurèle retirent au père le droit de répudier son gendre. — *Idem* au patron à l'égard de son affranchie..... 45

QUATRIÈME PÉRIODE

Du règne de Constantin à Justinien.

I. — Efforts des Empereurs chrétiens contre le divorce. — Constitution de Constantin qui réduit les causes du divoree à trois cas. — Suppression du divorce par consentement mutuel. — Constitution du même prince sur l'adultère, qui est puni de mort. — Constitutions d'Honorius, de Théodose et Valentinien, d'Anasthase..... 46

II. — Lois multiples de Justinien sur le divorce. — Caractère des nouvelles pénalités. — Sévérité de la législation de Justinien. — La femme est enfermée à perpétuité dans un monastère. — Attribution aux enfants ou aux ascendants des biens confisqués aux époux divorcés..... 48

ANCIEN DROIT

Le divorce dans l'ancienne France.

CHAPITRE I. — Le divorce dans la législation civile..... 53

CHAPITRE II. — Le divorce dans le droit canonique..... 57

I. — Empêchements dirimants, et prohibitifs..... 57

II. — L'adultère de la femme autorise-t-il le divorce? — Evangile de saint Matthieu. — Saint Augustin. — Concile de Milève ; son influence..... 58

III. — Pères, conciles et synodes. — Sanchez : Réfutations. — La cour de Rome et le divorce. — Concile de Trente..... 62

CHAPITRE III. — Droit intermédiaire. — La Révolution française et le divorce. — Loi de 1816..... 70

DROIT CIVIL

De la séparation de corps.

CHAPITRE I. — Des causes de la séparation de corps..... 1

I. — La séparation volontaire est prohibée. — Conséquences. — Critique..... 1

II. — De l'adultère..... 5

III. — Des excès, sévices et injures graves..... 9

IV. — De la condamnation infamante. — Controverse..... 11

CHAPITRE II. — De la procédure en séparation de corps, des mesures provisoires, des fins de non-recevoir..... 21

I. — Préliminaire de conciliation devant le Président..... 21

II. — Mesures provisoires..... 25

III. — Mesures conservatoires..... 24
IV. — Instruction devant le Tribunal. — L'art. 308..... 26
V. — *Quid* de la demande reconventionnelle?..... 30
VI. — *Quid* de la réciprocité des torts et de la provocation ?. 32
VI. — De l'exception de réconciliation..... 33
VII. — *Quid* lorsque les deux époux ont été frappés l'un et l'autre d'une condamnation infamante?..... 35
VIII. — *Quid* de la prescription ?..... 36
IX. — *Quid* de l'exception de la *chose jugée?*..... 37
CHAPITRE III. — Des effets de la séparation de corps..... 37
I. — La séparation de corps laisse subsister tous les devoirs nés du mariage, sauf celui de la cohabitation et le *devoir conjugal*. — La femme peut résider où bon lui semble..... 37
II. — Effets de la séparation quant aux enfants..... 39
III. — La séparation révoque de plein droit les dons et avantages entre époux..... 40
IV. — Les héritiers ni les créanciers des époux ne peuvent néanmoins demander la séparation..... 41
V. — Des effets de la séparation par rapport à la dot et aux reprises de la femme..... 42
VI. — Administration et pouvoir d'aliénation octroyés à la femme par la séparation sur ses biens..... 45
VII. — Loi du 6 décembre 1850..... 46
VIII. — De la réconciliation postérieure au jugement de séparation..... 49
POSITIONS..... 53

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITAIRE