

T 1871 / SALES

PPN 084 504 382

T 1871-II-3

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

DE LA

DISSOLUTION DU MARIAGE

en Droit romain et en Droit français ancien et moderne.

DE LA

DISSOLUTION DU CONTRAT DE MARIAGE

en Droit français.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

PAR JOSEPH SALES,

AVOCAT.

TOULOUSE

TYPOGRAPHIE DE BONNAL ET GIBRAC

RUE SAINT-ROME, 44.

1871.



FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

MM. DUFOUR *, doyen, professeur de Droit commercial.
 RODIÈRE *, professeur de Procédure civile.
 MOLINIER *, professeur de Droit criminel.
 BRESSOLLES *, professeur de Code Napoléon.
 MASSOL *, professeur de Droit romain.
 GINOULHIAC, professeur de Droit français, étudié dans ses origines féodales et coutumières.
 HUC, professeur de Code Napoléon.
 HUMBERT, professeur de Droit romain, en congé, M. DELOUM chargé du cours.
 POUBELLE, professeur de Code Napoléon, en congé, M. BONFILS chargé du cours.
 ROZY, professeur de Droit administratif.
 ARNAULT, agrégé, chargé du cours d'Économie politique.
 CONSTANS, agrégé.

M. DARRENOUË, Officier de l'Instruction publique, Secrétaire
Agent-comptable.

Président de la thèse : M. MASSOL.

<i>Suffragants</i>	MM. DUFOUR, <i>Doyen</i> RODIÈRE, BRESSOLLES, DELOUME,	<i>Professeurs.</i> <i>Aggrégé.</i>
--------------------	-----------------------------------------------------------------	--------------------------------------------

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

DROIT ROMAIN.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE⁽¹⁾

Les rédacteurs du Digeste, après avoir, dans le livre vingt-troisième, étudié les conditions voulues pour conclure mariage, s'occupent, dans le titre deux du vingt-quatrième livre, de sa dissolution, tout au moins par l'un des modes les plus fréquents, le divorce. Quintilien n'en énumère que deux : *Matrimonium duobus generibus solvitur, aut repudio aut morte alterius* (2). Le jurisconsulte Paul est plus complet lorsqu'il dit : *Dirimitur matrimonium, divorcio, morte, captivitate, vel alia contingente servitute utrius eorum* (3).

(1) Sources : D., *de divortiis et repudiis*, liv. 24, tit. 2 ; Code, *de repudiis et judicio de moribus sublato*, liv. 5, tit. 16. ; C. Th., *de repudiis*, liv. 3, tit. 16 ; Nov. 22 et 147.

(2) Quintilianus, *Declam.*, 347.

(3) L. 4, D., *de Divort.*, 24, 2.

Gérard Noodt fait observer qu'il n'y a pas là de contradiction : *Sed nulla pugna erit, si putemus a Quintiliano sub morte etiam servitutem, sive captivitate, sive aliter contingat contineri. Nam et deportatio eo verbo comprehendi potest* (1).

Ces derniers mots font sans doute allusion à ce que l'énumération du jurisconsulte Paul n'est pas absolument complète, puisque la déportation peut aussi dissoudre le mariage.

Nous avons donc à étudier cinq modes de dissolution du mariage et, nous permettant de renverser l'ordre établi par les jurisconsultes romains, nous les rangerons comme suit, et nous dirons : le mariage se dissout : 1^o par la mort de l'un des époux ; 2^o par la servitude encourue *jure civili* ; 3^o par la servitude encourue *jure gentium*, c'est-à-dire la captivité ; 4^o par la *media capititis diminutio*, qui peut cependant ne pas le dissoudre ; 5^o par le divorce.

Nous consacrerons un chapitre spécial à l'étude de chacun de ces modes de dissolution.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE PAR LA MORT DE L'UN DES ÉPOUX.

La mort de l'un ou de l'autre des époux dissolvait également le mariage, mais il importait cependant de

(1) Gerardi Noodt., *comm. ad lib. 24, tit. 2, principio.*

distinguer entre la mort du mari et celle de la femme, pour les trois points suivants :

1^o Le mari n'est pas tenu de porter le deuil de sa femme : *Uxores viri lugere non compellentur*. La femme, au contraire, doit porter le deuil du mari, *intra id tempus quo clugere virum moris est*, sous peine d'être notée d'infamie (1). Cependant il y a des maris qui n'ont pas droit au deuil, *more majorum*. Ce sont, d'après Nératius et Ulpien, les ennemis, les condamnés pour haute trahison et ceux qui se sont suicidés, *non tædio vitæ, sed mala conscientia* (2).

Quel était ce temps reçu par les mœurs ? Plutarque (3) nous apprend que c'était une année lunaire, c'est-à-dire dix mois. Voilà pourquoi les textes parlent toujours du *legitimum tempus*, sans en désigner la quantité, puisque l'année lunaire ne concordait pas avec l'année solaire adoptée depuis.

2^o Les lois caducaires, portées sous Auguste, renfermaient des peines contre les célibataires, et le veuf redevenait *cælebs*, à ce point de vue, dès la mort de sa femme. La veuve, au contraire, avait reçu un répit d'un an par la loi Julia et un de deux ans par la loi Papia, pendant lesquels l'application de ces lois était suspendue (4).

(1) Loi 4, loi 9, *Pr.*, D. *de his qui*, not. 3, 2.

(2) L. 44, §§ 4 et 3. D., liv. *de his qui*, not. 3, 2.

(3) D'après lui, Numa serait l'auteur d'une loi prescrivant de porter le deuil des morts pendant un certain temps. (Demangeat, t. I, p. 279.)

(4) Ulp., *Rég.*, tit. 44.

Cette différence n'existe plus sous Justinien qui a aboli les lois caducaires (1).

3^e Le mari veuf pouvait se remarier immédiatement, et il le devait même, comme nous venons de le voir.

La veuve, au contraire, devait attendre que le temps du deuil fût écoulé. Si elle ne se conformait pas à cette prescription, son second mariage n'était pas nul, mais la note d'infamie atteignait la femme, depuis la loi Julia, son second mari, et leur père de famille qui leur avait donné l'ordre de contracter mariage.

Cependant Ulprien, s'appuyant sur le texte de l'Edit, excuse le nouveau mari s'il a ignoré la situation de sa femme. Il l'excuse également, s'il s'est marié sur l'ordre de son père (2).

Vers la fin du quatrième siècle, les empereurs du bas empire, Gratien, Valentinien et Théodose, redoublèrent de sévérité envers la femme qui n'a pas observé la religion du deuil. Elle ne peut donner à son nouveau mari, soit en dot, soit par testament, que le tiers de ses biens ; de plus, elle est privée du droit de recevoir de toute personne à titre d'hérédité, de legs, de fidéicommiss, de donations à cause de mort. Les empereurs se défendent, même ici, de tout reproche de fiscalité, en faisant observer que ce qu'elles ne pourront recevoir appartiendra

(1) Voir C., *de Caducis tollendis*, 6, 51.

(2) L. 4 et L. 11, § 4, D., *de his qui*, not. 3, 2 ; fr. Vat., § 320.

M. de Savigny, *Système*, t. II, appendice 7, prétend que la femme n'encourt plus l'infamie dans le droit de Justinien.

aux autres héritiers ou légataires. Elle perd aussi ce que son premier mari lui avait donné, soit de son vivant, soit par son testament.

Les dix mois de l'ancien droit sont portés à un an par les mêmes empereurs parce que le délai de dix mois leur paraît exigu.

Enfin, dans le droit des Novelles, les mêmes peines sont prononcées contre la femme qui accouche dans le temps du deuil s'il est certain que l'enfant n'est pas du défunt (1).

Lors même que les délais sont écoulés, des précautions sont prises au bas empire contre la femme qui se remarie, dans l'intérêt des enfants du premier lit ; *ne his*, dit Gérard Noodt, *noceatur odio, avaritia, stultitia ve novorum conjugum. Sæpe enim id evenire cœperiundo compertum est* (2).

Pourquoi ces différences entre le second mariage du veuf et celui de la veuve ? Primitivement ce fut pour éviter la confusion des parts, *turbatio sanguinis*, et c'est pourquoi le délai de dix mois était imposé à la veuve, même lorsqu'elle était dispensée du deuil. En effet, il aurait pu arriver qu'on n'aurait pas su à qui attribuer la paternité de l'enfant né dans les dix mois du décès du premier mari. Ce qui prouve bien la proposition que nous venons d'avancer, c'est que le jurisconsulte Pomponius pense que la femme peut se remarier tout de suite, si elle accouche *intra legitimum tempus*.

(1) C. 1 et 2, C., *de secundis nuptiis*, 5, 9.

(2) C. 3 et seq., C., *de secundis nuptiis*, 5, 9.—Gerard Noodt,
loc. cit.

Il y avait bien aussi la raison de convenances, car cette décision de Pomponius, approuvée par Ulprien, paraît n'être donnée que pour le cas où la femme est affranchie du deuil par suite de l'indignité du mari. Cela nous semble résulter de la place même du texte qui autorise ainsi le second mariage de la femme qui a mis au monde un enfant (1).

Les empereurs chrétiens firent tout-à-fait prévaloir la question de convenances, lorsqu'ils substituèrent le délai d'un an à celui de dix mois (2).

Du reste, un rescrit impérial pouvait permettre le mariage à la veuve même avant l'expiration du *legitimum tempus* (3).

CHAPITRE II.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE PAR LA SERVITUDE ENCOURUE *jure civili*.

Le mariage ne peut pas subsister entre deux personnes qui ne sont pas l'une et l'autre libres ; en cas du *maxima capitis diminutio* de l'un des époux, l'autre reprendra donc sa liberté.

Avant les réformes de Justinien, quatre cas subsistaient encore qui faisaient tomber une personne libre en servitude, *jure civili*. C'était :

(1) L. 11, §§ 4, 2, 3, D., *de his qui*, not. 3, 2.

(2) C. 2, G., *de secundis nuptiis*, 5, 9.

(3) L. 10, D., *de his qui*, not. 3, 2.

1^o L'ingratitude de l'affranchi envers son patron, manifestée par des négligences graves ou des actes formels, comme un refus d'aliments, et constatés par les magistrats (1).

2^o La vente comme esclave d'un homme libre, majeur de vingt ans, pour prendre part au prix (2). Cette peine très-rigoureuse d'une escroquerie fut supprimée par la Novelle cinquante-neuf de l'empereur Léon.

3^e Les condamnations aux mines et aux bêtes, *ad metallum vel ad bestias*. Le condamné devenait *servus penæ*. Cette cause d'esclavage existait encore au moment de la rédaction des *Institutes* et du *Digeste*. (3) Mais plus tard Justinien, par la Novelle vingt-deux, chapitre huit, déclara que le condamné conserverait en droit sa qualité d'homme libre, et la principale raison qu'il en donne c'est le maintien du mariage.

Maneat igitur matrimonium hoc nihil ex tali decreto lesum, utpote inter personas liberas consistens.

C'est le point de vue chrétien de l'indissolubilité du mariage qui domine ici. Il n'est sans doute pas témoigne de conjecturer que, dans la pratique, la même décision fut étendue par argument *a fortiori* aux deux cas d'esclavage *ex jure civili* que nous venons de mentionner (4).

(1) L. 6, § 1, D., *de agnosc. vel alend.*, lib. 25, 3. — L. 2, G., *de libert. et lib. eor.* 6, 7. — Inst. 4, 46, § 4.

(2) L. 7, §§ 4 et 2. — L. 33, D., *de lib. caus.* 40, 12.

(3) Inst. 4, 42, § 2 ; L. 2, § 2, D., *de pænis*, 48, 49.

(4) Voir *Précis de droit romain*, par C. Accarias, t. I, p. 73, 38.

4^o Enfin, la femme libre, qui connaissant sa condition avait des relations avec l'esclave d'autrui, devenait l'esclave du même maître, si elle ne se séparait pas après trois sommations.

Cette disposition du sénatus-consulte Claudien fut abrogée par Justinien. Elle ne nous regarde pas, parce que la femme dont il s'agit n'est point mariée (1).

Les textes ne nous disent pas dans toutes ces hypothèses, si la femme dont le mari était réduit à l'esclavage pouvait tout de suite se remarier. Il semblerait que le délai des dix mois de viduité devrait lui être imposé pour éviter la *turbatio sanguinis*.

CHAPITRE III.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE PAR LA SERVITUDE ENCOURUE *jure gentium* OU LA CAPTIVITÉ.

Le jurisconsulte Paul indique cette cause de dissolution du mariage, et elle n'a rien que de très naturel, puisque la captivité entraîne la *maxima capititis deminutio*. Cependant ceci demande quelques explications.

Si les deux époux ont été faits prisonniers ensemble et s'ils sont également revenus ensemble à Rome, leur mariage sera censé n'avoir jamais cessé d'exister, puis-

(1) Voir Inst., liv. 3, tit. 42, § 4 ; L. unic. ; C., *de sct. Claud. toll.*, 7, 24.

que les époux seront censés n'avoir jamais été captifs (1).

Si, au contraire, un seul des époux est captif, ou si un seul est revenu, ou si tous les deux, étant captifs, sont revenus à des époques différentes, il y a dissolution du mariage, quand bien même, la femme par exemple, restée à Rome, voudrait le maintenir et serait demeurée dans la maison du mari prisonnier. Il faudrait, dit Pomponius, un nouveau consentement pour rétablir le mariage (2).

Pourquoi cette différence de décision entre les deux sortes d'hypothèses que nous venons de prévoir ? On peut dire que, dans le premier cas, l'union physique des époux est demeurée possible, puisqu'ils étaient captifs ensemble et qu'ils sont revenus ensemble. Dans tous les autres, il y a eu entre eux une séparation de fait, que le *postliminium* n'a pas pu effacer, et elle a suffi pour entraîner la dissolution du mariage.

Ulprien signale à cet égard une exception au droit général relative à l'affranchie que son patron aurait épousée. Si celui-ci tombe en captivité, le mariage existe : *Putat enim Julianus durare ius libertæ matrimonium*

(1) L. 25, D., *de capt. et de post.* 49, 25.

(2) L. 12, § 4 ; L. 44, § 4 ; D., *de capt.* 49, 45.

Si nous en croyons Paul, la femme, dont le mari captif est revenu, serait même obligée de consentir à renouveler le mariage, à moins qu'elle n'eût une juste cause ; sinon, elle serait tenue des peines du divorce (L. 8, D., *de capt.* 49, 45). Mais nous verrons tout-à-l'heure que cette loi porte la trace d'une évidente interpolation ; d'où il résulte que nous pouvons laisser de côté cette décision illogique et l'attribuer à Justinien.

etiam in captivitate, propter patroni reverentiam. Certe si in aliam servitulem patronus sit deductus, procul dubio dissolutum esset matrimonium (1).

Justinien changea l'état de choses antérieur sur ce point et il distingua : quel que soit l'époux captif, s'il est certain qu'il est encore vivant, le mariage subsiste et l'époux non captif ne peut en contracter un autre. Si, au contraire, l'existence du captif est incertaine, alors l'autre conjoint, mari ou femme, doit attendre cinq ans ; après quoi, il lui sera permis de se remarier sans danger, quand bien même l'incertitude subsisterait (2).

Il est probable que ces innovations étaient déjà en germe au moment de la confection du Digeste, car les mots : *Post constitutum tempus*, se trouvent dans la loi 8 de Paul, Digeste de *captivis*, dont nous avons parlé dans une note précédente ; ils font évidemment allusion à ce délai de cinq années. De plus, la loi 6 de notre titre attribue à Julien des décisions tout-à-fait semblables à celle de la Novelle. Il y est dit : que les femmes des captifs *temere nubere non possunt*, et le surplus du texte n'est qu'une abréviation du chapitre de la Novelle avec le style et les tournures familiers à Justinien.

Il est donc infiniment probable que cette loi est aussi

(1) L. 45, D., § 6, *de titu. nuptiarum*, 23, 2.

Gerard Noodt veut qu'on lise dans ce texte, au lieu de *vereor ne possit* : *vereor ne non possit*, comme étant plus conforme au sens sur lequel on est d'ailleurs d'accord. (*Gerardi Noodt observationum*, lib. 2, cap. 6.)

(2) Nov. 22, chap. 7.

grandement interpolée, et ce qui achève de le prouver, c'est que Paul dit, d'une manière absolue, que le mariage est dissous par la captivité (1).

CHAPITRE IV.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE PAR LA *media capitis deminutio*.

Si un des époux est condamné à l'interdiction de l'eau et du feu ou à la déportation, dès lors, la puissance paternelle, s'il s'agit d'un *pater familias*, est détruite (2). Il semblerait donc que le mariage doit également être dissous ; car, comment acquérir la puissance paternelle sur les enfants qui naîtront plus tard, lorsqu'on la perd sur ceux qui sont déjà nés ? Cependant, certains textes démentent cette doctrine, et d'autre part on sait que le mariage pourrait commencer entre citoyens et périgrins s'il y avait concession du *jus connubii*. Mais ces textes paraissent admettre que le mariage sera conservé ou dissous suivant la volonté des époux et plus particulièrement, sans doute, de celui qui ne subit pas de condamnation. Ulprien dit, en effet, en parlant d'une *filia familias* déportée : *non utique deportatione dissolvi matrimonium, nam cum libera mulier remaneat, nihil pro-*

(1) Comparer L. 4 et L. 6, D., *de divort. 24*, 2. — Voir Gerard Noodt, *ad hunc titulum*, § 2.

(2) Inst., lib. 4, tit. 42, § 4.

hibet, et virum mariti affectionem, et mulierem uxoris animum retinere (1). Et l'empereur Alexandre : *Matrimonium quidem deportatione vel aquæ et ignis interdictione non solvitur, si casus in quem maritus incidit non mutet uxoris affectionem* (2).

Il nous semble bien résulter de ces textes, que si le mariage n'est pas dissous par la déportation, elle est du moins une cause suffisante pour permettre aux époux de se séparer, si l'affection conjugale n'a pas survécu à la condamnation.

Les jurisconsultes romains s'étaient donc ici montrés plus soucieux du maintien du mariage que nos législateurs qui l'avaient toujours rompu par la mort civile de l'un des époux.

Mais dans le cas où le mariage survivrait à la déportation, puisqu'il n'engendre plus la puissance paternelle sur les enfants, nous sommes portés à penser que c'est désormais un *matrimonium non justum*, dans lequel, par faveur spéciale, la dot conserve son caractère. Ainsi, elle n'est pas confisquée d'après les textes précités si le mari est condamné, et l'action *rei uxoriæ* subsiste dans le cas où c'est la femme.

(1) L. 5, § 4, D., *de bon. damnat.* 48, 20. — L. 43, § 4, D., *de don. int. vir. et ux.* 24, 4.

(2) C. 4, C., *de rept.* 5, 47, et C. 24, C., *de don. int. vir. et ux.* 5, 46.

CHAPITRE V.

DU DIVORCE.

Le divorce est la rupture du lien conjugal, la cessation du mariage par la volonté des deux époux ou de l'un d'eux.

Pris dans son sens propre, le mot divorce désigne, d'après Cicéron, le carrefour formé par des routes qui vont en sens inverse (1). Et en effet, Gaius nous dit : *Divortium autem, vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium* (2). Cette explication est bien d'accord avec l'éty-
mologie.

Le titre du Digeste qui y est consacré, est intitulé *de Divortiis et repudiis*. Le mot *repudium* avait un sens plus absolu, car il désignait aussi la rupture des fiançailles : *Inter divortium et repudium hoc interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest : non recte autem sponsa divortisse dicitur* (3).

Modestin dit aussi de son côté que le mot *repudium* ne serait pas absurde employé par rapport à la femme mariée. *Divortium inter virum et uxorem fieri dicitur* :

(1) Ciceron, *de Oratore*, 40.

(2) L. 2, D., *P. de divort.* 24, tit. 2.

(3) L. 491, D., *de verb. sic.* 5, 47.

repudium vero sponsæ remitti videtur : quod et in uxoris personam non absurde calit (1).

Cependant ces deux mots durent devenir à peu près synonymes, puisque la rubrique du titre correspondant au Code de Justinien est ainsi conçue : *de repudiis et judicio de moribus sublato*. Le mot divorce a disparu, bien que la chose soit restée.

Cependant M. Ortolan pense qu'il y a entre *divortium* et *repudium*, cette différence que *divortium* exprime le fait du divorce, tandis que *repudium* désigne plutôt l'acte contenant déclaration de divorce. Enfin Festus veut que l'étymologie du mot *repudium* soit la suivante — *res pudenda*.

Nous diviserons en deux parties l'étude de cette cause de dissolution la plus importante au point de vue juridique, et même au point de vue pratique du temps des grands jurisconsultes ; car c'est celle qu'ils supposent le plus souvent. Dans la première partie nous l'étudierons avant les empereurs chrétiens, dans la seconde partie depuis les empereurs chrétiens.

(1) L. 101, § 4, D. 50, 46.

PREMIÈRE PARTIE.

Du divorce avant les Empereurs chrétiens.

Les Romains n'ont admis, à aucune époque de leur histoire, que le mariage ne pût pas être dissous comme une société ordinaire. Aussi avaient-ils proclamé la nullité de toute stipulation tendant à interdire le divorce, ou à obliger le divorçant à payer une somme à son conjoint à titre de peine. *Libera matrimonia esse antiquitus placuit, ideoque pacto ne liceret divertere, non valere et stipulationes quibus penæ irrogentur ei qui, quæve divor- tium fecisset, ratas non haberi constat* (1).

Il paraîtrait, d'après le témoignage de Plutarque, que Romulus lui-même aurait accordé au mari le droit de répudier sa femme. « Entre les lois que fit Romulus, il en est une qui paraît fort dure, c'est celle qui, en défendant aux femmes de quitter leur mari, autorise les maris à répudier leur femme, lorsqu'elles ont préparé du poison, se sont rendues coupables d'une supposition de paix, se sont procuré de fausses clefs ou ont commis un adultére » (2).

(1) L. 2, C., *de in. stip.* 8, 39.

(2) Plutarque, *Vie de Romulus*. Cependant, on lit dans Denys d'Halicarnasse : « Romulus rendit indissoluble le lien qui unit les époux dans une même famille ; il n'y avait rien qui fût capable de corrompre le mariage. »

Sur ces temps fabuleux, Pline raconte encore qu'Egnatius Métellus, ayant surpris sa femme en train de boire du vin et de se mettre en état d'ivresse et l'ayant tuée, fut absous par Romulus ; et Plutarque ajoute : « Si un mari répudie sa femme pour toute autre cause, la loi ordonne que la moitié de ses biens soit dévolue à sa femme, l'autre à Cérès, et qu'il soit lui-même voué aux dieux infernaux. » Sans doute le mari soumettait son grief à une sorte de tribunal domestique, où les parents de la femme étaient appelés.

Arrivons à la loi des Douze-Tables. Cicéron nous apprend qu'elle en faisait mention, car il dit en parlant d'Antoine : *Mimam suam suas res sibi habere jussit, ex duodecim Tabulis. Claves ademit : exegit. Quam porro spectatus cives quam probatus ! Cujus ex omni vita nihil est honestius quam quod cum mima fecit divor- tium* (1).

Montesquieu voyait là-dedans un emprunt fait aux lois d'Athènes, et il s'appuyait sur le mot de Pline : *Græci vitiorum omnium genitores*. La vérité est, comme l'a dit M. Hugo, qu'on ignore absolument ce que les Douze-Tables disaient du divorce.

Le premier divorce qui apparaisse dans l'histoire d'une manière certaine, c'est celui de Spurius Carvilius Ruga. Aulugelle et Valère Maxime sont d'accord pour le dire,

(1) Philip., 2, 28. Cicéron divorça lui-même : et ce ne fut pas le jour le plus honorable de sa vie, car il aurait répudié Terentia pour épouser une jeune fille très-riche, dont la fortune lui était confiée à titre de fidéicommiss.



— 17 —

et le second le place en l'an 520 de la fondation de Rome (1).

Il paraît bien invraisemblable qu'on soit resté si longtemps sans user de cette faculté. Quoi qu'il en soit, Carvilius Ruga fut obligé de divorcer parce que sa femme était stérile; de sorte que ce premier divorce nous apparaît comme un acte de contrainte; cependant le peuple en fut indigné, et Tite-Live explique ainsi cette indignation : « Ce qui déplut au peuple, ce ne fut pas tant la nouveauté du fait que son atrocité; on trouvait cruel et inique que des époux qui s'étaient unis en vue d'une société perpétuelle de toute la vie, fussent répudiés pour le premier motif venu, *quæcumque de causâ*. »

Les mœurs changèrent singulièrement, car désormais, plus on avance, plus les divorces devinrent fréquents, et plus le mariage parut être un jeu. Nous pourrions multiplier à cet égard les citations d'auteurs littéraires. Il nous suffit de ce passage de Sénèque :

Numquid jam ullæ repudio erubent, postquam illustres quædam ac nobiles feminæ non consulum numero sed maritorum annos suos computant et exceunt matrimonii causâ, nubunt repudii? (2).

A cette époque reculée, sur laquelle nous venons d'an-

(1) Aulugelle, *Nuits antiques*, 17, 21. — Valère Maxime, *Factorum memorabilium*, lib. 1, chap. 2, tit. 4. Le même Valère Maxime dit cependant dans un autre passage, que les censeurs chassèrent du sénat L. Antonius, parce qu'il avait répudié sa femme sans assembler ses amis et provoquer leur sentence. Or, d'après les fastes consulaires, ceci se rapporterait en l'an 447 de la fondation de Rome. (Lib. 2, chap. 9, n° 2.)

(2) Sénèque, *de benef.*, lib. 3, chap. 46. — Voir aussi Juvénal, satyre 11, vers 229.

ticiper un peu en citant un passage de Senèque, il ne paraît pas que la condition des femmes fût semblable à celle des maris.

Aulugelle nous a conservé le passage suivant de Caton : « Si tu surprenais ta femme en adultère, tu pourrais impunément la tuer sans jugement. Elle, au contraire, si tu commettais un adultère, n'oserais pas te toucher seulement du doigt, car ce n'est pas son droit » (1).

Le divorce n'était non plus alors assujetti à aucune forme, mais il n'était pas dépourvu de quelque sanction. La femme perdait sa dot lorsqu'elle donnait lieu à la répudiation, ou tout au moins subissait une retenue pécuniaire. De son côté, le mari pouvait être puni, s'il était en faute, tout au moins par la nécessité de restituer la dot.

Nous avons déjà vu que le divorce fait mal à propos pouvait entraîner une flétrissure morale, ordinairement l'infamie. Les censeurs étaient chargés de les infliger, et nous les avons vu chasser Antonius Lucius du Sénat.

Tel était l'état des choses sous Auguste, qui s'efforça, comme on sait, de rendre au mariage son ancien prestige. Il dut donc réglementer le divorce : *Augustus divortiis modum imposuit*. C'est à partir de ce moment que nous allons l'étudier avec les jurisconsultes. Du

(1) Plaute confirme ce témoignage. — Syza dit dans la pièce intitulée *Mercator* :

Ecastor, lege dura vivunt mulieres,
Multo que iniquiore miseræ quam viri ;

Utinam lex esset eadem, quam uxori est, viro.

reste, les dispositions nouvelles augmentèrent plutôt encore le nombre des divorces, car on se mariait à la légère pour échapper aux restrictions portées contre les célibataires par les célèbres lois *Julia* et *Poppaea*. Aussi, sous l'empire des lois Caducaires, le divorce était-il devenu le mode le plus ordinaire de dissolution du mariage.

Nous allons l'étudier :

- 1^o Dans sa forme ;
- 2^o Dans le consentement ;
- 3^o Dans ses effets ;
- 4^o Dans sa punition.

PARAGRAPHE PREMIER.

DE LA FORME DANS LE DIVORCE.

Le divorce, avons-nous dit, n'est autre chose que la rupture volontaire du lien conjugal (1). Cette rupture pouvait résulter du consentement mutuel des époux, et alors le divorce avait lieu *bona gratia*, ou bien de la volonté d'un seul, et alors c'était par voie de répudiation.

Le premier de ces divorces ne fut jamais soumis à aucune forme légale, et la répudiation elle-même en fut affranchie jusqu'au règne d'Auguste.

Cicéron rapporte (2) qu'on discutait de son temps, sur le point de savoir, si le divorce pouvait résulter d'une

(1) *Précis de Droit romain*, par G. Accarias, p. 490.

(2) Cicér., *de Oratore*, 1, 40.

manifestation tacite de volonté, comme, par exemple, d'un second mariage contracté par le mari, sans avoir fait connaître à sa femme sa répudiation. Ainsi, à cette époque, le crime de bigamie n'existe pas à cause de la répudiation tacite qui avait rompu le premier mariage. Cependant, dans la pratique, on observait certains usages que nous allons examiner.

Prenons d'abord le mari. De deux choses l'une, ou sa femme était tombée *in manu*, ou elle était libre? Était-elle tombée *in manu*? Si c'était par *confarreatio* que le mariage avait été contracté, il était dissous par *diffarreatio*. C'était une cérémonie lugubre, au dire de Plutarque; *genus sacrificii*, dit Festus, *quod siebat farreo libo adhibito*.

Si elle était tombée *in manu* par *coemptio*, le divorce se faisait par une *remancipatio*. *Remancipatam Gallus Aelius esse ait, quæ emancipata sit, ab eo cui in manum convenerat* (1).

Ainsi, il suffisait d'une émancipation du mari, faite avec intention de divorcer, pour que le mariage fût dissous.

Enfin, la *manus* pouvait être acquise par le mari par l'*usucapio* (2).

Il est probable que le divorce se produisait ici de la même manière que tout à l'heure, par une émancipation émanée du mari avec intention de divorcer.

On sait que la *manus* tomba peu à peu en désuétude

(1) Festus, *verbo : re mancipata*.

(2) Gaius, *Comm. 4, §§ 440 à 443*.

au temps classique, et la *confarreatio* notamment cessa presque d'exister à partir de Tibère.

Il faut donc surtout nous occuper de la femme libre, de celle qui n'est pas tombée *in manu mariti*. C'est ici, comme nous le disions tout à l'heure, qu'aucune solennité ne fut d'abord imposée au divorce ; cependant le mari avait coutume d'enlever les clefs à sa femme et de la chasser de la maison en lui rendant sa dot. S'il était absent, il pouvait la répudier en lui envoyant un messager, qui était d'ordinaire un affranchi. L'acte dont il était porteur s'appelait *repudium*, et il contenait cette formule : *tuas res tibi habeto*.

Cette forme était aussi usitée entre présents. Le divorce se faisait aussi par lettres ; c'est ainsi que Cicéron répudia sa femme Terentia.

S'agit-il de la femme qui veut divorcer, il est probable, d'après le témoignage des auteurs littéraires, qu'elle n'en avait pas le droit lorsqu'elle était tombée *in manu*, d'une manière quelconque (1).

Cependant, il résultait d'un passage de Cicéron, que les femmes tombées *in manu* par la *coemptio* devaient pouvoir répudier leur mari. Il nous apprend dans le *pro Murena*, qu'une femme restée seule de sa famille et chargée par conséquent des *sacra privata*, pouvait s'en débarrasser en épousant un vieillard pauvre. Elle tombait *in manu* par *coemptio*, les *sacra* passaient à son

(1) Voir Plaute, *Mercator*, acte IV, scène 6. Nous avons déjà cité plus haut quelques-unes des plaintes sur l'inégalité entre les hommes et les femmes que le vieux poète comique met dans la bouche de Siza.

époux, après quoi elle le répudiait. Mais ce témoignage n'était pas confirmé par les textes du Digeste, par la raison bien naturelle que les compilateurs de Justinien n'avaient plus à se préoccuper de la *manus*.^{La fille ob}

Heureusement que les *Institutes* de Gaius ont mis fin à tous les doutes. « La fille, dit-il, même adoptive, ne peut d'aucune manière contraindre son père à l'éman- ciper. *Hæc autem, repudio missō, virum proinde compellere potest, atque si ei nunquam nupta fuisset* (1). »^{conds}

La loi des Douze-Tables permit aux femmes d'éviter de tomber *in manu* par *usucapio*, en s'absentant chaque année pendant trois nuits de la maison du mari (2).

Cela interrompait l'*usucapio*, et elle demeurait libre de la puissance de son mari. Alors de deux choses l'une, ou elle était en puissance de son père, ou elle était *sui juris*.

Etais-elle en puissance de son père? Celui-ci avait le droit d'envoyer le *repudium* au mari de sa fille, même malgré elle. C'est ainsi que Ennius fait dire à une fille se plaignant de son père :

Si improbum esse Cresphontem existimaveras,

Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probus

Cur talem invitum, invitam cogis linquere?

Mais ce pouvoir exorbitant du père fut mitigé par les empereurs. *Bene concordans matrimonium separari à patre dius Pius prohibuit* (4).

(1) Gaius, *Comm.* 4, § 437.

(2) Gaius, *Comm.* 4, § 444.

(1) Paul, *Sent.*, lib. 5, tit. 6, § 15.—L. 5, C. 5, 47, *de repud.*

Nous reviendrons sur ce point.

Si la fille est *sui juris*, c'est elle-même qui divorceera. *Emancipatae vero filiae pater divorantium in arbitrio suo non habet*. A plus forte raison n'a-t-elle pas besoin du consentement de sa mère (1).

Pour cela faire, en général la femme rendait les clefs et quittait la maison du mari. *Mulier offensa claves remisit, domum revertit*, dit saint Ambroise (2).

Elle pouvait aussi divorceer par lettre ou envoyer le *repudium* par son affranchi *Tuas res tibi agito*, disait-elle à son mari (3).

La loi Julia de adulteriis et de fundo dotali, portée sous Auguste, ne mit pas fin aux usages que nous venons de décrire; seulement elle exigea pour la validité du divorce une manifestation de volonté, sans laquelle il était considéré comme non avenu. *Lex Julia de adulteriis, nisi certo modo, divorantium factum sit pro infecto habet* (4).

Cette forme était la manifestation solennelle du consentement en présence de sept citoyens romains pubères, outre l'affranchi de celui des époux qui fait le divorce, et qui signifiera l'acte à l'autre conjoint (5).

Il paraît aussi que les *tabulæ nuptiales*, ce que nous

(1) L. 5, D. 24, 2, et L. 3, G. 5, 47.

(2) *Epist.* 5.

(3) L. 2, § 4, D. 24, 2. Voir aussi Ciceron, *Philipp.* 2, 28. — Juvénal, satyre 6, vers 446, *Collige sarcinulas dicet libertus, et exi.*

(4) Voir L. 4, § 4, D. *unde vir et uxor*, 38, 44.

(5) L. 9, D. 24, 3.

appellerions le contrat de mariage, étaient brisées au moment du divorce (1).

Enfin, on aurait eu d'assez bonne heure l'habitude de transcrire l'acte dont nous avons parlé, le *repudium*, dans les registres publics. C'est du moins ce que raconte Suétone de Caligula, qui envoya aux femmes de maris absents le *repudium* et le faisait insérer, *referri in acta* (2).

Pourquoi la loi Julia qui d'ailleurs ne refrénait pas le divorce en lui-même imposa-t-elle, à peine de nullité, cette condition de la présence de sept témoins ? C'est sans doute, parce qu'il importait désormais que la date du divorce fût parfaitement connue pour l'application de nouvelles dispositions légales et notamment des lois caduques. Plus tard, les empereurs chrétiens viendront ajouter ce motif : que les mariages doivent être plus difficiles à dissoudre qu'à contracter, à cause des enfants. *Solutionem etenim matrimonii debere esse, favor imperat liberorum* (3).

PARAGRAPHE DEUXIÈME.

DU CONSENTEMENT DANS LE DIVORCE.

Il faut avant tout, pour le divorce, le consentement de celui des deux époux qui renonce au mariage. Il doit avoir la volonté de se séparer pour toujours de son conjoint.

(1) Juvénal, satyre 9. *Tabulas quoque fregerat.*

(2) Suétone, *in Caligula*, 36.

(3) L. 8, C. 5, 17.

Ainsi il n'y aura pas divorce, lorsque les époux se sépareront et cesseront de vivre ensemble, sans vouloir rompre le mariage ; c'est ce qu'on appelait *Frigusculum*, et on distinguait cet état de refroidissement du divorce, en ce que l'affection maritale subsistait, et *honor matrimonii*. Ceci arrivait, il paraît, surtout chez les personnalités illustres. *Quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum*, dit Ulprien (1).

De même ce qui se fait et se dit dans un moment de colère, n'est ratifié que si la persévérance montre qu'il y a réellement volonté. *Ideoque*, dit le jurisconsulte Paul, *per calorem missō repudio, si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur* (2).

Papinien se prononce dans le même sens, lorsqu'il dit : Si l'époux, qui a donné le *libellum repudii* à son conjoint, s'est repenti, le mariage persiste, quoique le libelle ait été remis par ignorance du changement de volonté ; mais il ajoute : à moins que malgré la rétractation, le conjoint qui a reçu le libelle ne veuille lui-même dissoudre le mariage, car alors il est détruit par son fait (3).

Nous avons déjà dit que le divorce pouvait se faire *bona gratia*, c'est-à-dire du consentement mutuel des époux, et ce divorce là même ne fut jamais soumis à une forme légale. On devait le distinguer de la séparation dont nous parlions plus haut par la seule intention des époux.

(1) L. 32, § 43, D. 24, 1, *de don. int. vir et ux* ; Suétone, *Vie de Tibère*, chap. 4^{er}.

(2) L. 3, D. 24, 2, *de divortiis et repudiis*.

(3) L. 7, D. 24, 2.

Quant au divorce par répudiation, il ne requiert pas la volonté ni la connaissance de celui des deux conjoints auquel le *repudium* est envoyé. *Licet repudii libellus non fuerit traditus*, disent les empereurs Dioclétien et Maximien, *vel cognitus marito, dissolvitur matrimonio* (1).

D'où la question suivante. Une folle, demande Julien, peut-elle envoyer le *repudium*, ou être répudiée ?

Et il répond qu'elle peut être répudiée parce que c'est comme si elle ignorait. Au contraire, elle ne peut répudier ni par elle-même puisqu'elle est folle, ni par son curateur. Cependant son père (sans doute si elle est en sa puissance), pourra envoyer le *repudium* dont il ne pourrait d'ailleurs être question, si le mariage ne subsistait pas. Et Ulprien approuve cette décision (2).

Cette dernière réflexion nous montre que la folie n'est pas une cause de dissolution du mariage ; ainsi le divorce sera produit ici par la faute de l'époux qui répudie, à moins cependant que la folie de l'autre ne soit intolérable.

Ecouteons encore Ulprien : « Si le mari ou la femme deviennent fous durant le mariage, voyons ce qui arrive.

Sans aucun doute, la personne prise par la folie ne peut envoyer le libelle ; mais doit-elle être répudiée ? Si la folie a des intervalles lucides, si même elle est constante, mais supportable pour les personnes de l'entourage, alors il n'y a pas lieu de dissoudre le mariage. Que celui des deux époux qui, jouissant de sa raison, a di-

(1) L. 6, C. *de repudiis*, 5, 47. — L. 2, § 3, D., 24, 2.

(2) L. 4, D. 24, 2.

vorcé dans ces circonstances, sache bien que le mariage est dissous par sa faute : *quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participes esse.* Mais cependant si la folie est telle qu'il n'y ait aucun espoir de guérison, que la vie des serviteurs soit exposée, et si l'autre conjoint, soit à cause de l'intensité de la folie, soit à cause du désir qu'il a d'avoir des enfants, n'en ayant pas encore, veut envoyer le libelle de répudiation à son conjoint, en ce cas, cela lui sera permis, et le mariage ne sera cassé ni dissous par la faute d'aucune des parties (1).

Jusqu'ici nous voyons le jurisconsulte s'occuper surtout des intérêts de celui des deux époux que la maladie n'a pas atteint, mais il faut pourtant veiller au malheureux fou et prendre des mesures en sa faveur. Le même Ulprien, supposant que le mari ne soigne pas convenablement sa femme, s'exprime ainsi : « Mais si le mari ayant sa femme *in savissimo furore* ne veut pas dissoudre par ruse le mariage et méprise le malheur de sa femme, ne s'occupant pas d'elle, ne lui faisant pas donner les soins nécessaires, abusant au contraire de la dot, alors que le curateur ou les cognats de la folle aillent trouver le juge compétent pour forceer le mari à supporter tous les besoins de la femme, lui fournir des aliments et la secourir de la médecine, en un mot à ne rien omettre de ce qu'il convient qu'un mari fasse pour sa femme, suivant la quantité de la dot. Si même il est certain qu'il va dissiper cette dot, ce que ne doit pas faire un homme de bonne vie,

(1) L. 22, D., § 4, 3, *soluto matrimonio.*

alors qu'on la séquestre, afin que la femme ait par ce moyen les soulagements nécessaires. Les pactes nuptiaux, faits au moment du mariage, resteront dans l'état jusqu'à la guérison de la femme ou la mort de l'un des époux (1). »

Justinien a exigé d'autres consentements que ceux dont on s'était contenté jusqu'à lui. Il a décidé que l'époux, auteur du divorce, devrait avoir le consentement des père ou mère qui ont donné ou promis des dots ou des donations *propter nuptias* aux époux. C'est pour éviter que, par le fait du fils ou de la fille qui divorce, le père ne soit surchargé et exposé au paiement de la dot ou de la donation *propter nuptias* promise, ou bien encore qu'il ne perde, à titre de châtiment d'un injuste divorce auquel il n'aurait pas consenti, soit la dot qu'il a donnée pour sa fille, soit la donation *propter nuptias* qu'il a donnée pour son fils (2).

Telles sont les conditions générales relatives au consentement. Il nous reste à étudier certaines particularités que nous grouperons sous les trois chefs suivants :

L'un des époux ne peut pas divorcer ;

Le divorce a lieu malgré la volonté de l'époux divorçant ;

Le mariage est dissous par une sorte de divorce tacite.

A. L'un des époux ne peut pas divorcer. Il s'agit de l'affranchie épousée par son patron. On sait que l'affran-

(1) L. 22, § 8, D., 24, 3.

(2) Nov. 22, chap. 2.

chissement soumettait l'affranchi à diverses obligations très lourdes à l'égard de son patron, dont l'ensemble forme ce qu'on a appelé les *jura patronatus* et se décompose en droits de tutelle et de succession, *operæ et obsequia*. Cette déférence générale, comprise sous ce mot, imposait à la fille affranchie la nécessité de subir le mariage avec son patron, et ce droit exorbitant ne cessa qu'au temps d'Auguste, sous le consulat d'Ateius Capito, le fondateur de l'Ecole sabinienne ; c'est ce qui ressort des deux textes suivants :

Invitam libertam uxorem ducere patronus non potest, quod et Ateius Capito consule suo fertur decrevisse : hoc tamen ita observandum est, nisi patronus ideo eam manumisit ut uxorem eam ducat (1).

En même temps que l'affranchie était dispensée d'être mariée à son patron, si telle n'avait pas été la condition de son affranchissement, la loi *Julia de maritandis Ordinibus*, portée sous Auguste, frappait de nullité le divorce qu'elle voudrait faire malgré son patron.

Lex Julia de maritandis ordinibus, dit Ulprien, *retinet istam in matrimonio, dum eam prohiberet alii nubere invito patrono* (2). Ailleurs il nous rapporte, en les commentant, les termes mêmes de la loi : *Divortii faciendi potestas libertæ quæ nuptia est patrono ne esto* (3).

Malgré les termes impératifs de cette disposition, les

(1) L. 28 et 29, D., *de ritu nuptiarum*, 23, 2. — Voir aussi L. 51, *eod. tit.*

(2) L. 4, § 4, D., *unde vir et uxor*, 38, 44.

(3) L. 44, *per.*, D., *de divort.*, 24, 2.

Romains considéraient tellement la vie commune et le consentement mutuel comme de l'essence du mariage, qu'Ulprien se refuse à considérer le divorce de l'affranchie comme non avenu, et le mariage comme subsistant. *Non infectum videtur effeisse divortium quod jure civili dissolvere solet matrimonium, quare constare, matrimonium dicere non possumus, cum sit separatum.* Ainsi la situation est bizarre, le mariage ne subsiste pas, le divorce produit effet, mais, d'après Julien, l'affranchie n'a pas l'action de dot et elle ne peut pas se remarier. Si elle le fait, *pro non nupta habebitur*; elle ne pourrait même pas être la concubine d'un autre.

Tout cela dure évidemment tant que dure la volonté du patron de la conserver pour femme, mais, s'il meurt, ou s'il est vaincu et consent, *finita est legis auctoritas*, l'affranchie peut se remarier. Les jurisconsultes ne sont pas du reste exigeants pour l'admission de ce changement de volonté. *Ubi cumque igitur vel tenuis intellectus videri potest nolentis nuptam, dicendum est jam incipere libertae cum alio esse connubium.*

Il en sera ainsi, par exemple, si après le divorce de l'affranchie le patron a pris une concubine ou s'est marié avec une autre (1).

Ces règles souffraient exception si l'affranchie l'avait été en vertu d'un fidéicommis. Elle pouvait alors se séparer de son patron et divorcer. Marcellus en donne la raison : c'est que le patron l'a affranchie par néces-

(1) L. 44, §§ 1 et 2, D., *de divort.*, 24, 2.

sité et non de son libre arbitre ; il lui a donné la liberté, mais il n'est pas son bienfaiteur (1).

B. Le divorce a lieu malgré la volonté de l'époux divorçant :

1^o Dans l'ancien droit, le père pouvait dissoudre par divorce le mariage de son enfant en puissance, malgré cet enfant et sans qu'il le sût. Nous avons déjà dit un mot de cet état de choses, duquel Gérard Noodt écrit : *Duram rem et iniquam narro.* C'est le moment d'y insister (2).

C'était là un attribut de la puissance paternelle, qui pouvait s'exercer indépendamment de toute cause, quand même il y aurait eu des enfants ; et Cujas rapporte la plainte aux comices de filles séparées des meilleurs maris par la cruauté de leur père : *Querelæ filiarum se ab optimis et concordantibus maritis sine causa avelli, sola spurcitia, id est crudelitate patrum quorum in potestate sint* (3).

Nous savons que, dès les premiers temps de l'empire, la puissance dominicale, et à plus forte raison la puissance paternelle, furent ramenées à de plus justes limites (4).

L'empereur Antonin le pieux vint au secours des

(1) L. 40, B., *de divort.*, 24, 2, et loi 50 D., *de ritu nuptiarum*, 23, 2.

(2) Les auteurs littéraires nous en offrent des exemples. — Voir Suétone, *Vie de Tibère*, ch. 44. Apulée, *apologie*, p. 308. Gérard Noodt, *tit.*, *de divortiis*.

(3) Cujas, *ad Nov.*, 22.

(4) Voir *Inst.*, lib. 4, tit. 8, § 2.

enfants, comme nous le rapporte Paul en ces termes : *Bene concordans matrimonium separari a patre divus pius prohibuit* (1).

C'est peut-être la même idée que le même jurisconsulte, dans un autre passage du même ouvrage, veut exprimer, lorsqu'il ajoute, après avoir dit que le mariage des enfants en puissance requiert la volonté du père : *Sed contracta non solvuntur*. Cependant nous serions plus portés vers une autre interprétation à raison de la tournure du texte, et nous dirions : Le mariage contracté ne se dissout pas sans la volonté du père. Le jurisconsulte ferait ainsi allusion à une vieille idée tombée de son temps en désuétude, c'est que l'enfant en puissance n'aurait pas pu divorcer sans le consentement du *paterfamilias*, et cela par un intérêt public, celui de la continuation de la famille, visible surtout pour le mariage du fils qui doit donner au père des héritiers siens : *Contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur* (2).

Quoi qu'il en soit, le rescrit d'Antonin le pieux ne prévalut sans doute pas contre les mœurs, car l'empereur Marc-Aurèle dut le renouveler, comme nous l'apprennent les empereurs Dioclétien et Maximien à propos de la

(1) *Sent.*, lib. 5, tit. 6, § 13.

(2) Paul, *Sent.*, tit. 49, § 2. Ce ne serait pas la première fois que ce jurisconsulte se montrerait archaïque dans ses opinions. Ainsi, dans la loi 5, Digeste, *prescriptis verbis*, 49, 5, il enseigne que la vente est un contrat, *do ut des*, qui impose au vendeur l'obligation de transférer la propriété, et cependant cette opinion des Sabiniens était alors généralement abandonnée.

fille : *Nisi magna et justa causa interveniente hoc pater fecerit* (1).

Et Justinien dans la *Novelle* 22, chap. 19, attribue cette innovation à Marc-Aurèle : *Hoc autem bene quidem inchoans philosophissimus censivit Marcus : Diocletianus autem hunc secutus est : nos autem similiter approbavimus.*

Nous voyons cependant qu'on réserve au père son droit, s'il y a une grande et juste cause ; par exemple, la folie (2)

Ulpien va même plus loin, et il semble indiquer qu'il faut en quelque sorte user de persuasion à l'égard du père pour le détourner de l'exercice rigoureux de sa puissance : *Et certo jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patricæ potestatis turbentur : quod tamen sic erit adhibendum ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat* (3).

Si le père a pu à une époque imposer le divorce à son fils ou à sa fille, du moins ne peut-il pas forcer celle-ci à revenir auprès de son mari malgré elle, lorsqu'il y a eu divorce (4).

Il ne peut pas non plus imposer le divorce à sa fille émancipée (5).

(1) L. 5, Cod. *de repudiis*, 5, 17.

(2) L. 4, D., *de divort.*, 24, 2.

(3) L. 1, § 5, D., *de liberis exhibendis*, 43, 30.

(4) L. 5, Cod. *de repudiis*, 5, 17.

(5) Même loi.

Enfin, le divorce de la fille n'est pas au pouvoir de sa mère (1).

2^e Il résulte de nombreux textes, que le mari doit répudier aussitôt sa femme surprise en adultère, sinon il encourt les peines du *lenocinium*; il ne peut donc pas pardonner, et le divorce lui est imposé (2).

Paul dit même en commentant la loi Julia de adulteriis portée sous Auguste, qu'il doit la renvoyer immédiatement et faire sa déclaration dans les trois jours (3).

Enfin, un rescrit des empereurs Sévère et Antonin nous apprend que ceci s'applique aux maris qui ont surpris leur femme et non pas à ceux qui la soupçonnent simplement (4).

« Cette disposition, dit avec raison M. Accarias, plus fière que généreuse et qui méconnait la grandeur du pardon, n'aurait pas dû survivre au triomphe des idées chrétiennes (5). »

C. Le mariage est dissous par une sorte de divorce tacite :

4^e Dans l'ancien droit, le divorce pouvait résulter sans doute d'un second mariage. La répudiation tacite qui résultait de cette nouvelle union paraissait suffisante pour rompre l'ancienne. Cet état de choses ne dut cesser que par la loi Julia, qui punit la bigamie; puisque, jus-

(1) L. 4, Cod. de repudiis, 5, 4^o.

(2) Voir L. 29, pr. L. 2, § 2. L. 41, § 10, D., ad legem Julianam de adult., 48, 5.

(3) Sent., lib. 2, tit. 26, §§ 6 et 8.

(4) L. 2, Cod. ad legem Julianam de adult., lib. 9, tit. 9.

(5) *Précis de Droit romain*, p. 490.

qu'alors, elle n'était pas un crime, il faut bien admettre cette dissolution du premier mariage par un divorce tacite.

Nous savons, d'ailleurs, par un passage de Cicéron, que cette question était discutée de son temps. Dans son livre de l'*Orateur*, il veut démontrer par des exemples combien lui est utile la science du droit, et combien serait impudent celui qui *alacri et prompto ore ac vultu*, se présenterait au Forum, offrant aux citoyens la lumière de son génie, alors qu'il ignorerait le droit de sa cité. *Quid quod usu, memoria patrum, venit, ut paterfamilias, qui ex Hispania Romam venisset, quum uxorem prægnantem in provincia reliquisset, Romæque alteram duxisset, neque nuntium priori remisisset, mortuusque esset intestato, et ex ultraque filius natus esset; mediocris ne res in controversiam adducta est? quum queretur de duobus civium capitibus, et de puero, qui ex posteriore natus erat et de ejus matre; quæ, si judicaretur, certis quibusdam verbis, non novis nuptiis, fieri cum superiore divortium, in concubinæ locum duceretur* (1).

La question qui se pose ici est bien celle de savoir, si le mariage contracté à Rome a détruit le précédent, sans qu'aucune formalité de divorce ait été nécessaire. Elle fut tranchée, avons-nous vu, dans le sens négatif par la loi Julia.

2^o Le patron dont l'affranchie a divorcé sans son consentement, peut dissoudre le mariage sans aucune formalité. Nous avons vu, qu'à certains égards, il subsis-

(1) Cicéron, *de oratore*, lib. 4, chap. 40.

tait tant que subsistait la volonté du patron de le maintenir malgré son affranchie ; mais si le patron pense à se remarier, ou si même il prend une concubine, le premier mariage sera dissous à toute époque, car c'est un texte d'Ulprien inséré au Digeste qui nous donne cette décision (1).

Cette décision n'est pas en somme contraire à la loi Julia et aux formes qu'elle édicte pour le divorce, car le divorce ici émane de la femme, et l'attitude du patron n'en est que la confirmation.

3º Un *paterfamilias* adopte son gendre ou sa bru, sans avoir auparavant émancipé sa fille ou son fils en puissance, le mariage est aussitôt dissous. Remontons aux principes pour expliquer cette décision remarquable. Les *Institutes* nous enseignent que le mariage est défendu entre le frère et la sœur, qu'ils soient unis à la fois par le lien civil de l'agnation et le lien du sang de la cognation, ou seulement par l'un d'entre eux. Mais, s'ils sont simplement agnats, l'obstacle peut disparaître par l'émancipation de l'un d'entre eux et le mariage devient permis. *Sed si qua per adoptionem soror tibi esse cæperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te et eam nuptiæ consistere non possunt; cum viro per emancipationem adoptio sit di soluta, poteris eam uxorem ducere. Sed et si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis* (2).

Cela posé, si quelqu'un veut adopter son gendre ou

(1) L. 44, § 2 *in fine*, D., *de divorcio*, 24, 2, et L. 4, C. *de concubinis*, 5, 26.

(2) *Inst.*, lib. 4, tit. 40, § 2.

sa bru, il devra d'abord commencer par émanciper sa fille ou son fils : *et i/leo constat si quis generum adoptare velit, debere eum ante filiam emancipare, et si quis velit nurum adoptare, debere eum ante filium emancipare.* Ainsi l'adoptant doit commencer par émanciper celui des deux époux qui est actuellement en sa puissance.

Mais il nous faut supposer qu'il a omis cette précaution et qu'il a adopté son gendre ou sa bru sans émanciper son fils ou sa fille. Désormais les deux époux sont unis par le lien d'agnation au titre de frère et sœur; ils seraient donc dans une situation incestueuse, s'ils continuaient à être tout à la fois mariés et agnats à ce degré. Les *Institutes* ne répondent pas à cette question de savoir ce qu'il faut préférer du mariage ou de l'adoption. Mais Tryphoninus se prononce pour la validité de l'adoption à propos d'une autre question, et la paraphrase de Théophile donne la même solution : « L'adoption de son gendre ou de sa bru fera dissoudre leurs noces, car les époux seront frère et sœur. Or, entre frère et sœur, même adoptifs, il ne peut y avoir de noces (1). »

Il nous reste à rechercher les motifs de cette décision qui nous paraît peu acceptable, par ce motif que le mariage a précédé l'adoption.

Si nous nous plaçons avant la loi Julia, nous avons le choix des explications. A cette époque, le divorce avait lieu facilement par le simple fait d'un nouveau mariage, à plus forte raison l'adoption qui est un acte légitime fait

(1) L. 67, § 3, D. 23, 2, *de ritu nupt.*, et paraphrase de Théophile, traduction Frégier, sur le tit. 40 du liv. 1, § 2, page 423.

devant le magistrat, en présence et du consentement de l'adopté, *præsente eo et non contradicente*, suffira-t-elle pour détruire le mariage. De plus, nous avons vu que jusqu'à Antonin le Pieux, et peut-être Marc-Aurèle, le *paterfamilias* pouvait imposer le divorce à son enfant en puissance ; l'adoption de l'autre conjoint n'est pas autre chose que la manifestation de sa volonté.

Mais ces explications, l'une et l'autre probantes, nous échappent depuis que le divorce exige des formes à peine de nullité. Il faut bien alors se résigner à voir ici une exception à la loi Julia, et comme le dit M. Demangeat, une sorte de répudiation tacite (4).

Le motif apparent serait alors tiré de l'intention probable de l'époux adopté, qui, en consentant à l'adoption, a nécessairement voulu dissoudre le mariage. Car il serait aussi absurde de dire, qu'il a voulu se mettre à l'état d'inceste, que de dire qu'il a voulu faire un acte nul. Mais la raison véritable et qui va au fond des choses, c'est que les Romains attachent plus d'importance à la puissance paternelle créée par l'adoption, qu'aux *justes noces* elles-mêmes. Avec nos idées et nos mœurs sur la célébration et l'indissolubilité du mariage, nous avons peine à comprendre combien son importance était secondaire par rapport à la puissance paternelle dans le droit romain. Le mariage se crée et se dissout sans aucune intervention de la cité, ou du magistrat. C'est par les mœurs seules, par la position sociale des personnes qu'on distingue la con-

(4) Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, tome 1, page 279.

cubine de l'*uxor*, et nous savons que le divorce par son extrême fréquence, n'a pas été étranger à cet abaissement du mariage. Au contraire, la puissance paternelle est le fondement de la société romaine ; les preuves abondent à cet égard. Si les Instituts traitent du mariage, c'est incidemment ; et parce qu'il est l'une des sources de cette puissance paternelle. Il n'est donc pas étonnant que l'adoption soit préférée au mariage, que l'*actus legitimus*, fait devant le préteur, l'emporte sur les *justæ nuptiæ* contractées et dissoutes au gré des époux, si l'un et l'autre sont incompatibles.

Appendice. — Nous avons emprunté la décision qui précède, à un texte de Tryphoninus ; il n'est peut-être pas inutile de le rapporter, et de voir la question qu'il traite : « Si le fils de Titius a épousé celle qui a été votre pupille, et que vous adoptiez ensuite Titius ou son fils, voyons si le mariage doit être dissous, comme on l'a dit pour l'adoption du gendre, ou s'il y a empêchement à l'adoption ? C'est ce qu'il faudra plutôt décider, même dans le cas où le curateur, pendant la curatelle, a adopté le mari de la jeune fille dont il est curateur ; car, après la tutelle et le mariage de la jeune fille avec un autre, je crois qu'il serait difficile d'empêcher l'adoption du mari, sous prétexte que cette adoption est faite pour éviter de rendre le compte de tutelle, et c'est là la cause de la prohibition du mariage, d'après le sénatus-consulte de l'empereur Marc-Aurèle » (1).

(1) L. 67, § 3, D., *de ritu nupt.*, 23, 2.

Nous trouvons encore ici une sorte de lutte entre le mariage et l'adoption : voyons les faits.

Un sénatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle avait défendu aux tuteurs ou aux curateurs, d'épouser la femme qu'ils ont eue en tutelle ou curatelle, avant qu'elle fût âgée de 26 ans accomplis (1).

C'était pour empêcher le tuteur ou le curateur d'éviter ainsi de rendre leurs comptes de tutelle. Les hypothèses prévues par Tryphoninus auraient pour but de contrevénir indirectement au sénatus-consulte. En effet dans l'une, le tuteur adopte le mari de son ex-pupille ; dans l'autre, le curateur adopte le mari de celle dont il a actuellement la curatelle ; dans les deux cas, il acquiert ainsi la puissance paternelle sur le mari de celle à qui il doit rendre les comptes, et si la femme, avant la désuétude de la *manus*, tombe *in manu*, il aura ainsi sous sa puissance celle qui devait recevoir le compte ; il se sera ainsi dispensé de le rendre ; et voilà pourquoi Tryphoninus se demande s'il faut rompre le mariage ou annuler l'adoption. Le mariage ne pourrait évidemment être rompu ici que par un divorce tacite, résultant du consentement du mari à une adoption incompatible avec ce mariage. Mais Tryphoninus se prononce ici pour la nullité de l'adoption par ces mots : *quod magis dicendum est*, ou du moins telle nous paraît être sa décision.

En effet, on comprend ici que le mariage soit préféré parce que l'intention de divorce n'apparaît pas éclatante par le consentement à l'adoption, comme dans le cas où

(2) L. 66, *prin.*, D. 23, 2, *de ritu nupt.*

celle-ci rend les époux frère et sœur ; là aucun doute n'est possible, aucune ignorance admissible ; dans l'autre cas au contraire, le mari a très-bien pu ne pas comprendre qu'il se mettait en contradiction avec le sénatus-consulte, en se laissant adopter par l'ancien tuteur ou curateur de sa femme (1).

4^e La loi Julia, *de maritandis ordinibus*, complétée par la loi Papia Poppéa, avait permis le mariage entre ingénus et affranchis, et il n'y avait d'exception que pour les sénateurs et fils de sénateurs. Cette dernière prohibition fut même renforcée par un sénatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle. *Oratione divi Marci cavitur, ut si senatoris filia libertino nupsisset, nec nuptiae essent, quam et senatus-consultum secutum est* (2).

Qu'arrivera-t-il alors, si l'ingénue qui a épousé une

(1) L'explication que nous venons de donner de ce texte, n'est pas admise, nous le croyons, du moins, par M. Demangeat. Sa traduction des mots : *quod magis dicendum est*, implique que, pour lui, Tryphoninus résout la question en maintenant à la fois le mariage et l'adoption malgré le sénatus-consulte.

Il faut convenir que s'il en est ainsi, ce jurisconsulte a bien eu tort de poser la question en ces termes : *videamus an perimantur nuptiae... an adoptio impeditur*. Il semble qu'il n'y ait qu'à choisir entre ces deux solutions et qu'une troisième est impossible. Il est vrai qu'il dit plus bas qu'après la tutelle et le mariage de la femme, il est difficile d'empêcher l'adoption du mari. Mais la contexture du texte tendrait à montrer que cette phrase se rattache au cas seul de la *curatelle* ; elle voudrait dire que l'adoption sera maintenue si le mariage a eu lieu après que la curatelle a cessé. Quoi qu'il en soit, Tryphoninus a tout au moins mérité le reproche d'obscurité que lui adresse M. Demangeat. (Voir *Cours élémentaire de Droit romain*, t. I, p. 278.)

(2) L. 44 et L. 46, D., *de rit. nupt.*, 23, 2.

affranchie devient plus tard sénateur? Justinien nous apprend que la question de savoir si le mariage est dissous s'agait du temps d'Ulprien, et il paraît bien dire qu'on la décidait contre le mariage, *quia lex Papia inter senatores et libertas stare connubia non patitur*. Il y avait donc là un nouveau cas de divorce tacite qui résultait de l'acceptation de la dignité de sénateur par le mari qui savait bien que son nouvel état entraînerait la rupture de son mariage.

Toutefois, nous devons faire observer que, dans ses notes sur le code, Godefroy n'interprète pas ainsi la phrase ci-dessus transcrise; pour lui la dignité de sénateur empêche le mariage à faire, mais ne rompt pas le mariage fait : *Superveniens marito senatoria dignitas nuptias perfectas non dirimit, si maritus antea senator suisset non possint contrahi. Res enim jam perfecta non vitiatur, licet veniat ad eum casum a quo non possit incipere* (1). Cette dernière maxime est parfaitement exacte, mais à une condition, c'est que la première chose qui ne peut être détruite par la seconde soit irrévocable; cette condition manque lorsqu'il s'agit du mariage. Comment Godefroy mettrait-il d'accord son adage avec ce que nous avons vu plus haut de l'adoption du gendre ou de la bru. Ce qui achève la démonstration, c'est que Justinien dans la même Constitution paraît bien abolir ce cas de divorce tacite; lorsqu'il écrit les paroles pompeuses qu'il nous suffira de rapporter : *Nos igitur dei sequentes judicium, non patimur in uno eodemque connubio mariti*

(1) L. 28, C., *de nuptiis*, liv. 5, tit. 4. — Édition de Denys Godefroy, note 35.

felicitatem uxori fieri infortunium : ut quantum vir in altum tollatur, tantum et cunjunx ejus crescat, et sentiat ejus fulgorem : stableque maneat matrimonium, hujus modi superventu minime deminutum.

5^o La même constitution nous offre encore un cas de divorce tacite abrogé par Justinien. La fille d'un ingénue a épousé un affranchi, plus tard le père de la femme devient sénateur ; puisque la loi Papia défendait le mariage entre les ingénues et les sénateurs ou leurs enfants, désormais la fille du sénateur ne peut demeurer l'épouse de l'affranchi et le mariage est dissous. Cette conséquence est bien plus dure encore que la précédente, car il n'y a ici aucun consentement même supposé de l'un des époux. On ne peut vraiment rattacher cette dissolution qu'aux souvenirs de l'époque où le père de famille pouvait imposer le divorce à ses enfants en puissance.

Justinien a donc bien raison de dire : *Taceat Papiæ legis crudelissima sanctio et neque per hunc modum dissoluntur matrimonium inter facti senatoris filiam et libertum, ne socii prosperitas sine genere inveniatur* : En conséquence, par la même constitution il supprime ces deux cas de dissolution du mariage entachés, dit-il, d'un vice provenant de la même origine (1).

Justinien du reste aurait presque pu se dispenser de cette abolition, car dans la nouvelle 447, chapitre 6, il supprima complètement toutes les prohibitions au mariage entre sénateurs et affranchies ou autres femmes, *humiles*

(1) L. 28, C. *de rit. nupt.*, 5, 4.— Il est bizarre que Godefroy persiste dans son erreur, même pour ce dernier cas, où aucun doute n'est possible. (Voir la note 37.)

abjectæque. Il exigea seulement dans ces cas la confection d'un *instrumentum dotale*, pour bien marquer qu'il s'agit d'une *uxor* et non pas d'une *concubine*. Dès-lors les deux derniers cas de divorce tacite que nous venons d'examiner ne pouvaient plus se présenter.

PARAGRAPHE TROISIÈME.

DES EFFETS DU DIVORCE.

Nous les examinerons au point de vue des époux d'abord, ensuite au point de vue des enfants.

1^o A. *Effets du divorce au point de vue des époux.* — Il semblerait qu'à leur égard l'effet du divorce devrait être de leur donner la faculté de se remarier immédiatement, sauf à imposer à la femme un délai de dix mois pour éviter la *turbatio sanguinis*. Il n'en est cependant pas tout-à-fait ainsi, et nous avons à distinguer entre le mari et la femme.

Quant au mari, il peut se remarier aussitôt ; il le doit même, s'il ne veut pas encourir les peines de célibat portées par les lois Julia et Papia. Ces lois ne lui accordent aucun délai pendant lequel il puisse rester impunément célibataire.

Pour la femme, elle peut elle aussi se remarier tout de suite, mais elle n'y est pas forcée par les lois Caducaires : Ulprien nous dit : *feminis lex Julia a morte viri anni tribuit vacationem, a divortio sex menses, lex autem Papia a morte viri biennium, a repudio annum et sex menses* (1).

(1) *Règle 44.* Cujas sur ce texte.

Cujas fait remarquer sur ce texte qu'on devrait lire *triennium* au lieu de *biennum*, parce que, dit-il, la loi Papia ayant triplé le délai pour le divorce a dû suivre la même proportion et tripler aussi le délai de la loi Julia pour la mort; et il invoque le témoignage de Suétone dans la vie d'Auguste. Quoi qu'il en soit, ces délais n'ont rien de commun avec la préoccupation de la *turbatio sanguinis*.

A cet égard on n'avait donc adopté aucun délai, et pour y suppléer on avait pris les mesures suivantes, en distinguant diverses hypothèses.

1^{re} HYPOTHÈSE. — La femme se prétend enceinte. Le sénatus-consulte Plancien permet à la femme ou à l'ascendant, en puissance duquel elle se trouve, de dénoncer le fait dans les trente jours après le divorce au mari lui-même, ou à l'ascendant en puissance duquel il est, ou bien, *domum denuntiare si nullius eorum copiam habeat* (1).

Le mari, sur cette dénonciation, peut ne rien faire et alors il devra accepter l'enfant comme sien, *partum agnoscere*. S'il craint une supposition de part, il peut envoyer des gardiens pour surveiller la grossesse ou *contra denuntiare*, c'est-à-dire nier par avance sa paternité.

Si la femme reçoit les gardiens et accouche, l'enfant appartient au mari. Si le mari a fait une dénonciation contraire à celle de la femme, celle-ci intentera contre lui une action : *non evitabit quominus queratur, an ex eo mulier prægnans sit* (2).

(1) L. 4, § 1, D. 25, 3, *de agnosc. et alend.*, et Paul, *Sent.*, 2, 24, § 5.

(2) L. 4, § 46, et *passim*, D. 25, 3.

2^e HYPOTHÈSE. — La femme garde le silence sur sa grossesse ou refuse de recevoir les gardiens. Le père, dit Paul, est libre de ne pas nourrir l'enfant qui naîtra, c'est-à-dire de nier la paternité. Mais comme l'enfant ne peut pas perdre son état par suite de la négligence de sa mère, il pourra plus tard rechercher la paternité par le *præjudicium de partu agnoscendo* (1).

3^e HYPOTHÈSE. — La femme accouche dans les trente jours du divorce sans dénonciation. Le sénatus-consulte ne s'applique pas, mais Julien et Ulprien pensent que cela ne fait aucun préjudice à l'enfant, c'est à-dire qu'il est considéré comme celui qui serait né pendant le mariage (2).

4^e HYPOTHÈSE. — La femme dénonce sa grossesse après les trente jours. Bien que le sénatus-consulte soit violé, Ulprien dit qu'on pourra l'entendre, mais après enquête. On verra si le silence de la femme a été légitime (3).

5^e HYPOTHÈSE. — La femme prétend n'être pas enceinte et le mari soutient qu'elle l'est. Les empereurs Marc-Aurèle et Verus, *divi fratres*, ont adressé à cet égard un rescrit au préteur urbain Valerius Pricianus. Domitia, épouse divorcée de Rutilius Severus, se retirera dans une honnête maison, chez une femme, *honestissimæ feminæ domum* : trois sages-femmes *probatæ et artis et fidei*, choisies par le préteur, l'examineront ; si elles pensent à l'unanimité, ou à la majorité, qu'elle est enceinte, elle

(1) L. I, §§ 8, 43 et 45, D. 25, 3.

(2) L. I, § 10, D. 25, 3.

(3) L. I, § 7, D. 25, 3.

recevra un gardien jusqu'à l'accouchement, sinon, on devra la relâcher. L'édit du préteur contient ensuite des précautions minutieuses, dans lesquelles nous ne le suivrons pas (1).

Sur tous ces points nous avons abrégé, parce que ceci, tout en rentrant dans notre sujet, n'est cependant pas notre sujet lui-même. Nous finirons en nous associant à cette réflexion de M. Accarias, qu'il eût été bien plus simple d'imposer à la femme, après le divorce et avant son nouveau mariage, un délai de dix mois, sauf à lui donner pendant ce temps ce que notre Code appelle un curateur au ventre.

Le mari et la femme, désormais libres, peuvent se remarier avec n'importe quelle autre personne. Le divorce ne leur crée pas d'obstacle particulier au *connubium*, et l'alliance, par exemple, rompue par lui, empêche le mariage de l'un des époux avec les parents de l'autre, comme si le premier mariage avait été rompu par la mort.

Cependant la loi Julia, *de adulteriis*, avait prohibé le mariage entre la femme condamnée pour adultère et son complice. Cette prohibition dut s'appliquer jusqu'au moment où Constantin punit de mort l'adultère (2).

(1) L. 1, D. 25, 4, *de inspiciendo ventre*, et Paul, *Sent.*, 2, 24, §§ 7, 8 et 9. Paul parle de cinq sages-femmes et nous apprend que la peine de mort serait infligée à celle qui apporterait l'enfant d'autrui pour favoriser une supposition de part. Cela ne paraît pas être très-bien dans la donnée des paragraphes précédents, dans lesquels le silence de la femme ferait plutôt craindre une suppression de part.

(2) L. 40, pr. D., *ad leg. Julianam de adult.* 48 3.

2^e B. *Effets du divorce au point de vue des enfants.* —

Dans la société, telle qu'elle est organisée chez nous, l'intérêt des enfants est le grand obstacle au divorce, en considérant les choses au point de vue civil et abstraction faite de toute idée religieuse. A Rome, cette difficulté ne fut pas ressentie, tant que la puissance paternelle fut le fondement bien avéré de la société. Les enfants étaient sous la puissance du père, et le départ de la mère ne changeait rien à leur condition juridique. On n'avait eu à se préoccuper que de ceux qui naissaient après le divorce, et seulement pour savoir quand et sous quelle condition ils devaient appartenir au mari divorcé et être nourris par lui.

Mais lorsque le lien du sang, c'est-à-dire le mariage lui-même, tendit peu à peu à se substituer à la puissance paternelle, comme base de la société, et que les idées chrétiennes firent des progrès croissants, on commença à se préoccuper des enfants ; et les empereurs Dioclétien et Maximien autorisèrent les juges à faire ce que font souvent aujourd'hui nos tribunaux dans les séparations de corps, c'est-à-dire, à attribuer, en cas de divorce, les garçons au père, les filles à la mère, qui devront chacun les garder et les nourrir : *licet, neque nostra, neque divorum parentum nostrorum ulla constitutione, caveatur ut per sexum, liberorum inter parentes divisio celebretur; competens tamen iudex estimabit utrum apud patrem, an apud matrem, matrimonio separato, filii morari ac nutriti debeant* (1).

(1) L. 4, C. 5, 24.

Les derniers mots autorisent même le juge à placer tous les enfants, même les garçons, sous la garde de la mère.

Enfin Justinien, dans la Novelle 117, chapitre VII, examine lequel des deux époux a par sa faute donné lieu au divorce. Les enfants seront élevés aux frais de l'époux coupable, mais sous la garde de l'époux non coupable, quand même ce serait la mère, et tant qu'elle ne se remarie pas. Si cependant la mère est coupable, mais que le père soit trop pauvre, la mère gardera les enfants et les nourrira.

PARAGRAPHE QUATRIÈME.

DE LA PUNITION DU DIVORCE.

Nous n'avons pas l'intention de traiter les effets du divorce quant aux biens et spécialement de la restitution de la dot. Mais nous croyons devoir cependant examiner les peines pécuniaires portées contre l'époux auquel le divorce est imputable. Ceci nous paraît rentrer expressément dans notre sujet, car s'il n'en est pas traité au Digeste dans le titre du divorce, c'est parce qu'il en est traité au code pour les abolir, comme l'indique la rubrique : *De repudiis et judicio de moribus sublato*. Aussi Pothier a-t-il joint cette matière à notre titre dans ses *Pandectæ in novum ordinem*. Gérard Noodt avait déjà employé la même méthode.

Ce sont les règles d'Ulprien, qui nous ont surtout renseignés à cet égard.

1^o DE LA *Retentio propter mores.*

Ulpiani regularum liber, tit. 6. § 12 et 15. Morum nomine, graviorum quidem sexta retinetur; leviorum autem, octava. Graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui. Mariti mores puniuntur, in ea quidem dote, quæ a die reddi debet, ita: propter majores mores præsentem 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 facit.

Il semblerait qu'à cause de l'abolition de Justinien, aucune trace de ces dispositions ne devrait rester dans le digeste, il n'en est cependant pas ainsi ; et même de l'*inscriptio* d'un texte de Paul *ad legem Julianam et Papiam*, nous pouvons conclure que les lois Gadoucaires avaient édité ces sortes d'amendes pour refréner les divorcés. Car Suétone, dans la vie d'Auguste, dit que tel fut l'un des buts de ces célèbres lois (1).

Ces peines étaient demandées par une action spéciale appelée *Judicium de moribus*, et que Quintilien dit être *actio malæ tractationis*. Chacun des époux, paraît-il, avait coutume d'accuser dans cette action les mœurs de l'autre, et de se disculper du divorce. Celui des deux, qui était reconnu le coupable, était condamné à payer à l'autre ce que nous déterminerons plus loin.

(1) L. 8, D., *de captiuis*, 49, 45. Suétone, *in Augusto*, 34, et Quintilien, *Instit. orat.*, lib. 4, c. 2, lib. 7, c. 3 et 4. Voir aussi L. 5, D., *de pactis dotalibus*, 23, 4, et L. 15, §§ 1, 47, D., *solutio matrimonio*, 24, 3. L. 4, C. Th., *de dotibus*, 3, 43.

Cette action appartenait donc au mari et à la femme ou à ceux en puissance desquels ils se trouvaient, mais elle ne passait pas à leurs héritiers, ou contre leurs héritiers. Car c'était une sorte d'action d'injure : *de moribus action ultra personam extendi non potest; nec in hæredem dabitur nec tribuetur hæredi*, disent les empereurs Constantius et Constans (1).

Faisons enfin observer qu'elle était moins nécessaire au mari qu'à la femme, car le mari, si le divorce avait lieu par la faute de la femme n'avait qu'à retenir sur la dot à restituer la quantité voulue, et c'est même à propos de ces *retentiones ex dote* qu'Ulprien nous a donné les détails dans lesquels nous allons entrer (2).

Pour rechercher la quantité de ces peines *propter mores*, il faut distinguer suivant qu'il s'agit de la femme ou du mari.

1^{re} HYPOTHÈSE. — Le divorce a eu lieu à cause de l'inconduite de la femme.

Le mari a le droit de retenir sur la dot, ou s'il ne l'a pas fait, d'obtenir par le *judicium de moribus*, le sixième *morum nomine graviorum*, le huitième *leviorum nomine*, et il ajoute, pour marquer cette distinction, que l'adultére seul constitue une inconduite grave. Mais il ne faut pas entendre seulement l'adultére pendant le mariage qui vient de cesser par le divorce, car on allait plus loin, et Papinien nous donne le cas suivant : Un homme a épousé une femme accusée d'adultére, bien

(1) L. 4, G. Th., *de dotibus*, 3, 43.

(2) L. 26, D., 23, 2, *de rit. nupt.*

entendu après la mort du mari accusateur (1) ; elle est condamnée, et alors répudiée par force, comme nous l'avons vu, d'après la loi Julia. Il est certain, dit Papien, que la faute du divorce n'est pas imputable au mari, mais à la femme : *quare ita jus tractabitur, quasi culpa mulieris facto divortio* (2).

Quant aux *leviores mores*, cela comprend toutes les autres inconduites qui étaient indéterminées et arbitraires, jusqu'à Constantin ; on peut citer, par exemple, l'ivrognerie. Ces retentions avaient lieu, quelle que fût l'origine de la dot, qu'elle provint de la femme ou d'un étranger, à moins toutefois que celui-ci en eût stipulé la restitution par un pacte fait *incontinenti*, ou par une stipulation (3).

2^e Le divorce a lieu par la faute du mari. La peine

(1) En empruntant cette observation à Pothier, nous ne voulons pas cependant dire que le *judicium morum* fut absolument indispensable à la femme. Comme l'action *rei uxoriæ* est de bonne foi, le juge pourrait augmenter la condamnation au profit de la femme à cause des fautes du mari. Ces deux observations ont même servi de base à un auteur pour prétendre que le *judicium de moribus* n'avait pour but que de faire constater les fautes de l'un ou de l'autre des époux, et que la conséquence de ces fautes sur les biens devait toujours trouver place dans l'action *rei uxoriæ* par voie de rétention ou d'augmentation. Mais il nous semble qu'il faudrait dire alors *præjudicium de moribus*, puisqu'il s'agirait uniquement de vérifier une question préjudicielle, et ce serait contraire à la rubrique du titre du Code. Au surplus, ces deux actions ont bien chacune leur utilité, au cas où la dot aurait été rendue sans rétention ni augmentation. (Voir *textes sur la dot*, pages 34 et 35.)

(2) L. 11, *in fine*, D., *ad leg. Jul. de adult.*, 48, 5.

(3) L. 24, C. *de jure dotium*, 5, 12.

sera réglée différemment, suivant que la dot devra être restituée *annua, bima, trima, die ou statim.*

A. La dot consiste en choses qui se pèsent, se comptent et se mesurent. Elle doit être restituée tiers par tiers, en trois termes d'un an chacun. Le mari, pour des inconduites graves, doit la rendre de suite tout entière; pour des inconduites moins graves, *senum mensum die.*

Que veulent dire ces mots? signifient-ils que le mari devra rendre toute la dot au bout de six mois? Bien que cette traduction ait été soutenue, elle n'est pas admissible, dit avec raison M. Pellat; l'expression *senum mensum die*, n'est pas synonyme de *sex mensium die*. « Le mot *seni* (comme les mots *bini*, *terni*, *deni*, etc.), suppose plusieurs termes chacun de six (de deux, trois, dix, etc.). Il ne signifie jamais une fois six, chez les juris-consultes romains, ni chez les écrivains exacts » (1).

Il faut donc dire avec Pothier, que les termes du paiement ne seront chacun que de six mois au lieu d'un an. En d'autres termes, le mari pour les *graviores mores* perd la totalité de son délai, pour les *minores* la moitié.

B. La dot doit être restituée aussitôt après le divorce.

Le mari doit rendre sur les fruits, une quantité semblable à celle que produit le paiement anticipé (*repræsentatio*) pour la dot qui devait être rendue en trois termes d'un an. Ainsi parle Ulpien; faisons le calcul.

Quand le mari rend tout de suite la dot, *propter graviores mores*, il perd pour le premier tiers l'intérêt d'un

(1) *Textes sur la dot*, par Pellat, page 29.

an, pour le second, de deux ans, pour le troisième, de trois ans. Ce qui fait pour le tout, en additionnant, une perte de deux ans. Il devra donc à la femme, outre la restitution immédiate, les fruits de deux années.

Pour les *minores mores*, il perd la moitié des termes ; donc il devra à la femme, outre la restitution immédiate, les fruits d'une année.

Il est tout naturel de comparer les peines de la femme et celles du mari. La première, si elle est coupable, perd un sixième ou un huitième en capital ; le mari, dans le même cas, deux ans ou un an des fruits de la dot. Il semble évident que la femme est plus maltraitée que le mari, et ceci n'aurait rien de bien extraordinaire, car nos lois considèrent encore le mariage comme obligant davantage la femme que le mari (1). Mais ce qui est bizarre, c'est que la proportion ne soit pas observée entre les époux, quant à la distinction entre les *graviores* et les *leviores mores*. Ainsi, la femme perd un sixième ou un huitième ; le mari perd deux ou un : sa peine varie du simple au double ; celle de la femme est proportionnellement plus forte pour les *minores mores*, car elle ne devrait être que de la moitié d'un sixième ou d'un dou-

(1) Il suffit de comparer les peines de l'adultère, de lire l'article 324 du Code pénal, de considérer que le mari veuf peut se remarier aussitôt, que la veuve, au contraire, ne peut convoler qu'après dix mois, quand même elle aurait accouché dans ce délai, etc., etc. D'autre part, du reste, il faut ajouter que le titre du contrat de mariage accorde à la veuve certains avantages refusés au mari : habitation, frais de deuil, nourriture, même sous le régime de communauté, etc.

zième. C'est là du moins ce qui résulte du premier examen des choses (1).

Nous devons rechercher maintenant dans quel cas les peines ci-dessus visées cessent d'être appliquées. C'est ce qui arrive dans les trois hypothèses suivantes :

1^o Les deux époux sont en faute.

Papinien dit : *Viro atque uxore mores invicem accusantibus, causam repudii dedisse utrumque pronunciatum est. Id ita accipi debet, ut ea lege cum ambo contempserunt neuter vindicetur. Paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur* (2). Cette compensation est évidemment inadmissible au point de vue moral, car la faute de l'un ne saurait excuser celle de l'autre ; mais on la comprend au contraire très-bien dès qu'il ne s'agit plus que de perles pécuniaires, et cependant, ne semble-t-il pas que le mari serait fondé à se plaindre, puisque la peine encourue par la femme était plus forte que celle qu'il encourrait lui-même ? Le maître de Papinien, Scœvola, avait déjà donné une décision semblable, à propos d'un mari qui avait prostitué sa femme (3).

2^o Les peines cessent, si l'époux, qui y aurait droit, paraît en avoir fait remise à l'épouse coupable.

(1) Des systèmes très-ingénieux ont été proposés pour démontrer que ces diverses quantités sont équivalentes. Nous renvoyons, pour ces curiosités, aux textes sur la dot de M. Pellat, page 27 et suivantes.

Nous ferons remarquer incidemment qu'Ulprien ne nous donne aucun élément de distinction entre les *graviores* et les *leviores mores* du mari.

(2) L. 39, D., *soluto matrimonio*, 24, 3.

(3) L. 47, D., *soluto matrimonio*, 24, 3.

Les textes nous offrent, à cet égard, les deux exemples suivants, qui se rapportent, il est vrai, au mari seul :

Marcellus écrit : Lucius Titius étant *filius familias*, a pris pour femme Mævia, sur l'ordre de son père qui a reçu la dot. Mævia a envoyé à Titius le *repudium*. Ensuite, le père du répudié, en l'absence de son fils, a fait les fiançailles, au nom de ce fils avec la même Mævia ; après quoi, Mævia a envoyé le *repudium* pour ses fiançailles et s'est mariée à un autre. Si Mævia poursuit par l'action de dot Lucius Titius, autrefois son mari et devenu héritier de son père, et s'il est prouvé que le mariage a été dissous par la faute de la femme, je demande si le mari peut retenir la dot à cause de cette faute ? Marcellus répond : Quand bien même Titius serait poursuivi comme héritier institué par son père, si cependant il n'avait pas lui-même consenti aux fiançailles, la faute de la femme doit être châtiée (1).

On peut sans témérité déduire *a contrario* de ce texte, que la rétention ne serait plus possible, si Lucius Titius eût consenti lui-même aux fiançailles après le divorce, si elles n'avaient pas été l'œuvre de son père seul.

Ecouteons encore Papinien : Lorsqu'après le divorce et à la connaissance du mari, la femme est restée pendant un long temps en possession des fonds qu'elle avait promis en dot, il paraît y avoir eu convention tacite que la dot promise ne sera pas demandée. Et si le mari voulait demander maintenant ces fonds de terre, il serait

(1) L. 38, D., *soluto matrimonio*, 24, 3.

repoussé par la femme au moyen d'une exception de pacte (1).

Ce texte avait embarrassé les interprètes, car on ne voyait pas comment le mari pouvait penser à demander une dot après le divorce pour la restituer aussitôt. Mais Cujas a conjecturé qu'il s'agit d'un divorce amené par la faute de la femme, et le mari demanderait la dot pour exercer la *retentio propter mores*. Le pacte tacite qui résulte de son silence pendant un long temps, que rien d'ailleurs ne détermine, empêche la femme de rien perdre ; il y a donc une véritable remise consentie par le mari (2).

3º L'action cesse, si le mari ou le beau-père ont intenté l'action publique pour adultère de la femme.

Ecouteons encore Papinien : Un beau-père, après avoir manifesté par un libelle au président l'intention d'accuser sa bru d'adultère, a préféré se désister de l'accusation et gagner sur la dot. On demande si un pareil marché est admissible ?

Papinien répond : Il est du plus honteux exemple de voir aimer mieux se désister celui qui avait dessein d'accuser sa bru pour se contenter de retenir sur la dot, parce que le mariage a été dissous par la faute de la femme. Aussi doit-on repousser justement celui qui n'a pas rougi de préférer le gain sur la dot à l'honneur de sa maison (3).

Ainsi l'action publique d'adultère ne pouvait pas con-

(1) L. 69, pr. D., 23, 3, *de jure dotium*.

(2) Voir Pellat, *Textes sur la dot*, page 319.

(3) L. 41, § 3, D., *ad leg. Jul. de adult.*, 48, 5.

courir avec le *judicium de moribus*. Les peines ne se cumulaient pas contre la femme, et nous voyons que lorsque l'action publique avait été choisie, le *judicium de moribus* n'était plus possible.

4^o Les peines que nous venons d'étudier ne s'appliquent pas dans le cas de divorce *bona gratia*, elles sont restreintes au divorce *per indignationem*. En effet, puisque il y a consentement mutuel des époux, il est inutile d'alléguer aucune cause, et il est impossible de dire que le divorce a lieu par la faute de l'un ou de l'autre. Cela, du reste, n'empêche pas en fait les époux d'alléguer, s'ils le veulent, telle ou telle cause pour expliquer leur séparation, comme le sacerdoce, la stérilité, la vieillesse, etc. (4).

Nous retrouverons le *judicium de moribus* sous les empereurs chrétiens, et nous verrons comment il a fini par disparaître.

2^o DE LA *Retentio propter liberos*.

Nous avons vu plus haut comment, dans le droit classique, les enfants restaient tout naturellement au mari en puissance duquel ils se trouvaient ; c'était donc lui qui en avait exclusivement la charge. Cependant cela n'était pas toujours vrai, et il se pouvait qu'il eût droit à une *retentio* sur la dot de la femme, à raison des enfants. C'est encore Ulprien qui nous donne le plus de détails

(4) Gérard Noodt, *ad liv. 24, tit. 2 du Digeste et L. 60, §§ 1, 61, 62, D., de don. int. vir. et uxor.*, 24, 1.

sur ce point, dans le fragment auquel nous avons déjà fait un emprunt.

Ulp. reg. tit. 6, § 10. Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris, aut patris, cuius in potestate est, divor- tium factum sit: tunc enim singulorum liberorum nomine sextæ relinentur ex dote, non plures tamen quam tres: sextæ in retentione sunt, non in petitione.

Ainsi le mari conservera un sixième pour chaque enfant, et trois sixièmes ou la moitié au plus s'il y a trois enfants ou au-delà. Seulement il faut que le divorce soit survenu par la faute de la femme, ou de l'ascendant en puissance duquel elle se trouve. Ce n'est donc pas seulement une indemnité des charges de l'éducation des enfants, c'est encore une punition de la femme ou de son ascendant. Un passage conservé des *Institutes* de Paul dit en effet : *Si divorgium est matrimonii, et hoc sine culpa mulieris factum est, dos integra repetetur* (1).

Mais comment savoir si le divorce est arrivé par la faute de la femme ! C'est facile si le *judicium de moribus* est intervenu, mais comme il n'a lieu que pour des faits d'inconduite et non pour de simples fautes, que décider dans ce dernier cas ? Papinien donne pour règle, qu'il ne faut pas du moins s'attacher au fait de l'envoi du *repudium* :

Non ab eo culpa dissociandi matrimonii procedit qui nuntium divorpii misit, sed qui discidii necessitatem induxit (2).

(1) Paul, *Inst. liv. 2, tit. de dotibus.* E. Boeth, *comment. in Cicer., topie., lib. 11, c. 4, § 19.*

(2) *Vatic. frag., § 121.*

Ainsi il faudra examiner les circonstances qui ont présidé au divorce, pour résoudre la question.

Il parait qu'on pouvait modifier par des pactes cette *retentio*, et l'appliquer, par exemple, au divorce *bona gratia*, quoique il n'y ait ici aucune faute à imputer à l'un ou à l'autre des époux (1).

M. Pellat pense même qu'on pouvait augmenter, par convention, la *quotité* de la *retentio* et la porter jusqu'à la totalité de la dot, même pour un seul enfant (2).

Nous n'avons pas besoin d'ajouter que le mari n'a droit à aucune *retentio propter liberos*, si le divorce a eu lieu *bona gratia*, sans pacte, ou par sa propre faute, ou bien enfin, s'il a envoyé le *repudium* sans motif suffisant, car cela même est une faute. Dans tous ces cas, on reste dans le droit commun et le mari supporte seul les charges des enfants.

Mais comment, lorsqu'il y a droit, obtiendra-t-il cette fraction de la dot ? Ulpien nous répond : *in retentione sunt non in petitione*. Il n'aura donc que le droit de retenzione opposé à l'action *rei uxoriae*, et s'il a rendu la dot sans rien retenir, il sera dépourvu de toute action. Cette cause est donc moins favorable que la précédente qui pouvait, avons-nous vu, s'exercer par le *judicium de moribus*.

Il nous reste à nous demander, si la *retentio propter liberos* pouvait ou ne pouvait pas se cumuler avec la

(1) *Vatic. frag.* §§ 106, 107.

(2) L. 2, D., *de pactis dotalibus*, 23, 4. Pellat, *Textes sur la dot*, page 21.

retentio propter mores. Ce qui rend cette question très obscure, c'est un texte d'Ulprien placé entre les deux que nous avons rapportés et qui traitent, le premier de la *retentio propter liberos*, le second, de la *retentio propter mores*.

Voici ce texte : *Ulp. reg. tit. 6, § 44. Dos quæ semel functa est, amplius fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit.*

M. Pellat traduit ainsi : La dot qui a une fois rempli sa fonction ne peut pas la remplir une seconde fois, à moins qu'il n'y ait un nouveau mariage.

Cujas, sur ce texte, donne l'interprétation suivante : *Nisi redintegratum sit matrimonium, dos quæ semel dos esse desiit, dos effici amplius non potest ; redintegrato matrimonio tacite redintegratur et dos nisi sit recepticia.* Ce qui revient à dire : la dot cesse d'être dot, si le mariage n'est pas renouvelé ; s'il est renouvelé, elle reprend sa fonction de dot et sa nature, à moins qu'elle ne soit réceptice (1).

Cette explication est bien simple, elle est même trop simple, pourrait-on dire, et Ulpien nous aurait transmis ainsi une règle bien insignifiante.

Aussi en a-t-on proposé d'autres. Celle qui nous intéresse consiste à dire que par ces textes Ulpien proscriit le cumul des deux *retentiones propter liberos et propter mores*, lorsque le divorce a eu lieu par l'inconduite de la femme ; sa faute ne devrait pas être punie deux fois

(1) La dot réceptice est celle dont le constituant a stipulé la restitution à son profit. Il est clair que le rétablissement du mariage après le divorce ne lui ôte pas son droit de reprise et qu'il faudrait qu'il la constituât à nouveau.

lorsqu'il y a des enfants et une fois seulement lorsqu'il n'y en a pas. Ainsi le mari aurait le choix entre les deux *retentiones*, lorsque les faits les autoriseraient l'une et l'autre. Mais les textes résistent à une pareille interprétation, si ingénieuse qu'elle soit, car les mots *semel* et *amplius* indiquent deux événements successifs et non point simultanés ; aussi M. Pellat, après avoir rapporté encore d'autres explications, croit-il devoir conclure en ces termes : « J'avoue qu'aucune ne me paraît, je ne dirai pas assez bien établie, mais même assez plausible pour que je l'adopte. C'est un de ces cas où il faut savoir se résigner à ignorer jusqu'à la découverte de quelque nouveau texte (1). »

Résignons-nous donc à laisser indécise la question de savoir si nos deux *retentiones* pouvaient être cumulées et bornons-nous à les comparer.

La *retentio propter liberos* est plus avantageuse comme quotité, s'il y a trois enfants, et aussi en ce que la femme en est tenue pour une simple faute.

La *retentio propter mores* est plus avantageuse en ce qu'elle s'exerce, même lorsqu'il n'y a pas d'enfants, et qu'elle donne lieu à une action au lieu d'une simple rétention.

Tout ce que nous venons de dire se rapporte au droit des Pandectes; mais la *retentio propter liberos* dut tomber en désuétude lorsque furent prises les dispositions nouvelles, que nous avons rapportées plus haut, à l'égard des enfants. Justinien l'abolit, du reste, avec les autres *retentiones*.

(1) *Textes sur la dot*, page 37.

DEUXIÈME PARTIE.

Du divorce sous les Empereurs chrétiens.

Le christianisme était, nous l'avons déjà dit, favorable à l'indissolubilité du mariage, et son divin fondateur, dans le *Sermon sur la Montagne*, paraît n'admettre le divorce que dans un seul cas : celui d'adultère de la femme : *Dictum est autem : quicumque dimiserit uxorem suam det ei libellum repudii. Ego autem dico vobis quia omnis qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam (1) mæchari, et qui dimissam duxerit adulterat.*

Cependant ce précepte ne fut pas suivi dès que la religion nouvelle fut devenue celle de l'Etat, et nous avons à étudier ici le divorce *bona gratia* et le divorce *per indignationem*.

Du divorce bona gratia ou par consentement mutuel.

Nous avons déjà fait plusieurs fois allusion à cette hypothèse de divorce dont les jurisconsultes avaient admis la possibilité, parce qu'il était, disait-on, raisonnable que le consentement pût défaire ce que le consentement avait formé. *Plærius enim, dit Ulpian, cum bona gratia discedunt, plærius cum ira sui animi et offensa (2).*

(1) Ev., *sic*, Math., 5, 31, 32. Nous retrouverons plus tard ce point.

(2) L. 32, § 10, D. 24, 1, *de don. inter vir. et ux.*

Ici jamais l'allégation d'une juste cause ne fut nécessaire, et cependant les époux pouvaient en mettre en avant pour justifier leur décision, comme le sacerdoce, la stérilité, la vieillesse, l'état militaire. Ainsi, Tertulien, parlant des prêtresses de Cérès, dit : *Cereris sacerdotes viventibus etiam viris et consentientibus amica separatione viduantur* (1).

Les empereurs Théodore et Valentinien, dans l'intérêt des enfants, abolirent le divorce *bona gratia* par une Constitution de janvier 449. *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio dissolvi præcipimus, solutionem etenim matrimonii difficiliorum debere esse favor imperat liberorum* (2).

Mais les choses ne durèrent pas longtemps ainsi ; car l'empereur Anastase, en 497, permet de nouveau le divorce par consentement mutuel et sans cause; seulement la femme devra attendre un an pour convoler à de seconde noces (3).

Cujas se demande si elle pourrait se remarier tout de suite, au cas où elle viendrait à accoucher dans ce délai d'un an, et il se prononce pour l'affirmative parce que la raison de décence publique relative au deuil du mari ne se rencontre plus (4).

Cette Constitution d'Anastase nous suggère une autre

(1) L. 60, §§ 4, 61 et 62, *per D.* 24, 1. Tertulien, lib. 6, *de monogamia*, chap. *ult.*, *Just.*, *lipse ad Tacit.*, lib. 14, *annales*, ch. 16, n° 79.

(2) L. 8, *princip.*, § 1, C. 5, 17, *de repud. et jud.*

(3) L. 9, C. 5, 17.

(4) Cujas, *lib. de prescript.*, C. 20 et *observ.*, 6, 32.

observation, c'est que les contemporains n'avaient sans doute pas entendu la Constitution de Théodore et de Valentinien en ce sens qu'elle prohibait le divorce par consentement mutuel.

En effet, on ne voit pas qu'Anastase se préoccupe de le permettre à nouveau : sa constitution a plutôt pour but de permettre à la femme de se remarier avant un délai de cinq ans et au bout d'une seule année. Cette privation du mariage pendant cinq ans était en effet une des peines portées contre ceux qui divorçaient en dehors des causes prévues par les empereurs.

Nous allons retrouver les mêmes hésitations législatives encore plus marquées sous Justinien. Dans la Novelle 22, il paraît établir une distinction entre la dissolution du mariage par consentement mutuel et la dissolution *bona gratia*. Il y a dissolution par consentement mutuel lorsque les parties sont d'accord, *pro quibus*, ajoute-t-il, *nihil h̄c dicendum est, pactis causam sicut utrique placerit, gubernantibus*; et divorce *bona gratia* lorsqu'il y a une cause raisonnable comme l'état monacal, l'impuissance au bout de trois ans, la captivité (1).

Ainsi Justinien, tout en maintenant la possibilité du divorce par consentement mutuel, fait du divorce *bona gratia* une espèce particulière de dissolution du mariage, dans laquelle la cause n'a rien de déshonorant pour les époux et où sans doute ils se séparent sans bruit et sans envoyer le *libellum repudii*. Cette Novelle datée de 536 ne tarda pas à être abrogée en ce point par la Novelle

(1) *Nov. 22, chap. 4, 5, 6 et 7 et 98, § 2.*

417, chap. 40, de l'an 541. Désormais la dissolution du mariage par consentement mutuel n'est plus permise, si ce n'est pour cause de chasteté. Si les époux ou l'un d'eux contreviennent après le divorce à ce vœu de chasteté, l'empereur distingue suivant que le mariage dissous a laissé ou non des enfants : dans le premier cas, la dot et la donation *propter nuptias*, ainsi que les biens de l'épouse coupable vont aux enfants, lesquels, s'ils sont mineurs, sont confiés à l'époux non coupable ; si les deux époux sont coupables, tous leurs biens passent aux enfants qui reçoivent un *dispensator* chargé de veiller sur eux ; s'il n'y a pas d'enfants, les biens sont confisqués et les personnes sont punies : *si autem filii non sint utriusque personæ substantiam fisci rationibus applicari et eos qui talia deliquerunt legitimis subdi suppliciis. Aliter enim separationem matrimoniorum fieri ex consensu nulla ratione permittimus.*

En la même année 541 et par la Novelle 434, chapitre 2, le divorce par consentement mutuel est absolument interdit ; les époux qui se le permettraient seraient renfermés dans les monastères, et leurs biens partagés entre leurs enfants, leurs descendants et les monastères.

Enfin, en l'an 556, l'empereur Justin qui avait succédé à Justinien, son oncle maternel, établit le divorce par consentement mutuel dans la Novelle 440 ; il commence par rendre hommage au mariage, comme étant le fondement de la république : *nihil in rebus mortalium perinde venerandum est atque matrimonium* ; il loue ensuite Justinien qu'il appelle son père et qui, dit-il, *pietate atque sapientia omnes quodquod unquam imperarunt superavit.*

Mais comme beaucoup de personnes mariées viennent lui exposer leurs chagrins domestiques, les haines qui résultent de la vie commune, ses dangers même ; comme d'autre part, malgré les avertissements aux uns, les menaces à d'autres, la concorde ne revient pas, il se déclare vaincu, *sed nihil profecimus eos siquidem hic violento affectu odioque semel correpti fuerint, per quam est difficulte reconciliare.* La présence même d'enfants communs ne peut pas apaiser ces fureurs d'époux désunis ; en conséquence l'empereur permet le divorce par consentement mutuel, à condition cependant que la volonté se manifestera par l'envoi du *libellum repudii*. *Si namque mutua affectio matrimonia conficit, merito diversa voluntas eadem per consensum dirimit modo hanc missi repudii libelli satis declarant.* Il est assez piquant de voir cette dernière Constitution prendre justement le contrepied de l'argument des empereurs Théodore et Valentinien, lorsqu'ils avaient voulu refréner le divorce.

Du divorce en général sous les Empereurs chrétiens.

L'empereur Constantin, en l'an 331, spécifia le premier les causes légitimes du divorce qui auparavant étaient incertaines et arbitraires ; et rejeta les causes légères, comme par exemple, si le mari est joueur ou adonné à la boisson. La femme ne peut envoyer le *repudium* que s'il est homicide, empoisonneur, ou violateur de sépulcres ; de son côté, le mari ne peut répudier sa femme que si celle-ci est adultère, empoisonneuse ou

proxénète. Mais d'ailleurs l'idée du divorce est tellement enracinée dans les mœurs, qu'il n'est pas précisément interdit et impossible pour d'autres causes, seulement il entraînera des peines contre l'époux divorçant (1). Si c'est la femme, elle est déportée dans une île; si c'est le mari, il doit restituer la dot tout entière à la femme non coupable des trois faits ci-dessus, et défense lui est faite de se remarier; que s'il se remariait, sa première femme pourrait envahir sa maison et obtenir toute la dot de la seconde, en réparation d'outrage (2).

Les empereurs Honorius, Théodore et Constans, reviennent, en l'an 421, sur cette Constitution (3) pour s'occuper surtout de la peine des divorces injustes.

Si la femme a envoyé le *repudium* sans cause, elle est frappée des cinq pénalités suivantes: Elle perd sa dot, les donations qui lui avaient été faites comme fiancée, *abolitis donationibus quas sponsa perceperat*. Elle est déportée, condamnée à un célibat perpétuel, enfin déclarée indigne du *jus postliminii*, c'est à-dire de la *restitutio in integrum* par bienfait du prince.

Dans les mêmes circonstances, le mari qui a répudié sans cause sa femme, doit restituer la dot et les donations; il est condamné à un perpétuel célibat, et sa femme peut se remarier au bout d'un an. Il reste donc deux différences à son avantage, car il n'est pas déporté

(1) *Quæ sane magna hujus avi labes fuit*, dit Jacques Godefroy, sur le *Code théodosien*, en faisant la même observation.

(2) L. 4, C. Th. 4, *de repud.*, 3, 46.

(3) L. 2, C. Th., *de repud.*, 3, 46.

et sa femme ne peut se remarier qu'au bout d'un an, tandis que lui il pourrait évidemment tout de suite, puisque rien n'est dit à cet égard.

Mais il est possible que le divorce, quoique injuste, soit cependant motivé non par des crimes mais par des fautes légères, *morum vitia ac mediocres culpas*. Si c'est la femme, elle perd encore la dot et la donation, elle est condamnée à vivre dans le célibat, et son ancien mari pourra toujours l'accuser d'adultère s'il y a lieu (4), mais elle n'est pas déportée.

Si c'est le mari qui a ainsi répudié sa femme, *ob morum vitia*, il rend la dot, mais reprend sa donation et peut se remarier au bout de deux ans. Enfin le divorce peut avoir lieu pour cause juste et raisonnable ; mais ces causes ne sont pas énumérées, aussi Godefroy se borne-t-il à dire : *unde omnia crimina publica, quæ publicis legibus vindicabantur, his verbis contineri putant viri docti.*

Dans ces hypothèses, la femme qui a divorcé pour juste cause, reprend sa dot, garde la donation et peut se remarier cinq ans après.

Le mari, dans les mêmes cas, conserve la dot, reprend sa donation et peut se remarier tout de suite. Pourquoi cet espace de cinq ans de célibat imposé à la femme ? C'est pour qu'elle ne soit pas soupçonnée d'avoir divorcé

(4) Justinien, dans son Code, reproduit cette partie de la Constitution dans les mêmes termes, en l'attribuant toujours aux mêmes empereurs et à la même date, si ce n'est une différence de jours. Mais il a dû la remanier, car il ne paraît conserver ce droit d'accusation au mari répudié, que s'il l'a été *sine ulla legitima causâ*. (Voir L. 33, D., *ad leg. Jul. de adult.*, 9, 9.)

dans la pensée de se remarier : *Tunc enim videbitur sui magis viri id execratione quam alieni appetioni fecisse* (1).

En l'an 449, les empereurs Théodose et Valentinien reviennent encore sur les causes du divorce et les déterminent limitativement : *Causas autem repudii hac saluberrima lege apertius designamus* (2). Il est inutile de reproduire cette énumération ; ce qui nous intéresse, c'est plutôt la sanction. Elle n'est toujours pas la nullité du divorce et le maintien du mariage dissous sans cause légitime. Si c'est la femme qui a ainsi divorcé, elle perd sa dot, la donation *ante nuptias*, et elle ne peut se remarier pendant cinq ans. Si elle se remarie avant ce temps, elle est infâme et son mariage n'est pas valable : *Connubium vero illud nolumus nuncupari*. Si, au contraire, elle prouve la juste cause de son divorce, elle reprend sa dot, gagne la donation *ante nuptias* et peut se marier après une année seulement : *ne quis de prole dubitet* (3).

(1) Saint Augustin, qui mourut en 430, avait écrit (lib. I, *De serm. dom. in monte*) : *Si ipsa virum dimiserit et alteri nupserset, videtur cupiditate mutandi conjugis virum priorem reliquisse, quæ sine dubio adulterina cogitatio est.*

Du reste, l'Eglise, à cette époque, était encore partagée, comme nous le verrons bientôt, sur la question même du divorce. Vers l'an 380, une jeune dame romaine, Fabiola, distinguée par sa naissance et sa piété, demanda et obtint la rupture d'une union mal assortie, et se remaria peu après dans Rome même et sous les yeux du chef de l'Eglise. Plus tard, devenue veuve, et à l'instigation du pape Siricius, elle fit une pénitence publique et se repentit d'avoir divorcé. (S. Jérôme, *Epist. ad Oceanum.*)

(2) L. 8, §§ 4, 2, 3, C., *de repud.*, 5, 47.

(3) L. 8, § 4, C., *de repud.*, 5, 47.

Quant au mari, les empereurs se montrent beaucoup moins sévères. S'il répudie sa femme avec juste cause, il garde la dot et la donation *ante nuptias*; il peut se remarier tout de suite. *Sin autem aliter uxoris suæ renuntiare voluerit, dotem redhibeat et ante nuptias donationem amittat.* Ainsi il pourra toujours se remarier immédiatement (1).

Les choses restèrent ainsi jusqu'à Justinien qui commença en l'an 528 à ajouter une nouvelle cause de divorce, l'impuissance du mari pendant deux ans (2). Dans la même année, il en ajoute trois autres du chef du mari (3); de plus, il remanie les peines portées contre l'époux qui a divorcé sans cause légitime, si le mari a ainsi répudié la femme, qui n'a pas de dot, ou s'il a rendu le divorce nécessaire par sa faute, il est forcée de lui donner le quart de ses biens, sans cependant que cela puisse dépasser cent sols d'or, si le mari est riche de plus de quatre cents sols d'or. La même peine est infligée aux femmes qui ont été épousées sans dot; elles doivent le quart de leur fortune au mari, si le divorce a eu lieu par leur faute ou sans cause légitime par la faute du mari (4). Ces peines sont d'ailleurs prononcées sans abolition de celles que nous avons vues plus haut. Enfin c'est la même Constitution qui a aboli, comme nous l'avons vu plus haut, le *judicium de moribus* comme étant inu-

(1) L. 8, § 5, C., *de repud.*, 5, 18.

(2) L. 10, C., *de repud.*, 5, 17.

(3) L. 11, § 2, C., *de repud.*, 8, 17.

(4) L. 11, § 4, C. 5, 47, *de repud.*

tile depuis que d'autres châtiments ont été établis contre les divorcés inconsiderés.

Le même empereur revint encore sur cette législation par trois fois, dans trois Novelles successives : *Mira inconstantia*, fait remarquer avec raison Gérard Noodt. Nous nous contenterons d'analyser très rapidement ces dispositions qui n'offrent pas un bien grand intérêt juridique.

Novelle 22, promulguée en 536. Les causes de divorce y sont de nouveau énumérées. On y trouve entre autres celle-ci : l'occupation à la guerre du mari pendant 10 ans.

La femme pourra se remarier en obtenant un rescrit impérial ; du reste, les peines sont toujours les mêmes contre les divorcés faits sans cause, et la femme est toujours forcée d'attendre une année pour se remarier, même en cas de divorce légitime (1).

Novelle 447, en 541. Justinien revient encore sur les causes du divorce, soit au regard du mari, soit au regard de la femme, sous prétexte qu'il y en avait trop auparavant et qu'il faut en retrancher quelques-unes, *qua nobis indignæ adsolvendas nuptias visæ sunt* (2).

Il supprime la faculté pour la femme de se remarier au bout de dix ans, lorsque son mari est absent pour le

(1) *Novelle 22*, ch. 44, 45 et 46.

(2) *Novelle 447*, ch. 8, *principio*.

Déjà les empereurs Valérien et Gallien avaient, en l'an 260, permis à la fiancée de se dégager des fiançailles au bout de trois ans d'absence de son fiancé ; et Constantin, en l'an 337, avait permis à la femme dont le mari est parti pour la guerre, de se remarier après quatre ans, si elle n'avait pas de nouvelles de son mari et après enquête auprès du général. (L. 2 et L. 7, C. 5, 17.)

service militaire (1). Il faudra qu'elle ait appris qu'il est mort, fait une enquête sur ce point, et attendre encore pendant une année. Si elle se remarier contre ces dispositions, elle et son nouveau mari doivent être l'un et l'autre punis comme adultères.

Si la femme veut dissoudre le mariage en dehors des causes prévues, l'empereur le lui défend. Mais si cependant elle persiste *in hujus modi impia voluntate*, et si elle envoie au mari le *repudium*, le mari gagne la dot, la femme est livrée par le juge à l'évêque, pour être envoyée dans un monastère et y rester toute sa vie. Sa fortune est partagée entre ses enfants, ou ses descendants et le monastère ; ou appartient tout entière à ce monastère, s'il n'y a ni enfants ni descendants.

Si le juge qui a connu de l'affaire n'a pas livré la femme à l'évêque, il est puni d'une amende, ainsi que son secrétaire.

Si c'est le mari qui a voulu dissoudre sans raison le mariage, il rend la dot, perd la donation *ante nuptias* et doit de plus payer à la femme une somme égale au tiers de cette donation ; s'il y a des enfants, la femme aura simplement l'usufruit de la donation : *ante nuptiale*, et du tiers en sus (2).

Enfin en la même année 544, mais au mois de mai au lieu du mois de janvier, et dans la Novelle 134, chapitre 11, Justinien se plaint qu'on s'efforce de transgresser sa loi, et il revient sur les peines du divorce

(1) *Novelle* 117, ch. 44.

(2) *Novelle* 117, ch. 43.

injuste. Celui des deux époux qui s'en sera rendu coupable sera renfermé pour sa vie dans un monastère ; s'il y a des descendants, le tiers des biens de l'époux coupable appartiendra à ce monastère, les deux tiers s'il y a des ascendants, le tout enfin s'il n'y a ni ascendants ni descendants, ou si les ascendants ont consenti au divorce ; *ut non propter hoc contemptum et Dei judicium contemnetur, et nostra lex transgredietur.* Ceux qui auront rédigé les actes de ce divorce seront punis de peines corporelles, et condamnés à l'exil. Mais si les époux qui ont voulu ainsi dissoudre leur mariage, veulent le rétablir avant d'être enfermés dans le monastère, ils le peuvent, et remise de toutes les peines leur est faite. Si un seul le veut, et que l'autre n'y consente pas, les peines tiendront contre celui qui n'a pas voulu. Cette dernière disposition nous porterait à croire que Justinien n'a eu en vue ici que le divorce par consentement mutuel, bien que cela ne soit pas dit expressément, puisque l'hypothèse est ainsi posée : *si vero præter a nobis definitas causas presumpserint alicui solvere matrimonium.* Ce qui comprend aussi bien le cas de consentement mutuel traité plus haut, que le cas du divorce par le consentement d'un seul, mais sans cause légitime. Quoi qu'il en soit de ce dernier point, la conclusion qui subsiste, c'est que les paroles de l'empereur Alexandre, en 224, sont en somme restées vraies, même sous les empereurs Chrétiens : *Libera matrimonia esse antiquitus placuit, ideoque pacta ne licet divertere, non valere* (1).

(1) L. 2, C., *de inut. stip.*, 8, 39.

Ces empereurs n'ont jamais osé attaquer de front cette plaie de la société romaine, et tout leur effort s'est borné à limiter les causes du divorce, et à punir les époux qui passeraient outre en dehors de ces causes. Mais jamais, et c'est la conclusion de notre travail, ils n'ont eu recours à la véritable sanction, à la sanction moderne, même des législations qui admettent le divorce : maintenir le mariage et ne pas admettre la dissolution du lien conjugal en dehors des causes prévues.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE
DANS NOTRE ANCIENNE JURISPRUDENCE
ET DANS LE DROIT ACTUEL.

Nous allons parcourir successivement les causes de dissolution de mariage dans notre ancienne jurisprudence, ou plutôt rechercher par voie d'énumération dans quel cas on avait admis la dissolution, et dans quel cas il y avait eu controverse. Ce sera l'objet d'autant de paragraphes, à chacun desquels nous rattacherons les dispositions du Code civil.

I.

DE LA MORT DE L'UN DES ÉPOUX.

Elle dissolvait évidemment le mariage, et l'Eglise permettait, comme la loi civile, de contracter un second, ou même un subséquent mariage. On se fondait sur le texte suivant de S. Paul : *Mulier alligata est legi quanto tem-*

pore vir ejus vivit ; quod si dormierit vir ejus liberata est ; cui vult nubat, tantum in Domino (1).

Mais il y avait cela de particulier, que la veuve pouvait se remarier aussitôt, malgré la tradition romaine et la crainte de la *turbatio sanguinis*. Les Décrétales fondaient leur décision sur le texte que nous venons de rapporter. C'est un fort mauvais raisonnement, dit Pothier. « Saint Paul, en permettant aux veuves de se remarier après la mort de leur mari, n'entend le leur permettre qu'en se conformant, à cet égard, aux lois de la puissance séculière ». La vraie raison, d'après lui, « c'est parce que nous avons trouvé qu'il était assez inutile d'obliger une femme à attendre une année pour se remarier, et qu'au contraire, il y avait très-souvent des cas auxquels une veuve ne pouvait attendre un aussi long temps, sans se causer un grand préjudice ; comme lorsqu'une veuve se trouve à la mort de son mari, chargée d'un gros labour ou d'un gros commerce, qu'elle ne peut soutenir sans le concours d'un second mari » (2).

La loi du 20 septembre 1792, sur les actes de l'état civil, ne déterminait pas non plus d'intervalle entre la mort de l'un des époux et le nouveau mariage du survivant. Cet oubli était d'autant plus singulier, que la loi du même jour sur le divorce fixait, dans ses articles 2 et 3 du § 3, des délais pour le nouveau mariage, et spécialement celui d'un an en ce qui concernait la

(1) I, ad Corinth. cap. 7.

(2) *Traité du contrat de mariage*, septième partie, chap. 4^{er}, § 530, Pothier.

femme, même en cas de divorce prononcé pour cause déterminée.

Les rédacteurs du Code, mieux inspirés, ont, dans l'article 228, fait défense à la veuve de se remarier avant 10 mois, ce qui est le terme de la plus longue grossesse d'après l'art. 342. Ce délai n'est du reste pas seulement imposé à la femme pour éviter la confusion de part, car elle ne pourrait pas se remarier avant son expiration, quand bien même elle aurait accouché avant. Il y a donc, en outre, une raison de pudeur publique à cet empêchement, qui du reste est compensé pour la veuve par des avantages qui n'appartiennent pas au mari veuf. C'est le deuil de la femme qui est aux frais du mari précédent, art. 1481. C'est, de plus, le droit au logement et à la nourriture réglé par l'art. 1465 pour la femme commune, et 1570 pour la femme mariée sous le régime dotal.

Si la veuve se remarie avant l'expiration des dix mois, son mariage est valable, bien qu'il y ait eu controverse ; l'empêchement n'est donc que prohibitif.

II.

MORT CIVILE.

La mort civile, procédant d'un crime, ne dissolvait pas le mariage dans l'ancienne jurisprudence.

Merlin nous rapporte, à cet égard, un passage d'un

plaider de Lemaitre : « Quand il aurait été condamné à être roué et exécuté par effigie, l'appelante aurait-elle pu se remarier ? Le lien du mariage qui joint réellement et naturellement un mari et une femme, se peut-il rompre sans aucun empêchement de droit, autrement que par une mort naturelle et réelle ? » (1).

Le mari contre lequel avait été rendu un jugement emportant mort civile, perdait simplement toute sa puissance paternelle et maritale sur ses enfants et sa femme ; ses biens étaient confisqués et ne passaient même pas à ses enfants (2).

Les rédacteurs du Code civil, se fondant sur la Constitution du 3 septembre 1791, titre II, article 7 : « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil, » admirent la dissolution du mariage par la mort civile (art. 25 *in fine*, 26 et 27). M. Portalis disait : « de droit commun, la mort peut seule dissoudre le mariage ; mais nous avons cru que la loi civile ne pouvait être aussi inflexible que la religion et la morale » (3).

C'était établir une distinction malheureuse entre le droit civil d'une part et d'autre part le droit naturel, abstraction faite même de toute idée religieuse. Il est difficile de comprendre comment le législateur peut

(1) Merlin, *Rép.*, v^e *Mariage*, section 3, § 4, n^o 7.

(2) Voir Denisart, v^e *Mari*, n^o 25, et Merlin, *Rép.*, *Mort civile*. § 4, art. 3, n^o 4, où il critique vivement cette rigueur envers les enfants.

(3) Fenet, tom. 6, pag. 46.

édicter une disposition, en avouant qu'elle est immorale.

Aussi l'innovation du Code civil fut-elle fortement contestée. Au conseil d'Etat on faisait remarquer combien il était dur que le conjoint innocent resté fidèle au lien du mariage fût en quelque sorte dégradé légalement, combien surtout cette loi était cruelle pour les enfants, s'il en naissait depuis la mort civile. On ajoutait qu'il s'agissait là d'une fiction dont la loi peut à son gré mesurer les effets, selon la bienséance et la justice (1).

A ces puissantes raisons, on répondit en substance : « Le devoir de la loi c'est d'assurer aux peines leur effet, c'est d'être conséquente avec elle-même, de ne plus voir dans la société celui qu'elle en a exclu, de ne plus reconnaître comme vivant l'homme qu'elle a déclaré mort.

Les articles 223 et 227 déclarèrent donc le mariage dissous par la condamnation définitive de l'un des époux à la mort civile. Cela était assez en harmonie avec le principe de la loi qui admettait le divorce. Mais, lorsqu'il fut aboli après 1816, on a peine à comprendre comment on ne fit pas attention que cette abolition commandait celle de la dissolution du mariage par la mort civile. Aussi la répulsion qu'inspirait cette rupture du mariage a-t-elle été l'une des causes déterminantes de la suppression de la mort civile elle-même, par les lois du 8 juin 1850, et du 31 mai 1854.

(1) Malleville, sur l'article 25. — Locré, tome 4, page 286.

DU DIVORCE.

Le divorce dut être importé dans les Gaules par les Romains, et c'est pourquoi on le retrouve observé pendant quelque temps, et on en cite plusieurs exemples chez nos rois de la première et de la seconde race.

C'est ainsi que Bissine ou Basine quitta le roi de Thuringe pour suivre Childéric qui l'épousa. Cherebert, roi de Paris, répudia sa femme légitime. Audovère, première femme légitime de Chilpéric, roi de Soissons, fut chassée, parce qu'elle avait tenu son propre enfant sur les fonts de baptême. Charlemagne répudia sa première femme, parce qu'elle n'était pas chrétienne (1).

(1) Encyclopédie de Diderot et d'Alembert, article *Divorce*, et Merlin, *Répert.*, même mot, section 3.

Charlemagne divorça même deux fois, en 770 et 774, et chose remarquable, sa naissance est même le résultat d'un divorce; car Pépin, duc d'Austrasie, se sépara de Plectrude pour épouser Alpaidé, mère de Charles-Martel (*Art de vérifier les dates*, tome 1, page 548).

Ce n'est pas, du reste, seulement sur le trône qu'on trouve des divorces, car on cite celui de Guilhaume, comte de Fesenzac, qui, du vivant de sa première femme, en épousa une seconde nommée Constance (an 1032), et celui de Bernard et de Béatrix, comte et comtesse de Comminges, qui tous deux se séparèrent pour se remettre chacun de leur côté (an 1190), (*Art de vérifier les dates*, tome 2, pages 265 et 274).

Ce n'étaient pas seulement les maris qui provoquaient le divorce, car la seconde femme de ce même comte de Comminges, Marie de Poitiers, en 1204, provoqua le divorce pour s'unir à Pierre I^r, roi d'Aragon, et en 1216, Pétronille se sépara de Nugnès Sanche, seigneur castillan, pour épouser Guy de Monfort (*Art de vérifier les dates*, tome 2, pages 266 et 335).

Cependant le pape Innocent I, qui régna de 402 à 417, adressait à Exupère, évêque de Toulouse, une lettre où il est dit : « De his etiam requisivit dilectio » tua, qui, interveniente repudio, alii se matrimonio copula-
» lant, quos in ultraque parte adulteros esse manifes-
» tum est, qui, viro vel uxore vivente, quamvis disso-
» ciatum videatur esse conjugium, ad aliam copulam
» festinarunt, neque possunt adulteri non videri in tan-
» tum ut hæ personæ, quibus tales conjuncti sunt etiam
» ipsæ adulterium commisisse videantur secundum illud
» quod legimus in Evangelio ; qui dimiserit uxorem
» suam, et duxerit aliam, mæchatur, qui dimissam
» duxerit uxorem, mæchatur, ideo omnes a commu-
» nione fidelium abstinendos » (1)

Ainsi le divorce était considéré comme permis par la loi civile et dans le for intérieur, mais le pape veut que ceux qui contractent de nouveaux mariages après de tels divorces, cessent d'appartenir à la communion des fidèles.

Le moine Marculphe, qui vivait vers l'an 660, nous a conservé une formule du divorce.

« Marculphi formularum liber secundus, c. 30. Cer-
» tis rebus et probatis causis inter maritum et uxorem,
» repudiandi locus patet. Idecireo dum et inter illo et
» conjugé suâ, illa non caritas secundum Deum, sed dis-
» cordia regnat, et ob hoc pariter conservare minime
» possunt, placuit utriusque voluntas ut se a consortio
» separare deberent. Quod ita id fecerunt. Propterea has

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, partie 6, chap. 2, art. 4, § 4, n° 464.

» epistolas inter se uno tenore conscriptas fieri et adfir-
» mare decreverunt, ut unusquisque ex ipsis, sive ad
» servitium Dei, in monasterio, aut ad copulam matri-
» monii se sociare voluerit, licentiam habeat, et nulla
» requisitione, ex hoc de parte sui proximi non habere
» debeat. Si quis vero aut aliqua pars ex ipsis, hoc emu-
» tare aut contra pari suo repetere voluerit, inferat
» pari suo auri libram unam, et sua repetitio nullum
» oblineat effectum, sed ut decreverunt, a proprio con-
» sortio sequestrati, in ea quam eligerint parte per-
» maneant. Facta epistola sub die illo, anno illo,
» regnante rege illo » (1).

Le Recueil de Baluze renferme aussi, dans l'appendice *Actorum veterum*, un texte de l'an 1435 ainsi intitulé : *Libellus divorcei Guilhelmi Remaudi de monte Canato. Senechalli Baccinonensis et Beatricis uxoris ejus.* Ce divorce est porté, *ante archiepiscopum Tarragonensem*, et cet archevêque prononce le divorce après preuves et serments.

Cependant le divorce finit par disparaître, au moins pour les catholiques, et jusqu'à la réforme (2) ; mais le

(1) *Recueil de Baluze*, tom. 2, et *nota Hieronimi Bignonii*.

(2) De nombreux conciles s'étaient occupés du divorce sans donner des décisions bien positives et bien uniformes, lorsque le concile de Florence, en 1439, consacra dans l'Eglise latine l'indissolubilité du mariage. Au concile de Trente, le 22 juillet 1563, les commissaires présentèrent le Canon suivant : *Si quis dixerit properter hæresim aut molestam cohabitationem aut affectatam absentiam, a conjugi, dissolvi posse matrimonii vinculum, anathema sit.* (*Concil. Tridentin., sessio 24, Canon 5.*)

La même assemblée prononça anathème contre celui qui prêten-

mot lui-même continua d'être employé soit dans le droit civil, soit dans le droit canon, pour désigner la séparation à *thoro et mensa*, c'est-à-dire, la séparation de corps et de biens qui n'emportait pas la dissolution du mariage, et qui intervenait le plus ordinairement sur la demande de la femme ; bien qu'elle pût cependant se produire quelque fois sur la demande du mari, par exemple dans le cas d'accusation d'adultére (1).

Pour les protestants, on s'était demandé si ceux de France pouvaient rompre le mariage par le divorce, parce qu'il était admis dans les Etats d'Allemagne, où était reçue la Confession d'Augsbourg, et la question était décidée dans le sens de la négative. On invoquait surtout l'édit du mois d'octobre 1685, qui avait permis aux protestants de vivre en France, mais en leur interdisant tout exercice de leur culte, et ne leur laissant dès-lors d'aut-

rait que l'Église se trompe lorsqu'elle enseigne que le mariage ne peut point être dissous pour adultére. (*Concil. Trident.*, *sessio 24*, *Canon 7*.)

Il est vrai que le concile de Trente n'a jamais été reçu en France et que les Parlements ont longtemps défendu aux avocats d'en citer les décrets. (Notes sur le concile de Trente, 1711, page 358, et dissertation à la suite de l'ouvrage, page 3.)

Le vieux Loisel, mort en 1617, écrit : « Les mariages se font au ciel et se consomment dans la terre. » Ce qui ne l'empêche pas d'ajouter : « On dit communément qu'en mariage il trompe qui peut. » (*Instit. coutum.* liv. 1, tit. 2.)

(1) Le rédacteur de l'art. *Divorce*, dans l'Encyclopédie, déclare même nettement, que la séparation ne pouvait être demandée que par la femme, mais il est contredit par Pothier, partie 6, chap. 3, no 306.

tre loi sur les mariages, que les lois ordinaires qui n'admettaient pas le divorce (4).

Pour les Juifs, la question était beaucoup plus controversée. Il serait inutile de rapporter ici les divers arguments présentés dans les deux sens ; il nous suffira de nous référer à un jugement du Châtelet de Paris, du 40 mai 1779.

Les parties sont renvoyées devant deux rabbins qui « dresseront personnellement, même feront signer aux parties s'il y échet, les actes qu'ils croiront devoir rédiger conformément aux usages des Juifs Portugais, etc. »

Le Châtelet a donc jugé, conclut Merlin, que le divorce n'a parmi les juifs d'autre règle que leurs lois et leurs usages.

Il résulte de ce qui précède, que, lorsque éclata la révolution, il n'y avait pas de loi précise contre le divorce. Sur trente-deux canons relevés dans les conciles et les décisions des papes, treize seulement lui étaient opposés et dix-neuf plutôt favorables. Aussi était-ce plutôt l'usage qui le condamnait, et un de ses partisans pouvait-il s'écrier : le divorce n'a jamais été détruit, il dort, réveillons-le, et tirons-le de l'assoupissement qui a trop long-temps fait gémir l'humanité !

On ne peut nier qu'un grand mouvement d'opinion se produisit alors. Dans un ouvrage non signé que nous avons sous les yeux et auquel nous avons emprunté quelques-uns des renseignements qui précédent, et qui est

(4) Voir Merlin, vo *Divorce*, section 3, § 2.



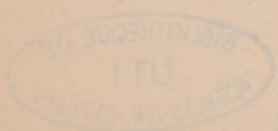
daté de 1789, l'auteur cite plusieurs monographies assez récentes sur le divorce, et il n'y en a pas moins de cinq, sans compter la sienne, datée de cette même année 1789 (4).

Il semble que l'admission du divorce va réformer instantanément les mœurs ; on le déclare conforme à la nature, conforme à la justice, avantageux pour la religion, pour la politique, etc. Après avoir tracé le tableau le plus affreux de la société et du mariage tel qu'il s'offre à ses yeux, l'auteur poursuit : « le divorce est-il rétabli, tout change ; tous ces êtres méchants ou malheureux deviennent heureux et bons, chacun est remis à sa place, un ordre admirable succède au chaos. Partout on voit des époux contents de leur sort et fidèles à leur devoir. Voilà pourtant, voilà dans l'exacte vérité ce qu'on verra se réaliser quelques mois seulement après le rétablissement du divorce, et l'on s'étonnera alors qu'on ait pu laisser si longtemps dans l'oubli une institution si bienfaisante. » Ecoutons encore notre prophète : « Voulez-vous la paix, dit-on, préparez la guerre ; je dirai de même : Voulez-vous qu'on ne divorce pas, permettez le

(4) *Du Divorce.* A Paris, de l'imprimerie de Monsieur, chez Desenne, libraire, au Palais-Royal, 1789.

Voir aussi : *Traité philosophique, théologique et politique de la loi du divorce demandée aux États-Généraux*, par S. A. S. Monseigneur Louis-Philippe Joseph d'Orléans, premier prince du sang. Juin 1789.

On trouve, dans les pièces justificatives de l'ouvrage de M. de Bonald contre le divorce, la réfutation de la première de ces monographies, en ce qui touche l'admission du divorce en Pologne. Aussi nous sommes-nous abstenu de citer ces exemples parmi ceux que nous avons relatés plus haut.



divorce. Oui, cette institution, quand les noeuds de l'hy-
ménée sont relâchés, les resserre plus souvent qu'elle ne
les rompt, prévient plus de fautes qu'elle n'en punit,
empêche plus d'erreurs qu'elle n'en répare ; enfin, elle
est moins l'art de détruire les mauvais mariages que l'art
de rendre tous les mariages heureux (4). »

Comme l'a dit M. de Toqueville dans son ouvrage sur *l'Ancien régime et la Révolution*, la France ressem-
blait alors à un vaste champ d'expériences, et il fallut
bien y expérimenter le divorce, malgré le souvenir des
désordres qu'il avait produits dans la société romaine.
L'Assemblée nationale fit précéder la loi du 20 septembre
1792 des paroles suivantes : Considérant combien il im-
porte 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 plu-
sieurs 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 qu'il y a urgence.

Cette loi établit que le divorce pourra avoir lieu par le
consentement mutuel des époux, pour incompatibilité
d'humeur ou de caractère, et enfin pour causes détermi-
nées, au nombre desquelles se trouve l'émigration.¹⁵

La séparation de corps est abolie. Des décisions relatives
au divorce furent prises les 22 vendémiaire an II, 23 ven-
démiaire an II, 13 et 17 frimaire an II. On trouva que
la loi de 1792 n'était pas encore assez large, et les lois des

(4) Même ouvrage, pag. 444 et 445.

8 nivôse et 4 floréal an II lui donnerent encore plus de facilité. L'un des époux pourra demander le divorce lorsqu'il sera prouvé par un acte authentique ou de notoriété publique qu'il est séparé de fait de son conjoint depuis plus de six mois et abandonné par lui, sans qu'il soit même besoin d'appeler l'époux absent (art. 2), et la femme divorcée pourra se remarié, dès que depuis dix mois elle sera séparée de fait de son ancien mari.

La Convention elle-même ne tarda pas à reconnaître qu'elle était allée trop loin, car, à la date du 15 thermidor an III, nous la voyons décréter :

Art. 1^{er}. L'exécution des lois des 8 nivôse et 4 floréal de l'an II, relatives au divorce, demeurent suspendues à compter de ce jour.

Art. 2. Le comité de législation est chargé de réviser toutes les lois concernant le divorce, et de présenter, dans le délai d'une décade, le résultat de son travail.

Nous ne trouvons plus dans le droit intermédiaire que la résolution suivante du Conseil des anciens, datée du premier jour complémentaire an V, dont voici l'article premier :

Dans toutes les demandes en divorce qui ont été ou seront formées sur simple allégation d'incompatibilité d'humeur et de caractère, l'officier public ne pourra prononcer le divorce que six mois après la date du dernier des trois actes de non conciliation exigés par les articles 8, 10 et 14 de la loi du 20 septembre 1792.

Les effets de cette excessive facilité ne furent pas ceux qu'avait promis l'auteur dont nous citions plus haut les paroles, et M. Vazeille, qui écrivait en 1825, les a

résumés ainsi en quelques mots : « La loi du 20 septembre 1792 ramena le divorce tel, ou à peu près, que l'avait établi la législation romaine. La séparation de corps fut positivement exclue, et le divorce, permis sans précaution, par consentement mutuel, par la simple allégation d'une incompatibilité d'humeur ou de caractère, et pour des causes énoncées, la plupart, ou vagues, ou légères, ou odieuses. Tant de facilité dans la loi, au milieu de la corruption révolutionnaire, produisit dans les mariages de prodigieuses mutations, d'horribles scandales et des maux infinis. On s'engageait aisément parce qu'on pouvait se dégager sans peine. On détruisait d'anciens nœuds, on en formait légèrement de nouveaux que bientôt on détruisait encore. Le mariage, pour bien des gens, n'était plus qu'une suite de circonstances passagères, qui n'apportaient et ne laissaient dans les familles qu'un affreux désordre (1). »

De plus, ces lois du droit intermédiaire avaient déjà donné lieu à une foule de questions controversées, qu'il serait inutile de rapporter aujourd'hui et qu'on peut retrouver longuement traitées dans le Répertoire de Merlin, au mot divorce. L'une d'elles notamment n'occupe pas moins de quarante pages dans ce recueil. Elle est relative à un divorce prononcé pour cause d'absence pendant plus de cinq ans, au profit de Caroline de Latour, mariée le 16 novembre 1789, à Port-Louis, île de France, avec Térence Mac-Mahon, né à Newcastle, en Irlande, et

(1) Voir *Traité du mariage*, par Vazeille, tome 2, chapitre 10, page 374.

l'un des principaux points du procès était de savoir si le mari était devenu Français, parce qu'il avait pris du service dans la brigade irlandaise. Un arrêt de la Cour de Dijon, du 27 août 1806, mit fin à ce long procès et déclara Français Térence Mac-Mahon, et admit le divorce prononcé par le tribunal de la Seine, le 14 fructidor an XI, pour cette cause d'absence.

Les rédacteurs du Code, dit Toullier, n'ont admis le divorce qu'à regret et forcés en quelque sorte par l'opinion du temps. On crut, parce qu'il y a des cultes qui autorisent le divorce, que la loi civile devait le permettre, afin que chacun pût user de la liberté que sa croyance lui donne (1).

M. Treilhard disait dans son discours :

« Les uns ont parlé du divorce comme d'une institution presque céleste et qui allait tout purifier ; les autres en ont parlé comme d'une institution infernale et qui achèverait de tout corrompre. Ici le divorce est le triomphe ; là c'est la honte de la raison. Si nous croyons ceux-ci, l'admission du divorce déshonorera le Code ; ceux-là prétendent que son rejet laissera ce Code dans un état honteux d'imperfection : le législateur ne se laisse pas surprendre par de pareilles exagérations.

» Le divorce en lui-même ne peut pas être un bien ; c'est le remède d'un mal. Le divorce ne doit pas être

(1) Toullier, continué et complété par Duvergier, vol. 4^{er}, 2^{me} partie, page 24, n° 668.

» signalé comme un mal, s'il peut être un remède quelquefois nécessaire. »

M. Treilhard achevait son discours par les paroles suivantes :

« Dans les maux physiques, un artiste habile est forcée quelquefois de sacrifier un membre pour sauver le corps entier : ainsi des législateurs admettent le divorce pour arrêter des maux plus grands. Puissions-nous un jour, par de bonnes institutions, en rendre l'usage inutile. C'est par de bonnes lois, mais c'est aussi par de grands exemples, que les mœurs publiques se réforment et se purifient : ce n'est pas le langage seul qu'on doit épurer, c'est la morale qu'il faut mettre en action. Que le mariage soit honoré, que le nom et le titre d'époux soient respectés ; que l'opinion publique régénérée flétrisse également le séducteur et l'infidèle, et nous n'aurons peut-être plus besoin du divorce ! Mais, jusque-là, gardons-nous de repousser un remède que l'état actuel de nos mœurs rend encore et trop souvent nécessaire (1). »

Tout en admettant le divorce, les rédacteurs du Code

(1) Voir aussi le discours prononcé au Tribunat par le tribun Carrion-Nisas, adversaire résolu du projet de loi et du Divorce. Appréciant les lois révolutionnaires sur ce point, il dit : « Alors on voulait dissoudre l'État, il fallait bien commencer par désorganiser la famille. Aujourd'hui vous voulez affirmer l'État : fondez donc la famille. »

« L'indissolubilité en est le ciment : ainsi l'a déclaré l'opinion de toute la terre. »

Dans un autre discours de Treilhard, sur le même sujet, on lit qu'il y avait eu mille divorces dans l'année précédente.

en rendirent difficiles les conditions. Il pouvait être prononcé pour quatre causes déterminées :

1^o L'adultére de la femme.

2^o L'adultére du mari, lorsqu'il tient sa concubine dans la maison commune.

3^o Les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre.

4^o La condamnation de l'un des époux à une peine infamante, par un jugement qui n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale.

De plus le divorce pouvait être demandé par consentement mutuel, sous des conditions, et après des épreuves déterminées et moyennant l'abandon de la moitié des biens de chacun des époux, aux enfants nés de leur mariage.

Cette cause de divorce, très minutieusement réglée, avait été reçue, comme un moyen de couvrir, c'était l'expression du premier Consul, les autres causes de divorce qu'il eût été nuisible ou scandaleux de révéler, au point de vue des mœurs ou de l'honneur de la famille.

Enfin, lorsque la séparation de corps prononcée pour toute autre cause que l'adultére de la femme, avait duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur pouvait demander le divorce, si l'autre époux ne consentait pas à faire cesser la séparation.

La loi sur le divorce qui forma le titre 6 du Code, livre premier, avait été décrétée le 30 ventôse an XI et promulguée le 10 germinal ; une loi transitoire fut portée le 26 germinal an XI, pour enlever tout effet rétroac-

tif aux dispositions nouvelles. « Les divorcees seront prononcés et auront leurs effets conformément aux lois qui existaient lors de la demande. » Il suffisait donc qu'une demande en divorce eût été déjà formée, pour qu'elle continuât à être régie par la loi ancienne. La nouvelle ne s'appliqua qu'aux demandes postérieures.

Il nous suffira d'avoir présenté ce rapide historique, sans entrer plus avant dans le détail du titre du divorce, puisqu'il a été aboli par la loi du 8 mai 1816, dont M. de Bonald fut le rapporteur devant la chambre des députés.

D'après cette loi, toutes demandes et instances en divorce pour cause déterminée furent converties en demandes et instances en séparation de corps ; car nous n'avons pas eu besoin de dire que l'ancienne séparation, abolie par les lois révolutionnaires, avait été conservée par les rédacteurs du Code à titre de transaction, et en quelque sorte comme divorce des catholiques.

Quant aux actes faits pour parvenir au divorce par consentement mutuel, ils furent considérés comme non avenus, conformément à l'article 294, puisque l'officier de l'état civil n'avait pas encore prononcé le divorce, et que d'autre part, aux termes de l'article 307, la séparation de corps ne peut avoir lieu par le consentement mutuel des époux.

Cette loi n'empêchait pas d'ailleurs les époux, déjà divorcés, de se marier chacun de leur côté, mais on admit de plus qu'elle abolissait l'article 295, portant défense aux époux divorcés de se remarier l'un avec l'autre. Cet arti-

ele avait été édicté dans le but de frapper les esprits, et de leur montrer qu'on ne pouvait se jouer ni du mariage, ni du divorce. Il est clair qu'en abolissant le divorce lui-même, la loi de 1816 faisait disparaître virtuellement la cause et les effets de cette prohibition, et rendait aux époux divorcés la faculté de se remarier.

Il est curieux de voir, comment, trois ans après, en 1819, M. de Bonald, qui avait essayé vainement en 1803 de faire prévaloir l'indissolubilité, appréciait l'œuvre de 1816 : « Le lien conjugal est le fondement de tout l'édifice social, et c'est pour cela quela religion, garante et amie naturelle de la société, en a consacré l'indissolubilité, et que la révolution, ennemie naturelle de la société, a voulu à tout prix établir en principe la faculté de le rompre. »

« Cette faculté du divorce, qui flatte à la fois toutes les faiblesses de l'homme, les dépravations de son cœur, les inconstances de son esprit, l'entraînement de ses sens, devait avoir de nombreux partisans ; les uns en défendaient la théorie ; les autres se contentaient de la mettre en pratique ; mais la religion, gardienne inflexible de toutes les vérités, en condamne le principe, parce que la pratique en est mortelle pour la société domestique, et incompatible avec le bon ordre de la société publique.

« Chargé du rapport sur l'abolition de la faculté du divorce, l'auteur de cet article ne fut pas longtemps à s'apercevoir de l'intérêt qu'on portait à cette question. Il fut accablé de lettres anonymes écrites par des plu-

mes exercées ; les unes discutaient, d'autres menaçaient, d'autres injuriaient » (1).

On prédisait de plus une prochaine abolition de la loi de 1816, et un prochain rétablissement du divorce.

Il faut reconnaître que cette loi avait été précipitamment votée ; il ne suffisait pas de faire disparaître le divorce, il fallait encore régler les conséquences de sa disparition. « Il faut considérer, disait un contemporain, que la loi d'abolition du divorce est au nombre de ces lois générales qui supposent un grand changement dans une partie de la législation. En déclarant le caractère indissoluble du mariage, elle doit modifier toutes les dispositions émanées du principe qui le faisait considérer comme un contrat dissoluble pendant la vie des époux. Ces conséquences sont quelquefois éloignées, d'autres sont l'effet des omissions auxquelles on a trop indistinctement attribué l'effet d'une abrogation. Il en est enfin qui résultaient d'une interprétation de la loi ; et depuis l'adoption d'un nouveau principe, les bases de cette interprétation ont été changées » (2).

Aussi deux projets de loi furent présentés à la Chambre des Pairs, l'un transitoire, l'autre définitif, qui prescrivaient les règles et les formes de la séparation de corps ; ce dernier fut même voté par la Chambre des Pairs le 7 décembre 1816 ; mais, porté devant la chambre des députés, il fut oublié et disparut ; en sorte que cette matière si importante est presque restée sans règle

(1) *Le Conservateur*, tome 4, page 459.

(2) *Jurisprudence du mariage*, par M. Nougarède, baron de Fayet, 1817, page 486.

depuis lors et n'a pas été remaniée, à part la loi de 1850 due à l'initiative de MM. Demante et Valette, et qui du moins supprima un des vices les plus criants, en faisant de la séparation de corps une cause de désaveu.

Quant au divorce, nous avons vu par les paroles précitées de M. de Bonald, que les idées religieuses et la haine de la révolution avaient eu la plus grande part à son abolition. Aussi après 1830, le rétablissement du divorce proposé par M. de Schonen, appuyé par un rapport de M. Odilon-Barrot, fut plusieurs fois voté par la chambre des députés ; mais la chambre des pairs, où il était combattu par Portalis, ne voulut jamais l'admettre. En 1848, M. Crémieux présenta à l'Assemblée nationale un nouveau projet de rétablissement, qui fut retiré plus tard par M. Marie. Depuis lors, il n'en a plus été parlé en France ; mais la question s'est représentée chez un peuple voisin, lors de la rédaction du Code civil italien, promulgué le 25 juin 1865, et la cause du divorce, quoique éloquemment plaidée par M. Buniva, n'a pas triomphé. C'est qu'en effet, en séparant même cette question de toute doctrine religieuse, le mariage n'est pas un contrat semblable à la plupart des autres, qui peuvent être facilement résolus pour des causes légales ou révoqués par la volonté des parties. Il y a dans la vie commune, dans la procréation des enfants, un état de fait qui ne saurait disparaître, même dans l'avenir. Nous ne saurions mieux faire que de reproduire les observations suivantes, auxquelles nous nous associons pleinement :

« Le mutuel consentement ne peut avoir pour effet la

dissolution d'un contrat, que si les choses sont encore entières, *rebus adhuc integris*. Or, jamais il n'en est ainsi en matière de mariage ; le lien qui s'est formé a créé un état civil qui ne peut être détruit ; l'accord qui interviendrait serait plutôt un nouveau contrat. A ce nouveau contrat, il faudrait appliquer toutes les règles concernant la validité du consentement dans les contrats ordinaires, c'est à-dire la théorie de la violence, de l'erreur et du dol... Le divorce ne pourrait-il pas, en effet, avoir été imposé à une partie par la violence ? De sorte que, huit ou neuf années après le divorce ou la cessation de la violence, on pourrait voir se produire une action en nullité du divorce, et la vie des conjoints pourrait s'écouler presque entière au milieu de toutes ces fluctuations, sans qu'on pût savoir au juste s'ils sont mariés ou s'ils ne le sont pas. »

« Et qu'arriverait-il, si, au moment où la nullité du divorce était prononcée pour cause de violence, le conjoint, auteur de la violence, était déjà marié avec une autre personne ? »

« Reconnaissions donc qu'il est impossible d'appliquer au mariage les règles des contrats ordinaires ; que la dissolution du mariage manquant de bases juridiques, hors le cas de mort, il est indissoluble par sa nature. Les croyances religieuses et les considérations morales ne peuvent exercer aucune influence sur cette solution, si ce n'est ajouter deux motifs de plus pour la faire adopter (1). »

(1) Le *Code civil italien* et le *Code Napoléon*, étude de législation comparée, par M. Th. Huc, deuxième édition, page 79.



IV.

DE QUELQUES AUTRES MODES DE DISSOLUTION SUR LES-
QUELS ON DISCUTAIT DANS L'ANCIENNE JURISPRUDENCE.

Nous allons emprunter à Pothier quelques détails sur certaines causes de dissolution du mariage dont il ne saurait plus être question aujourd'hui.

1^e On se demandait si la profession religieuse admise par Justinien comme cause de divorce pouvait rompre le mariage lorsque l'un des deux époux voulait s'y consacrer? Le pape saint Grégoire s'était élevé avec force contre la doctrine de la Novelle, tout en admettant que les deux parties pouvaient d'un commun accord se séparer pour devenir religieux; mais il fallait que chacun des deux époux entrât en religion.

Tel était aussi l'avis d'autres autorités très-considérables dans l'Eglise, et cela s'appliquait même à l'entrée dans les ordres sacrés. « Alexandre III défend d'ordonner évêque un homme marié, si sa femme n'a fait auparavant la profession religieuse. »

La règle ainsi posée comportait deux exceptions.

Le mari n'avait pas besoin du consentement de sa femme, lorsqu'elle avait été condamnée pour adultère; de plus, le droit des *Décrétales* avait admis, en cas de mariage, *ratum sed non consummatum*, que l'une des parties pouvait rompre le consentement pour embrasser,

sans le consentement de l'autre, la profession religieuse. Ceci cependant souffrait de grandes difficultés, et n'avait été admis qu'avec réserve par le concile de Trente, et ne s'appliquait pas aux ordres sacrés, mais seulement à la profession religieuse.

2º L'adultère de la femme pouvait-il dissoudre le mariage ?

Pothier discute longuement cette question dont la solution dépendait de l'interprétation de deux textes de l'évangile selon saint Mathieu (1). Jésus-Christ interrogé sur le point de savoir s'il est permis à un homme de répudier sa femme, répond : *Dico autem vobis quia qui-cumque dimiserit uxorem suam nisi ob fornicationem et aliam duxerit, mæchatur, qui dimissam duxerit, mæchatur.* Fallait-il entendre cette exception comme autorisant une simple séparation d'habitation, ou un véritable divorce ? La question était très controversée, et on citait des conciles et des pères de l'Église dans les deux sens. Cependant l'autorité de saint Augustin fit incliner vers la doctrine de l'indissolubilité absolue, au moins dans l'Église latine, car au Concile de Trente, sur la représentation des ambassadeurs de la République de Venise, on réserva l'opinion de l'Église grecque qui tenait pour la rupture du lien conjugal par l'adultère de la femme (2).

Pothier conclut en ces termes pour la France : « Quoi qu'il en soit de cette question, il n'est pas douteux *in praxi*, parmi nous, que lorsqu'un homme s'est fait sé-

(1) Chap. 49 et chap. 5, versets 31 et 32.

(2) Session 24, Canon 7.

parer de sa femme après l'avoir convaincue d'adultère, le lien du mariage est censé subsister, et forme un empêchement dirimant qui rend nul le mariage qu'il contracterait avec un autre, du vivant de celle qu'il a répudiée (1).

3^e Le mariage était-il dissous lorsque l'un des époux qui s'étaient mariés infidèles devenait chrétien sans que l'autre le devint ?

La solution de cette question dépendait de l'interprétation de quelques versets d'une épître de saint Paul (2). Il s'agissait encore de savoir s'il permettait la rupture du lien conjugal ou une simple séparation.

Dans les derniers temps de notre ancienne jurisprudence, en 1754, cette question se présenta devant le Parlement de Paris. Un israélite, du nom de Borach Lévy, avait épousé, à Haguenau, une fille de sa religion nommée Mende Cerf. Il se convertit au christianisme et fit sommation à sa femme de venir le rejoindre, en lui promettant de conserver sa religion. Celle-ci répondit en sommant son mari de lui envoyer un libelle de divorce ; sur quoi Borach obtint de l'officialité de Strasbourg une sentence le déclarant libre : « de se pourvoir par mariage, en face d'Église, avec une personne de même religion que celle qu'il professe maintenant. » Lorsqu'il voulut, en effet, se remarier, le curé ne se contenta pas de cette sentence, ni d'autres pièces à l'appui, il re-

(1) *Traité du contrat de mariage*, partie 6, chap. 2, art. 3, n° 497, *in fine*.

(2) Première épître aux Corinthiens, chap. 7, versets 12, 13, 14, 15 et 16.

fusa de publier les bans du mariage, et, en effet, l'officialité de Soissons, par sentence du 5 février 1756, le déclara non recevable en sa demande. C'est l'appel contre sentence qui fut porté devant le Parlement.

Pothier rapporte, dans deux paragraphes spéciaux, les raisons pour et contre qui n'auraient pas aujourd'hui pour nous grand intérêt. Il nous suffira de dire que l'arrêt du 2 janvier 1758 déclare « qu'il n'y a pas abus » dans la sentence officiale de Soissons, et fait défense à « Lévy de passer à aucun mariage pendant la vie de » Mende Cerf, sa femme (1).»

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, partie 6, chap. 2, art. 4, § 2, n° 504, *in fine*.

DROIT FRANÇAIS.

DE LA DISSOLUTION DU CONTRAT DE MARIAGE.

Après avoir exposé la dissolution du mariage dans le droit romain et dans le droit français, nous nous proposons de rassembler dans un cadre restreint les causes de dissolution du contrat de mariage dans notre droit. Nous n'avons pas la prétention d'approfondir un aussi vaste sujet, cela dépasserait tout à la fois et nos forces et les proportions raisonnables d'un travail comme celui-ci. Seulement, et c'est là notre but essentiel, nous voudrions grouper les notions éparses dans les commentaires, et réunir en un seul faisceau les causes de dissolution du contrat de mariage, quel que soit le régime adopté par les époux, en nous bornant, bien entendu, aux quatre qui sont prévus et réglés par le Code civil.

Il nous a semblé qu'il y avait là un rapprochement intéressant à faire; mais nous demandons avec insistance

la permission d'être bref, surtout en ce qui touche la séparation de biens, qui, à elle seule, demanderait un gros volume.

Le contrat de mariage est essentiellement celui par lequel les futurs époux réglementent la manière dont ils contribueront aux charges du ménage. Entendu en ce sens, il est indispensable, si bien que la loi elle-même s'est chargée de ce règlement pour ceux qui l'auraient négligé avant la célébration du mariage.

L'art. 1395, pour le régime de communauté; 1543, pour le régime dotal, ont affirmé l'immutabilité des conventions matrimoniales, parce que le mariage lui-même, dont elles sont la condition, ne peut être détruit. Cependant, le contrat de mariage n'a pas la même fixité que le mariage, parce qu'il suppose la vie en commun, le ménage, et que le mariage peut survivre au ménage par suite de la séparation de corps. Il y a de plus une cause de dissolution spéciale au contrat de mariage, dans l'intérêt de la femme, la séparation de biens. Enfin, la déclaration d'absence de l'un des époux, tantôt laisse subsister le contrat de mariage au gré de l'époux présent, tantôt le dissout. Aussi l'art. 1444, qu'il faut étendre, comme nous le verrons, à tous les régimes prévus par le Code, est-il incomplet lorsqu'il dit : La communauté se dissout :

- 1^o Par la mort naturelle;
- 2^o Par la mort civile;
- 3^o Par le divorce;
- 4^o Par la séparation de corps;
- 5^o Par la séparation de biens.

Il faut retrancher d'abord de cette énumération la mort civile, abolie par la loi du 31 mai 1854. Autrefois, la mort civile encourue par une condamnation à une peine capitale laissait, comme nous l'avons vu, subsister le mariage, quant au lien naturel ; mais disait Pothier :

« La communauté conjugale qui était entre les parties, laquelle était un des effets civils du mariage, ne peut plus subsister ; cette communauté étant quelque chose de civil, il ne peut plus y avoir de communauté avec une personne qui n'existe plus dans la société civile (1). »

On se demandait cependant, si la communauté ne subsistait pas au profit du mari, même pour l'usufruit des propres de la femme, lorsque celle-ci avait été condamnée à une peine capitale ; mais un arrêt de la 1^{re} chambre des enquêtes, rendu après partage en la grand'chambre, le 14 mars 1703, n'avait pas admis cette prétention quant aux revenus des propres de la femme qui étaient confisqués. Le mari était simplement autorisé à retenir, *jure non decrescendi*, la moitié de la femme dans les biens de la communauté.

Rien de semblable n'existant sous le régime du Code, et, après la mort civile, la communauté était dissoute et chacun des époux exerçait le droit qui naît de la dissolution avec les héritiers de l'époux condamné. La loi du 31 mai 1854 n'a pas admis au nombre des déchéances, par lesquelles elle remplaçait la mort civile, la dissolu-

(1) Pothier, *traité de la communauté*, 3^e partie, chap. 1, art. 4, n° 493.

tion du contrat de mariage. Peut-être, pourrait-on dire qu'il y a là une lacune, car il est certain que le ménage ne survit pas à la condamnation d'un des époux à une peine perpétuelle.

Mais il est facile à l'époux non coupable d'obtenir par une autre voie cette dissolution, car de la combinaison des art. 306 et 234 du Code civil, il résulte que la condamnation d'un des époux à une peine simplement infamante est pour l'autre une cause suffisante de demande en séparation de corps, et celle-ci détruit le contrat de mariage.

La loi du 8 mai 1816, en supprimant le divorce, a aboli cette cause de dissolution du contrat de mariage.

Dans l'ancien droit, on admettait que la condamnation de la femme pour adultère, sur la plainte du mari, opérait la dissolution de la communauté et privait la femme d'y prendre part, sauf le droit du mari de reprendre sa femme et de rétablir cette communauté. Aujourd'hui cette condamnation sera une cause de séparation de corps.

Enfin, l'état de fureur ou de démence du mari pouvait être pour la femme une cause de séparation d'habitation. Sous le Code, il n'en est plus ainsi, et le contrat de mariage subsiste malgré l'interdiction de l'un ou l'autre des époux (1).

Après ces éliminations, il ne resterait plus, d'après

(1) D'après certains statuts de l'Alsace, dit M. Troplong, la communauté était dissoute par l'abandon de la femme par son mari. Aujourd'hui ce pourrait être simplement une cause de séparation de corps (Troplong, *Contrat de mariage*, 1273).

l'art. 1444, que les trois causes de dissolution suivantes : la mort naturelle, la séparation de corps et la séparation de biens ; mais il faut y ajouter :

1^o L'absence déclarée de l'un des époux, qui ne dissout pas toujours, il est vrai, le contrat de mariage ;

2^o L'envoi en possession définitif des biens de l'époux absent, qui le dissout toujours ;

3^o La nullité prononcée du mariage, qui tantôt détruit le contrat de mariage, même dans le passé ; tantôt ne le détruit que pour l'avenir, et opère alors une véritable dissolution.

Nous allons étudier successivement ces six causes de cessation du contrat de mariage sous tous les régimes, en traitant de chacune d'elles dans un chapitre particulier. Nous réservons d'intervertir en un point l'ordre qui précède, et de parler de la séparation de biens avant d'aborder la séparation de corps, parce que l'essentiel sur ce dernier point sera de marquer les différences.

CHAPITRE PREMIER.

DISSOLUTION DU CONTRAT DE MARIAGE PAR LA MORT D'UN DES ÉPOUX.

La mort dissout évidemment tout contrat de mariage, quel que soit le régime adopté par les époux, *mors omnia solvit* : *morte socii societas dissolvitur*. Il n'y a rien de particulier à dire sur cette cause évidente de dissolution

quand les époux sont mariés autrement que sous le régime de communauté ; car leurs intérêts sont alors distincts, et la femme ou ses héritiers n'ont qu'à reprendre la dot, sous le régime dotal, et le régime exclusif de communauté, ou qu'à cesser de payer, en quelque sorte, pension sous le régime de séparation de biens.

Mais il en est autrement sous le régime de communauté ; ici les intérêts sont mêlés ; tout ce qui se trouve dans la maison au décès peut être sujet à partage, s'il y a acceptation du chef de la femme, ou peut appartenir en entier au mari, s'il y a renonciation.

La position des héritiers du prédécédé est donc fort critique, car ils ont été à la merci de la loyauté du survivant pendant la maladie, peut-être longue du défunt, et ils y sont encore depuis la mort ; rien de plus facile pour l'époux resté seul à la tête de la communauté que de divertir ou de recéler les effets les plus précieux de cette communauté.

Si ces considérations avaient déjà touché nos anciens, combien sont-elles puissantes aujourd'hui, puisque un mince portefeuille peut renfermer en valeurs au porteur presque toute la fortune commune. Aussi a-t-on exigé, depuis longtemps, du survivant des époux, comme une attestation de sa loyauté par la prompte confection de l'inventaire.

Les art. 240 et 244 de la coutume de Paris avaient adopté une sanction particulière contre le survivant qui avait négligé de faire bon et fidèle inventaire, la continuation de communauté entre ce survivant et les enfants issus du mariage. A Paris, c'était comme une

sorte de peine infligée à l'époux négligent au profit des enfants.

Dans la coutume d'Orléans, on s'attachait à la vieille idée, que ceux qui demeurent ensemble an et jour, mettent leurs biens en communauté. Le *Grand Coutumier* disait : « Si les deux conjoints ont un fils, et après l'un d'iceux va de vie à trépas, et depuis, icelui fils demeure avec le survivant sans faire inventaire, partage, ni division, tout ce que le survivant a conquêté reviendra en communauté avec le fils (1). »

Les conditions variaient comme le point de départ ; ainsi à Paris la continuation de communauté avait lieu avec « aucun enfant mineur dudit mariage, » si bon leur semblait. La coutume d'Orléans l'établissait lorsque les conjoints étaient nobles, art. 216. Celle de Bar, art. 232, ne distinguait pas entre les enfants majeurs et les mineurs. Celle de Montargis, chapitre IX, art. 3, l'admettait même avec les héritiers collatéraux, s'il n'y avait pas d'enfants.

Ces continuations de communauté donnaient lieu à des liquidations extrêmement compliquées, surtout lorsque l'époux survivant se remariait et greffait ainsi une nouvelle communauté sur celle qui existait déjà entre lui et ses enfants. Cette nouvelle communauté s'appelait *composée* ou *tripartite*, parce que, dit Pothier, c'est une communauté par tiers en trois têtes, savoir le survivant, les enfants du premier mariage et la seconde femme (2).

(1) *Grand coutumier*, livre 2, chap. 40.

(2) Pothier, *Traité de la communauté*, n° 897.

Nous n'avons heureusement pas à nous engager dans ces difficultés, parce que les rédacteurs du Code n'ont pas reproduit cette sanction du défaut d'inventaire, si dangereuse même pour les enfants, grâce aux procès auxquels elle donnait lieu. Nous laisserons aussi de côté quelques questions transitoires sur ce point, parce qu'elles ont aujourd'hui perdu, sans doute, tout leur intérêt (1).

L'article 1442 est ainsi conçu : Le défaut d'inventaire après la mort naturelle ou civile de l'un des époux, ne donne pas lieu à la continuation de la communauté; sauf les poursuites des parties intéressées, relativement à la consistance des biens et effets communs, dont la preuve pourra être faite, tant par titres que par la commune renommée.

S'il y a des enfants mineurs, le défaut d'inventaire fait perdre, en outre, à l'époux survivant la jouissance de leurs revenus ; et le subrogé-tuteur qui ne l'a point obligé à faire l'inventaire, est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs.

Les rédacteurs du Code abrogent, on le voit, par une formule négative, la continuation de la communauté, et ils lui substituent deux sanctions distinctes, l'une générale, quoique le contraire ait été soutenu par Toullier, et s'appliquant à tous les cas ; l'autre, spéciale à l'hypothèse des enfants mineurs laissés par le défunt.

(1) Voir *Traité du contrat de mariage* par MM. Rodière et Pont, tom. 2, nos 993 et 994, 2^e édition.

Voici ces sanctions :

1^o Les représentants de l'époux prédécédé ou toutes autres parties intéressées, suivant l'expression de l'article 1442, sont autorisés à prouver la consistance des biens et effets communs, non seulement par des titres, mais encore par témoins, bien que la loi ne le dise pas, et enfin par la commune renommée. Cette dernière preuve consiste dans l'audition de témoins, qui au lieu de déposer de faits précis et à leur connaissance personnelle, rapportent les propos courants, de simple ouï-dire sur la consistance des biens communs, ou se bornent à énoncer leur opinion telle qu'elle s'est formée sur des bases quelconques. On comprend combien est dangereux ce mode de preuves. Il suffit de se rappeler l'adage : *fama vires acquirit eundo*; du reste, il a été jugé que les tribunaux ne sont pas forcés de l'admettre (1).

2^o S'il y a des enfants mineurs issus du mariage dissois, l'époux survivant perd la jouissance de leurs revenus. Il faut appliquer cette disposition non seulement aux biens de la communauté, mais encore à tous les biens quelconques de ces enfants mineurs. La généralité des termes de l'article 1442 ne permet, à cet égard, aucune restriction, bien que le contraire ait été soutenu.

3^o La veuve qui a négligé la confection de l'inventaire, est déchue du droit de renoncer à la communauté, c'est ce qui résulte de la manière la plus formelle des articles 1456 et 1459. Cependant, des auteurs considé-

(1) Cass., req. rej., 26 juin 1827.

rables enseignent que cette proposition n'est vraie que tout autant que la veuve voudrait renoncer, après l'expiration du délai de trois mois, pour faire inventaire, et qu'elle pourrait répudier dans ce délai, sans l'avoir fait dresser (1).

L'inventaire fait à la requête du survivant doit être sincère et véritable, régulier et complet. Néanmoins, il a été jugé, qu'une erreur excusable pourrait relever l'époux des déchéances ci-dessus énoncées (2).

Il est remarquable qu'aucun délai n'ait été imparti au survivant pour la confection d'un acte d'une telle importance. Cependant, il n'est pas possible d'admettre que la loi ait voulu qu'il fût suffisant d'y procéder à une époque quelconque ; car alors il n'aurait plus aucune valeur, et on n'en pourrait plus tirer cette attestation de bonne foi, qu'il est destiné à procurer. Aussi, la majorité des auteurs enseigne-t-elle qu'il faut s'en rapporter ici aux règles reçues dans la matière des successions et dans celle même de la communauté pour l'option de la femme (art. 795, 1456 et 1465). Nous pensons avec eux qu'il doit être fait dans le délai de trois mois, à compter du décès, sauf aux tribunaux à proroger ce délai par analogie de l'article 1458. Nous devons donc admettre qu'à défaut de cette prorogation et si l'inventaire n'a pas été fait dans les trois mois, les déchéances légales sont encourues sauf, puisque après tout la loi est muette, aux tribunaux à faire la part des circons-

(1) Voir MM. Aubry et Rau, tom. 4, § 317, note 25, page 354.

(2) Cass., req., 4^e juillet 1828.

tances qui auraient pu s'opposer à la confection de l'inventaire, indépendamment de l'époux survivant.

En terminant sur cette première cause de dissolution du contrat de mariage, nous ferons observer de nouveau que les dispositions de l'article 1442 sont exclusivement relatives à la communauté conventionnelle ou légale. Nous ne pensons pas que ces pénalités puissent être étendues aux autres régimes, car les déchéances sont de stricte interprétation et ne sauraient être étendues d'un cas à un autre. Si toutefois il arrivait, en fait, que l'époux survivant, malgré la séparation des intérêts qui résulte de ces autres régimes, eût sous sa domination et mêlés avec les siens les meubles du conjoint prédececé, les héritiers de celui-ci devraient pouvoir user de la preuve par la commune renommée, car le devoir du survivant était alors de leur créer un titre; mais il serait, ce nous semble, trop rigoureux d'aller au-delà (4).

CHAPITRE II.

DE LA DISSOLUTION DU CONTRAT DE MARIAGE PAR LA SÉPARATION DE BIENS.

Les lois romaines avaient admis pour la femme le droit de demander la restitution de sa dot avant la dissolution du mariage, lorsque le mari tournait vers sa ruine

(4) Voir en sens contraire MM. Rodière et Pont, 2^e édition, n° 999.

ou lorsqu'il dissipait la dot. *Si constante matrimonio, dit Ulpien, propter inopiam mariti, mulier agere volet, unde exactionem dotis initium accipere ponamus? Et constat exindè dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere* (1).

Cette institution passa non seulement dans nos pays de droit écrit, mais encore dans les pays de coutume, avec les mêmes caractères : « La femme, dit Pothier, peut donner contre son mari la demande en séparation de biens pour les mêmes causes pour lesquelles, par le droit romain, la femme pouvait demander durant le mariage la restitution de sa dot (2).

Les rédacteurs du Code ont conservé cette institution et nous allons la voir fonctionner sous tous les régimes.

1^o *De la séparation de biens sous le régime de communauté.* — On peut la définir : Un bénéfice accordé à la femme de demander en justice la dissolution de la communauté à cause du mauvais état des affaires du mari.

C'est la femme seule qui peut la demander et jamais le mari, qui est lié par le contrat de mariage ; de plus, elle doit être prononcée en justice. Toute séparation volontaire est nulle, dit l'art. 4443, parce qu'elle serait contraire à l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Les héritiers de la femme ne pourraient pas demander

(1) L. 24, D., *soluto matrimonio*, 24, 3. Voir aussi L. 29, C. *de jure dotium*, 3, 42 et Nov. 97, chap. 6.

(2) *Traité de la communauté*, n° 499.

la séparation de biens, mais rien ne s'oppose, ce nous semble, à ce qu'ils continuent l'instance qui aurait été engagée par elle avant sa mort, car ils ont intérêt à la voir aboutir à cause de la rétroactivité du jugement de séparation (1).

L'art. 1446 dénie formellement aux créanciers le droit de demander la séparation de biens. La loi a pensé que la communauté ne devait pas pouvoir être dissoute sans le consentement de la femme. Il s'agissait là d'un droit exclusivement attaché à la personne (art. 1446).

On serait tenté de répondre, qu'il est fort généreux de la part de la femme de sacrifier sa fortune à la paix de son ménage, mais qu'il est étrange qu'elle fasse ce sacrifice aux dépens de ses créanciers. Heureusement que le second alinéa de l'art. 1446 a prévenu cette objection, d'une manière à peu près suffisante, en disant : « Néanmoins, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, ils peuvent exercer les droits de leur débitrice, jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. Ainsi, quant aux créanciers de la femme, la communauté est réputée dissoute, dans la mesure de leur intérêt, lorsque le mari est en état de faillite ou de déconfiture. Il y a en leur faveur une sorte de fiction de la dissolution de la communauté. L'art. 1446 est même conçu en termes si généraux, que leur droit pourra s'exercer sur la pleine propriété des biens de la femme, comme sur celle des biens de la communauté.

(1) Voir en sens contraire. Douai, 23 mars 1834. Sirey, 34-2, 243.

Les causes de cette demande de séparation de biens sont ainsi fixées par l'art. 1443 : La dot doit être mise en péril, ou le désordre des affaires du mari donner lieu de craindre que ses biens ne soient pas suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme. La loi ne fait aucune distinction quant aux causes qui ont pu amener ce dérangement des affaires du mari. Elle n'exige pas davantage qu'il soit entièrement ruiné, car le remède arriverait alors trop tard.

Mais ces causes, dont l'appréciation est d'ailleurs laissée aux tribunaux, quant aux questions de fait, sont-elles limitativement déterminées? Ni les commentateurs, ni la jurisprudence ne l'ont pensé. Il est possible que le mari laisse intact et administre bien le patrimoine de la femme, quant au capital, mais qu'il en dissipe follement les revenus au lieu de les appliquer aux besoins du ménage.

Les auteurs disent bien alors que la dot est mise en péril, puisque les fruits en font partie, mais en réalité, il y a plutôt ici un détournement coupable fait par le mari dans l'intérêt de ses passions personnelles. Il n'est pas tolérable que la femme et les enfants, réduits à vivre pauvrement, quoique riches, n'aient d'autre ressource que le remède extrême de la séparation de corps, si la conduite du mari arrive jusqu'à l'injure grave. Aussi a-t-on étendu à ce cas le remède de la séparation de biens. Quoique nous approuvions cette doctrine, nous ne pouvons pas nous dissimuler qu'elle devrait conduire ses partisans plus loin.

Si le mari, par une sordide avarice, n'applique les revenus, ni aux charges du ménage, ni à ses plaisirs

égoïstes, et se borne à thésauriser en faisant souffrir sa femme et ses enfants, la situation sera, pour ces derniers, la même que tout à l'heure, et il semblerait paradoxal cependant de demander la séparation de biens, sous prétexte que la communauté s'enrichit trop et ne dépense pas assez. La situation sera donc sans issue, et il n'y aura pas même lieu à séparation de corps, car on ne peut pas considérer comme coupable d'injures graves un mari qui impose à sa femme la vie misérable qu'il mène lui-même.

Dans le même ordre d'idées que tout à l'heure, on a décidé que la femme qui n'a pas de biens, mais qui exerce une industrie ou exploite un talent, peut demander la séparation de biens pour en sauvegarder les produits contre les dissipations du mari.

Toujours par extension du texte de l'art. 1443, on admet que l'état de contumace du mari et même, suivant certains auteurs, son interdiction légale, sont une cause suffisante de séparation de biens à cause du danger qui résulterait pour la femme de la mise en séquestre dans le premier cas, et en tutelle dans le second, par une circonstance due à la faute du mari.

Enfin, il a été jugé que le fait par la femme d'abandonner le domicile conjugal, sans le consentement du mari, ne la prive pas de demander la séparation de biens.

Il est à peine besoin d'ajouter que si la femme a contribué par ses propres dépenses à la ruine de la maison, le mari n'en saurait tirer contre elle une fin de non recevoir, car il n'en a pas moins manqué à sa mission d'ad-

ministre et de chef de la communauté, et sa faiblesse ne saurait être son excuse.

Le fait par la femme d'avoir succombé une première fois dans sa demande en séparation de biens, ne sera pas davantage une cause d'exclusion pour une nouvelle demande fondée sur de nouveaux faits.

La femme, pour former la demande en séparation de biens, doit requérir l'autorisation du président du tribunal qui pourra faire les observations qui lui paraîtront convenables (Code proc., art. 865). Aussitôt qu'elle sera faite, le greffier du tribunal en inscrira un extrait dans un tableau placé à cet effet dans l'auditoire. Le vœu de la loi est que cette inscription ait lieu dans les trois jours de la demande. Pareil extrait sera inséré dans l'auditoire du tribunal de commerce, dans les chambres d'avoués de première instance et dans celles de notaires, ainsi que dans l'un des journaux du lieu où siège le tribunal. Un mois au moins devra s'écouler entre l'observation de ces formalités prescrites à peine de nullité et le prononcé du jugement (art. 867, 868 et 869 C. proc.).

La femme devra faire la preuve des faits sur lesquels se fonde sa demande, puisque toute séparation volontaire est nulle. Le silence du mari qui ferait défaut ou même son aveu, dit l'art. 870 du Code de procédure, ne ferait pas preuve, lors même qu'il n'y aurait pas de créanciers.

C'est surtout dans l'intérêt des créanciers du mari que sont prises ces mesures de publicité, car la séparation de biens, imaginée pour la protection de la femme, est trop souvent un moyen de fraude concerté entre elle et son mari pour tromper les créanciers de celui-ci et les priver

de leur gage sur ce qui reste des biens de la communauté; et sur les successions mobilières qui pourraient, dans l'avenir, échoir à la femme. Aussi les créanciers du mari ont-ils le droit jusqu'au jugement définitif de se faire communiquer la demande en séparation et même d'intervenir pour la contester. S'ils se sont montrés négligents en première instance, ils pourront attaquer par l'appel le jugement de séparation du chef de leur débiteur.

Ce n'est pas tout; lors même que le jugement serait devenu définitif, la loi leur réserve encore la voie de la tierce opposition contre la séparation prononcée et même exécutée en fraude de leurs droits. Ces derniers mots de l'art. 1447 nous font reconnaître l'action Paulienne dirigée contre un jugement. Ils devront donc prouver la fraude de leur débiteur, c'est-à-dire la connaissance qu'il avait de l'insolvabilité qui résulterait pour lui de cette séparation. Seulement, bien que la tierce opposition dure trente ans, en général, ils devront ici la former dans le délai d'une année, si les formalités voulues ont été observées (C. proc., art. 873).

On a fait remarquer, avec raison, que cette restriction ne s'applique qu'à la séparation elle-même et non pas à la liquidation des droits de la femme, faite par un jugement spécial ou un acte amiable, mais toujours en fraude des droits des créanciers. Ceux-ci pourraient, en ce cas, faire tierce opposition à ce jugement ou attaquer cet acte par l'action Paulienne pendant trente années (1).

(1) Voir M. Massol, *De la séparation de corps*, page 140, à la note.

La publicité qui accompagne la demande doit aussi accompagner le jugement, d'après les art. 872 du Code de procédure et 1445 du Code civil. Un extrait du jugement doit être affiché pendant un an dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari et, s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la mairie et aussi en la chambre des avoués et notaires. La sanction est la nullité, même pour l'exécution des formalités prescrites par le Code de procédure, puisqu'il renvoie au Code civil qui la prononce.

Ce n'est pas tout encore : La séparation de biens inspire une telle défiance au législateur, il y redoute tellement les fraudes, qu'il exige, comme preuve de la bonne foi de la femme, une très prompte exécution du jugement qui la prononce. En effet, on ne comprendrait pas pourquoi la femme, si sa dot était réellement en péril, ne s'empresserait pas de demander au mari la liquidation de ses droits et laisserait ses biens entre des mains indignes. Si donc elle demeure dans le *statu quo* et n'use pas de l'arme que la loi lui donne, il est démontré qu'il n'y avait pas lieu à la séparation. Aussi tout est-il nul, jugement et procédure, si, dans la quinzaine de sa prononciation, la séparation n'a point été exécutée par le paiement réel des droits et reprises de la femme effectué par acte authentique, jusqu'à concurrence des biens du mari ou au moins par des poursuites commencées dans cette quinzaine et non interrompues depuis. On admet que les tribunaux pourront apprécier la diligence de la femme, spécialement sur le point de savoir si les poursuites ont été continuées

sans interruption. On admet aussi quela femme sera considérée comme ayant commencé les poursuites, si elle a fait signifier le jugement à son mari, avec commandement ou avec sommation d'aller chez un notaire pour la liquidation de leurs droits.

Cette nullité pourra être opposée par toute personne intéressée, c'est-à-dire, d'abord par les créanciers du mari, pour lesquels elle est spécialement édictée, et par le mari à la femme, puisque la séparation est dirigée contre lui et lui enlève ses droits sur la communauté. On décide même qu'elle peut être opposée par la femme au mari, bien qu'elle soit en faute de n'avoir pas exécuté le jugement. Mais la considération décisive, en ce sens, c'est que la séparation n'a été alors qu'une simulation concertée entre les époux, et le plus souvent sous l'impulsion et la direction du mari.

Celui-ci pourrait même opposer la nullité aux tiers qui auraient traité avec la femme comme si elle eût été séparée.

Le délai pour proposer cette nullité est de trente ans, suivant les règles ordinaires, mais les personnes intéressées peuvent y renoncer en exécutant le jugement de séparation après la quinzaine. On a ainsi jugé que les créanciers du mari ne pourront plus (Douai, 19 août 1840) la faire prononcer, s'ils ont concouru à des actes d'exécution du jugement.

L'art. 1445, second alinéa, porte la disposition suivante : « Le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. » En général, les jugements sont déclaratifs de droits anté-



rieurs ; de plus, le demandeur ne doit pas souffrir de la résistance injuste du défendeur, et il résulte de ces deux idées, qu'ils rétroagissent au jour de la naissance du droit reconnu. Il en était autrement dans notre matière ; car, d'une part, le jugement crée ici une situation nouvelle, puisqu'il dissout le contrat de mariage pour l'avenir, en le laissant subsister dans le passé ; et, d'autre part, on ne peut reprocher au mari sa résistance, puisque les séparations volontaires sont nulles. Il fallait donc une disposition spéciale édictant la rétroactivité ; sans cela le mari aurait pu (*inter moras litis*)achever de dissiper ou de détourner les effets de la communauté, vendre les immeubles, en cacher le prix, en un mot, consommer la ruine que la séparation de biens a pour but d'empêcher.

Ces observations montrent que nous nous rangeons à l'avis de ceux qui pensent que cette rétroactivité existe, tant à l'égard des tiers qu'entre les époux. Lorsque la loi a prescrit des mesures de publicité pour la demande, elle l'a fait non-seulement, comme nous l'avons dit plus haut, pour avertir les créanciers du mari, mais encore pour que les tiers sussent qu'ils n'ont plus à traiter avec le mari sur les choses de la communauté.

Entre les époux, les conséquences de cette rétroactivité sont faciles à déduire : La femme a un droit à la restitution de ses propres et à ses reprises en général depuis la demande, et par conséquent à tous les fruits perçus depuis, comme aux intérêts, sauf à fournir sa part contributoire des dépenses du mariage à partir de la même époque. Elle conservera les successions, donations ou

legs de meubles qui lui sont advenus pendant le procès. Quant aux dettes contractées par le mari pendant cette même époque, la communauté n'en sera tenue que jusqu'à concurrence du profit qu'elle en aura retiré, et les actes d'aliénation du mari seront sans effet à l'égard de la femme. Elle pourra aller rechercher entre les mains des tiers, les immeubles qui appartenaient à la communauté, et même les meubles, si ces tiers, étant de mauvaise foi, ne peuvent invoquer l'art. 2279.

Il n'entre pas dans notre sujet d'examiner la liquidation qui va suivre, ni de rechercher quels sont désormais les droits de la femme sur ses propres biens. Il nous suffira de dire que la loi a dû faire aux époux un nouveau contrat de mariage. La femme devra contribuer aux charges du ménage proportionnellement à ses facultés et à celles du mari et les supporter entièrement, s'il ne reste rien au mari. Sauf décision contraire, elle devra pour cela verser sa part contributoire entre les mains du mari, qui est resté le chef, malgré la séparation. Rien ne sera, d'ailleurs, plus facile que d'appliquer cette règle de proportions, puisque la fortune des deux époux sera connue par la liquidation même de la communauté.

Enfin, si le mari revient à meilleure fortune ou si sa conduite s'amende, l'ancienne communauté pourra être rétablie, du consentement des deux époux, par un acte notarié, publié en la forme de l'article 1443. A partir de cette publicité, le rétablissement de la communauté qui résultait suffisamment entre les époux de l'acte authentique, aura ses effets même à l'égard des tiers. Il y a plus, la communauté sera censée avoir toujours duré

entre les époux, et la séparation sera effacée dans le passé (sans préjudice, dit l'article 1451, de l'exécution des actes qui, dans cet intervalle, ont pu être faits par la femme en conformité de l'article 1449). On ne pouvait pas, en effet, aller à l'encontre des droits acquis aux tiers.

Le même article 1451 déclare n'admettre que le rétablissement pur et simple de la communauté, telle qu'elle existait avant la séparation, sans modification, car il dit : Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement est nulle.

On s'est demandé si la clause dérogatoire serait scèle frappée de nullité, ou si cette nullité atteindrait la convention tout entière, en sorte que la séparation de biens continuerait. La solution dépend du sens attribué à ces mots, *toute convention*. On peut très-bien soutenir qu'ils sont ici synonymes de : toute clause, et que le rétablissement restera valable, à moins que ces dérogations n'en soient la condition expresse. Tel paraissait être l'avis de Pothier, lorsqu'il disait : « Lebrun décide avec raison que ces conventions portées par l'acte du rétablissement de communauté sont nulles. » Il est vrai qu'il se demandait aussi : si un acte authentique était indispensable et s'il ne suffisait pas de leur mise des biens en commun pour rétablir, *ipso facto*, la communauté (1).

2^e *De la séparation de biens sous le régime exclusif*

(1) Pothier, n° 318 et 344. L'article 499 de la coutume d'Orléans paraissait justifier cette dernière interprétation que Pothier n'admettait cependant pas.

de communauté. — On sait que sous ce régime la femme apporte au mari, pour subvenir aux charges du ménage, les fruits de tous ses biens présents et à venir, en sorte qu'il acquiert l'administration de ces mêmes biens.

Si donc, par sa mauvaise gestion, le mari vient à en compromettre la restitution, il fallait autoriser la femme à demander la séparation de biens, et c'est ce que fait l'article 4531 *in fine*, suivant en cela la doctrine de Pothier qui disait : « La femme peut quelque fois en poursuivre la restitution durant le mariage, lorsque elle peut établir que les mauvaises affaires du mari mettent sa dot en péril. » (1)

Comme le Code n'a donné sur ce point aucun détail particulier, nous devons nous en référer à tout ce qui vient d'être dit pour le régime de communauté, dont celui-ci n'a été considéré que comme un appendice par les rédacteurs du Code, qui avaient, on le sait, laissé de côté le régime dotal dans leur projet.

3^e *De la séparation de biens sous le régime de séparation de biens.* — Lorsque les époux ont adopté par leur contrat de mariage le régime de séparation de biens, la femme paie à son mari une pension, le mot est de Pothier, que le Code fixe, à défaut de convention spéciale, au tiers de ses revenus, article 4537. Il semble paradoxal et contraire au texte de l'article 4443 de se demander si la femme peut, sous ce régime, provoquer une séparation judiciaire, puisque tous ses biens sont soustraits à l'administration et à la jouissance du mari. Cependant nous

(1) *Traité de la communauté*, n° 454.

avons vu les interprètes les plus acrédités et la jurisprudence admettre la femme à demander la séparation de biens, lorsque sous le régime de la communauté son mari dissipe les revenus, au lieu de les employer au ménage. Il y a, ce nous semble, une frappante analogie entre ce cas et celui où, sous le régime de séparation de biens, le mari dissiperait la pension payée par la femme, en sorte que celle ci serait, en somme, obligée de faire face aux dépenses communes avec le restant de ses revenus. Pourquoi ne pas admettre alors, comme l'ont voulu certains auteurs, la séparation judiciaire comme un remède *sui generis* pour dispenser la femme de verser cette pension entre les mains du mari? Cela nous paraît d'autant plus convenable qu'on aurait pu convenir *ab initio*, dans le contrat de mariage, que l'un des époux supporterait seul les charges du ménage, soit le mari, soit la femme.

Il va sans dire que dans cette hypothèse, comme dans celle du régime exclusif de communauté, les époux pourraient rétablir l'ancien ordre de choses par un acte authentique conforme à l'article 1451.

4º *De la séparation de biens sous le régime dotal.* — Sous ce régime la femme apporte au mari pour sa part de dépenses communes la jouissance de ses biens dotaux. Malgré la précaution de l'inaliénabilité, il est possible que la dot soit mise en péril. En ce cas, dit l'article 1563, la femme peut poursuivre la séparation de biens, ainsi qu'il est dit aux articles 1443 et suivants.

Ici la séparation de biens ne produit pas des effets aussi absolus. La femme reprend bien l'administration

et la jouissance de la dot, mais celle-ci demeure inaliénable avec toutes les conséquences données par la jurisprudence à cette inaliénabilité. Ce principe a été, il est vrai, contesté dans les premières années qui suivirent la rédaction du Code, mais il n'est plus aujourd'hui mis en discussion à cause des termes formels de l'article 1454 : les immeubles constitués en dot ne peuvent être alienés ou hypothéqués pendant le mariage. Il est bien vrai qu'ils sont désormais prescriptibles aux termes de l'article 1561, mais on a fait remarquer qu'il n'y a là aucune contradiction, car si la loi définit la prescription une manière d'acquérir, il y a en somme peu de danger pour la femme, car il n'est pas probable qu'elle laisse accomplir une prescription qui demanderait au moins dix à vingt ans depuis la séparation et qui ne lui procurerait d'ailleurs aucun bénéfice.

L'article 1560 déclare que l'action en reprise d'un immeuble dotal aliené n'est prescriptible que depuis la dissolution du mariage et ne l'est pas depuis la séparation de biens. Il y a là certainement une antinomie au moins apparente entre les deux articles, lorsque l'aliénation de l'immeuble a été faite par la femme autorisée du mari, ou que celui-ci a aliené seul l'immeuble dotal, mais sans garantie. Nous n'avons pas, ce nous semble, à entrer dans le détail de cette grosse question. Il nous suffira de faire remarquer qu'après tout il ne s'agit pas de la même prescription. En effet, l'article 1561 vise une prescription acquisitive plus longue et soumise à des conditions plus rigoureuses, et l'article 1560, une prescription libératoire de dix ans fondée sur la seule inaction

du créancier. On comprend que le point de départ de celle-ci ait été retardé, puisqu'elle est plus facile et plus dangereuse.

En renvoyant aux articles 1443 et suivants, les rédacteurs du Code ont suffisamment marqué que les époux auront la faculté de rétablir le régime dotal tel qu'il existait avant la séparation par une convention conforme à l'article 1451.

Il est bien entendu aussi qu'en ce cas, sous ce régime comme sous les autres, la femme pourrait, pour de nouveaux faits, demander encore la séparation de biens.

Terminons en faisant remarquer que, par la séparation, la dissolution du contrat de mariage peut d'abord n'être que temporaire, qu'elle peut même n'être que partielle : car l'inaliénabilité subsiste sous le régime dotal, et, de plus, sous tous les régimes, les avantages stipulés au profit du survivant des époux conservent leur efficacité, pour être exercée à la mort du prémourant.

De la dissolution du contrat de mariage par la séparation de corps.

L'art. 344 est ainsi conçu : « La séparation de corps entraînera toujours séparation de biens. De son côté, l'art. 1444 fait de la séparation de corps un mode spécial de dissolution du contrat de mariage, qui paraît ne pas se confondre avec la séparation de biens.

Cette dernière disposition serait peut-être la plus exacte au point de vue scientifique. Mais le législateur paraît avoir confondu ces deux modes de dissolution,

car il en parle concurremment dans les art. 1449, 1451 et 1452, et, nulle part, il n'a réglé dans les articles spéciaux les effets de la séparation de corps, quant aux biens, si ce n'est dans l'art. 1463, où il ne parle que de la femme séparée de corps, en omettant la séparation de biens.

Il nous faut donc, par la force même des choses, admettre les mêmes règles pour les deux séparations, en ce qui touche les biens, sauf à marquer les différences que la raison commande et que la loi a elle-même évitées ; différences que nous allons énumérer une à une :

1^o La séparation de biens principale est un bénéfice concédé à la femme par le droit positif. On comprendrait une législation qui ne l'admettrait pas, puisque, après tout, la femme avait librement accepté dans un contrat irrévocable le régime de communauté ou tout autre régime. Au contraire, on ne comprendrait pas que le contrat de mariage survécût à la séparation de corps puisque celui-ci dissout le ménage, dont ce contrat avait pour but essentiel de régler les dépenses.

Cette observation n'est pas sans quelque portée pratique. Ainsi, nous nous demandions tout à l'heure, si la femme pouvait demander la séparation de biens sous le régime de la séparation de corps, pour éviter de payer désormais pension à son mari. Pareille question n'est pas à se poser pour la séparation de corps. Ici tout contrat de mariage disparaît. Le mari restitue à la femme les biens qu'il administre, et celle-ci est dispensée de lui rien payer désormais sous le régime de séparation de biens.

2^o La séparation de biens ne peut être demandée que par la femme et à raison de la mauvaise gestion de son mari. Chacun des époux peut demander la séparation de corps pour de tout autres motifs.

Les deux époux peuvent même la demander l'un contre l'autre réciproquement, et même l'obtenir l'un contre l'autre. Ils y ont intérêt, soit au point de vue moral, soit même à raison des déchéances pécuniaires qu'elle entraîne, soit pour arriver à la compensation des dépens ;

3^o La demande de séparation de corps ne peut être intentée que par les seuls époux, et les créanciers ne sont nullement autorisés à y figurer, tandis que les créanciers du mari peuvent intervenir dans l'instance en séparation de biens. Ils pourront seulement, après la séparation de corps prononcée, surveiller la liquidation des droits de la femme ;

4^o La demande en séparation de corps ne doit pas être publiée comme la demande en séparation de biens ; il y a intérêt, en effet, à éviter le scandale, si elle ne doit pas aboutir. C'est le jugement seul de séparation de corps, puisqu'il n'y a plus rien à ménager, qui devra être rendu public, comme celui de séparation de biens (Cod. pr., art. 880. — Cod. com., art. 66) ;

5^o Le jugement de séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. C'est, au contraire, une question bien controversée que celle de savoir, si cette disposition s'applique au jugement qui prononce la séparation de corps.

Les cours de Paris et d'Angers ont récemment jugé dans le sens affirmatif, en se fondant surtout sur l'ab-

sence de dispositions spéciales à la séparation de corps et sur la nécessité d'appliquer celles de la séparation de biens. D'autre part, une autre opinion tient absolument pour la négative et enseigne qu'à aucun égard cette rétroactivité n'est applicable au jugement de séparation de corps, parce que la demande n'a eu aucune publicité et que l'administration du mari peut être irréprochable.

Comme, après tout, le texte de la loi est absolument muet sur cette importante question, l'interprète a une certaine latitude, et nous pensons avec MM. Aubry et Rau, qu'il y a lieu de distinguer et de donner une solution pour les époux, une autre pour les tiers.

Entre époux, il n'y a pas à argumenter du défaut de publicité de la demande, et il est juste de faire rétroagir la séparation de biens résultant de la séparation de corps. En effet, le ménage n'existe plus depuis l'ordonnance du président du tribunal (C. pr., 878), qui a autorisé la femme à se retirer provisoirement de la maison conjugale. On ne voit pas de quel droit le mari profiterait désormais des revenus de la femme, la femme de ceux de son mari. C'est donc à ce moment qu'il faut se placer pour liquider la communauté, puisqu'elle a cessé dès-lors d'être une réalité, sauf à compter à la femme les provisions alimentaires qu'elle a reçues durant le procès. Le plus souvent, dans la pratique, le demandeur en séparation de corps conclut expressément à la séparation de biens, mais eût-il gardé le silence, il nous semble que la rétroactivité devrait néanmoins se produire, car elle résulte des faits; elle ne peut faire de tort à personne, et l'analogie de l'art. 1445, deuxième alinéa, peut être à bon droit invoquée.

Il en est autrement pour les tiers, et il nous paraît souverainement injuste de faire rétroagir à leur égard un jugement qui termine une procédure tenue aussi secrète que possible, et qui crée un état nouveau auquel ils n'ont pas dû s'attendre. Ce qui légitime l'effet rétroactif du jugement de séparation de biens, c'est l'ensemble des mesures de publicité de la demande destinées à avertir les personnes intéressées, et il serait vraiment étrange que le même résultat fût produit sans ces mêmes avertissements.

En conséquence, nous pensons que les obligations contractées par le mari à la charge de la communauté, que les aliénations par lui faites des immeubles et des meubles qui en dépendent, sont en principe valables à l'égard de la femme, sauf à elle à se faire indemniser par le mari du préjudice que ces actes peuvent lui causer, si elle accepte la communauté. Il faut même aller plus loin, et par analogie de l'article 271 lui permettre de les faire déclarer nuls, s'il est prouvé par elle que ces actes ont été passés en fraude de ses droits. Mais nous exigerions, malgré le silence de l'article 271, la complicité des tiers pour tous ceux qui rentraient dans les pouvoirs légitimes du mari, afin qu'ils ne soient pas victimes de leur bonne foi. Ainsi, si le mari a aliéné un immeuble à titre onéreux, la femme devra prouver la fraude du mari et celle du tiers acquéreur. S'il a aliéné à titre gratuit, cette preuve ne sera pas nécessaire, puisqu'il a outrepassé ses pouvoirs de chef de la communauté, art. 1422. On voit que, si cette action se rapproche de l'action Paulienne, elle ne doit cependant pas être confondue avec elle.

Du reste, pour éviter tout débat, la femme demanderesse, lorsqu'elle a tout à la fois à se plaindre de la conduite et de la gestion de son mari, fera bien de joindre à sa demande en séparation de corps une demande en séparation de biens qui sera publiée en la forme ordinaire. Il n'y aura alors aucun doute pour la rétroactivité du jugement, si elle triomphe sur tous les points ;

6^e La déchéance de l'article 1444 n'est pas applicable au cas de séparation de corps. Il n'y a plus ici les mêmes soupçons de concert entre les époux pour frauder les créanciers du mari, et la femme n'a pas à affirmer sa bonne foi par une exécution rapide du jugement en ce qui touche la liquidation de ses droits ;

7^e En cas de séparation de biens, le législateur a dû pourvoir par un nouveau régime aux charges du ménage qui subsiste. La même nécessité n'existaient pas pour la séparation de corps. Aussi l'article 1448 ne la mentionne-t-il pas plus que les précédents, et c'est seulement à partir de l'article 1449 que les deux séparations marchent de pair dans les textes du Code. Les deux époux vivront désormais séparément, chacun avec ses revenus. Si cependant l'un d'eux n'avait pas de ressources suffisantes, l'autre devrait lui fournir une pension alimentaire. On est même d'accord que la limitation admise en cas de divorce, par l'article 301, ne serait pas applicable à la séparation de corps, et que dès-lors cette pension alimentaire pourrait excéder le tiers du revenu de l'époux qui doit la fournir, et d'autre part qu'elle pourrait être obtenue même par celui des époux contre lequel la séparation a été prononcée ;

8^o La femme séparée de biens conserve ses droits de survie, article 1452, c'est-à-dire non-seulement le droit au préciput, mais encore par analogie ses droits au partage inégal de la communauté, si telle est la convention du contrat de mariage. Au contraire, en cas de séparation de corps, l'époux contre lequel elle a été prononcée, mari ou femme, perd ces mêmes droits, art. 1518 ; celui-là seul les conserve qui a obtenu cette séparation de corps. C'est une pénalité infligée à l'époux coupable, qui a amené par son fait la dissolution anticipée de la communauté ;

9^o Il n'est pas douteux, en cas de séparation de biens, que les époux conservent leurs droits réciproques de succession *ab intestato* établis par l'article 767. La question a été controversée, au contraire, quant aux époux séparés de corps, parce que telle avait été d'abord l'intention du conseil d'Etat, lors de la rédaction de l'article 767. Mais, comme elle n'a pas été modifiée en ce sens, il faut décider que le droit réciproque à la succession subsiste, malgré la séparation de corps ;

10^o La séparation de biens n'entraîne certainement pas révocation des donations faites entre futurs époux par contrat de mariage ou entre époux pendant le mariage. C'est au contraire une question des plus controversées que celle de savoir si la séparation de corps ne révoque pas ces donations de plein droit au préjudice de l'époux contre lequel elle est prononcée, tout en les laissant subsister au bénéfice de l'autre.

Nous penchons pour l'affirmative, c'est-à-dire pour la révocation, en nous rangeant à l'arrêt rendu le 23 mai 1845 par la cour de Cassation, toutes chambres réunies.

En effet, l'article 1518 fait perdre le préciput à l'époux coupable et cet avantage, aux termes de l'article 1516, n'est cependant pas considéré comme une donation. A plus forte raison, doit-il en être de même de ces dernières dispositions. De plus, on peut argumenter *à pari* de l'article 299 qui prononçait cette déchéance en matière de divorce. Or, l'article 310 montre bien que, dans l'idée du rédacteur du Code, la séparation était une sorte d'acheminement vers le divorce, et devait en produire les effets qui n'étaient pas incompatibles avec la dissolution du mariage.

Il va sans dire que, pour la séparation de corps comme pour la séparation de biens, le rétablissement du régime antérieur sera possible en suivant les règles prescrites par l'article 1451. Mais qu'arriverait-il si les deux époux se réunissaient et recommençaient à vivre en ménage sans observer cet article ? La loi n'a pas explicitement prévu cette hypothèse, mais il est facile de suppléer à son silence et d'appliquer par analogie la disposition de l'art. 1448, puisqu'elle est conforme à la logique et au bon sens. Les époux seront donc mariés sous le régime de la séparation de biens et contribueront aux frais du ménage et à ceux d'éducation des enfants communs, chacun en proportion de ses facultés.

CHAPITRE IV.

DE L'EFFET DE L'ABSENCE SUR LE CONTRAT DE MARIAGE.

L'absence est l'état d'une personne dont l'existence

est incertaine, parce qu'elle a disparu de son domicile et qu'on n'a plus de ses nouvelles. La loi a divisé l'absence en trois périodes, suivant que le temps écoulé depuis la disparition est plus ou moins long. C'est d'abord la présomption d'absence qui dure cinq ans au moins, ou onze ans lorsque l'absent a laissé un procureur fondé (art. 115, 119, 121) ; c'est ensuite l'envoi en possession provisoire qui commence au jugement déclaratif de l'absence et finit trente ans après, ou lorsqu'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent (art. 129) ; c'est enfin l'envoi en possession définitif qui succède à la période précédente et résulte d'un jugement du tribunal.

Nous avons à rechercher les effets produits sur le contrat de mariage par chacune de ces périodes.

De la présomption d'absence.

La loi n'a édicté aucune disposition relative au contrat de mariage en cas de présomption d'absence. Les choses restent donc dans leur état ordinaire, et ce ne serait que dans l'hypothèse d'une nécessité absolue qu'il faudrait prendre des mesures laissées d'ailleurs à l'appréciation du tribunal. Supposons, par exemple, que le mari soit absent sous le régime de la communauté : il faudra bien admettre que la femme, restée seule, pourra vaquer à l'administration courante et percevoir les revenus par une sorte de mandat tacite laissé par son mari. Mais, s'il faut faire

dans l'intérêt de la communauté quelque acte important, on devra s'adresser au tribunal qui y pourvoira conformément à l'art. 142.

§ 2.

De la déclaration d'absence, et de l'envoi en possession définitif.

Il était admis dans notre ancienne jurisprudence que la communauté était dissoute provisoirement par la déclaration d'absence : « Lorsquel'un des conjoint s'est absent, dit Pothier, sans qu'on sache s'il est mort ou vivant, la communauté est provisionnellement réputée dissoute du jour de la demande que les héritiers présomptifs de l'absent, qui, après le temps fixé, se sont fait envoyer en possession des biens de l'absent, ont donnée contre le conjoint présent, ou du jour de celle que le conjoint a donnée contre eux (1). »

Mais le même Pothier est absolument muet sur les effets de l'absence en cas d'exclusion de communauté et de séparation de biens contractuelle (2).

Enfin, Domat énumère ainsi les cas dans lesquels il y avait lieu à la restitution de la dot dans les pays de droit écrit : « Comme si la femme meurt sans enfants avant le mari, si le mariage est déclaré nul, s'il y a séparation de corps et de biens ou seulement de biens, si la dot ayant

(1) Pothier, *Traité de la Communauté*, 2^e partie, chap. 4, art. 1, n° 494.

(2) Voir *Traité de la Communauté*, n° 452 à 457.

été donnée au mari pendant les fiançailles, le mariage ne s'est pas accompli. Et lorsque le mari meurt, l'engagement de rendre la dot passe à ses héritiers (1). »

Ici encore il n'est pas question de l'absence.

Ces ouboris, dans les régimes autres que la communauté, seraient assez difficiles à expliquer, surtout si on considère que le mari sera d'ordinaire l'époux absent et qu'il était dès lors très intéressant de savoir si la femme pouvait reprendre ses biens sous le régime exclusif ou sous le régime dotal, ou jouir des revenus de son mari sous tous ces régimes.

Mais il y a là une légère omission de Pothier et de Domat, et la restitution des biens de la femme était évidemment admise en cas d'absence du mari. Écoutons d'Espeisses : « La femme retire sa dot pendant le mariage, lorsque son mari s'est enfui pour crime et qu'on ne sait où il est, ou qu'autrement il a demeuré longtemps absent, et qu'elle n'en a pas de nouvelles ; et ainsi a été jugé au Parlement de Paris, le 6 mars 1567 et le 18 décembre 1576. Car, puisque en ce cas le mari est présumé mort et que ses héritiers divisent entre eux son héritéité, il n'est pas extraordinaire si la femme répète sa dot (2) »

Arrivons au Code civil et, pour étudier ses dispositions, supposons d'abord que les époux sont mariés sous le régime de la communauté.

(1) *Lois civiles*, livre I, tit. 9, section 3, n° 7.

(2) D'Espeisses, *des Contrats*, partie 1, tit. 45, sect. 2, n° 32.

Première hypothèse. Les époux sont mariés sous le régime de la communauté.

La déclaration d'absence de l'un des époux par le tribunal a pour effet d'ouvrir provisoirement la succession de cet époux ; ses biens sont distribués entre ses héritiers présomptifs au jour de ses dernières nouvelles, son testament est provisoirement exécuté ; en sorte que l'absent est réputé provisoirement mort. Cependant, le mariage subsiste toujours, parce que le provisoire n'est pas possible pour lui, parce qu'il n'y aurait pas moyen d'arranger les choses, si l'époux présent s'était remarié et que l'absent vint à reparaitre. Il faudrait absolument, comme le fait l'art. 139, prononcer la nullité du nouveau mariage, au grand détriment du nouvel époux et des enfants.

Cela posé, l'ancienne jurisprudence faisait à l'époux présent une situation contradictoire et inique. On lui disait d'une part : Votre conjoint est réputé vivant et vous ne pouvez contracter une nouvelle union ; d'autre part : votre conjoint est réputé mort, sa succession est ouverte, et la dissolution provisoire de la communauté en résulte. Réputé vivant pour le mariage, réputé mort pour le contrat de mariage, tel était l'époux absent ; en sorte que son conjoint supportait les inconvénients du mariage, tout en étant privé des avantages du contrat de mariage, c'est-à-dire des revenus de l'autre époux.

Il faut louer les rédacteurs du Code d'avoir mis fin à cette iniquité et d'avoir laissé à l'époux présent le soin de choisir, au gré de son intérêt, entre la dissolution ou la continuation provisoire de la communauté.

Voici les paroles de M. Bigot de Préameneu au Corps législatif, dans son discours sur les absents : « Il n'y a point eu jusqu'ici de loi qui ait décidé si la communauté entre époux continuait lorsque l'un d'eux était absent.

» Suivant l'usage le plus général, la communauté, dans le cas de l'absence de l'un des deux époux, était provisoirement dissoute, du jour où les héritiers présomptifs avaient, après le temps d'absence requis, formé, contre l'époux présent, la demande d'envoi en possession des biens de l'absent.

» Elle était pareillement dissoute du jour que l'époux présent avait agi à cet égard contre les héritiers de l'absent.

» Si l'absence cessait, on considérait la communauté comme n'ayant jamais été dissoute, et les héritiers qui avaient été mis en possession étaient tenus de lui rendre compte de tous les biens qui la componaient.

» Cependant, la raison et l'équité veulent que l'époux présent, dont la position est déjà si malheureuse, n'éprouve dans sa fortune que le moindre préjudice, et surtout qu'il n'en souffre pas au profit des héritiers et par leur seule volonté.

» Les héritiers n'ont jamais prétendu que l'époux présent fût tenu de rester malgré lui en communauté avec eux. De quel droit le forceraient-ils à la dissoudre, si la continuation lui en était avantageuse, ou plutôt, comment pourrait-on les admettre à contester un droit qui repose sur la foi du contrat de mariage ? Si l'incertitude a suffi pour les mettre en possession provisoire des biens, ce n'est pas sur une incertitude que des héritiers, n'ayant

qu'un droit précaire et provisoire, peuvent, contre la volonté de l'une des parties, rompre un contrat synallagmatique.

» Il faut conclure de ces principes, que l'époux présent doit avoir la faculté d'opter, soit la continuation, soit la dissolution de la communauté. »

Conformément à ces paroles, l'art. 124 du Code civil accorde à l'époux commun en biens, la faculté d'opter pour la continuation de la communauté ou de demander sa dissolution provisoire.

S'il opte pour la continuation, il empêche l'envoi provisoire en possession des biens de l'absent et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition de son décès.

Si c'est le mari qui est présent, il conserve l'administration de la communauté et même celle des propres de la femme, car l'art. 124 ne fait aucune distinction. Ses pouvoirs restent les mêmes qu'auparavant, soit sur les biens de la femme, soit sur les biens communs, puisque la présomption du décès de la femme absente est suspendue pendant cette continuation de la communauté.

Si c'est la femme qui est présente, elle prend, comme dit l'article 124, l'administration des biens communs et même des biens propres du mari, toujours par la raison que notre article ne distingue pas.

Seulement, ses pouvoirs ne peuvent évidemment pas être les mêmes que ceux de son mari. Il lui faudra d'abord l'autorisation de la justice pour cette option, puisque elle ne peut faire aucun acte sans être autorisée ou de son mari ou de justice. Si elle veut plaider, quelle

que soit l'action à intenter, elle aura toujours besoin de cette même autorisation. De plus, comme elle ne puise son droit que dans l'absence de son mari, elle n'aura d'autres pouvoirs que ceux des envoyés en possession provisoire, tels qu'ils résultent des articles 125, 126, deuxième alinéa et 128. Elle ne pourra pas, par exemple, comme le mari, aliéner ou hypothéquer les immeubles de la communauté. Elle ne pourra même pas aliéner les meubles sans autorisation du tribunal (art. 126, deuxième alinéa). On objecterait vainement que les biens communs lui appartiennent, qu'ils ne sont pas biens du mari, car on peut répondre que ce dernier point est incertain, puisque si le mari venait à revenir, les biens communs seraient incontestablement et n'auraient jamais cessé d'être sa propriété, puisqu'il est en quelque sorte seigneur et maître de la communauté.

Quel que soit l'époux présent, il n'est pas astreint à fournir caution pour son administration de la communauté, comme le sont les envoyés en possession provisoire (art. 120). Cela résulte non-seulement du silence de l'art. 124, mais encore de ce que ce même article exige la caution pour le cas de dissolution provisoire. On a pensé qu'il était bien difficile de demander caution au mari dont la position n'est pas changée, et bien difficile aussi de la demander à la femme, puisque ce serait la constituer en état d'inégalité à l'égard de son mari.

Mais il faut du moins que l'époux présent fasse inventaire, non-seulement des biens de l'absent, mais encore de ceux de la communauté (art. 126, premier alinéa). Ce sera la base des redditions de compte que le mari ou

la femme, quel qu'il soit, pourront avoir à faire suivant les circonstances.

Nous devons nous demander maintenant, comment finira cette administration provisoire, cette continuation de la communauté. Nous allons successivement parcourir les diverses manières dont elle prend fin.

1^o Elle cesse par le retour de l'absent ou la preuve de son existence.

Alors la communauté n'a jamais cessé d'exister ; tous les fruits perçus par l'époux présent appartiennent à cette communauté, car il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 127, puisque les fruits retenus en vertu de sa disposition ne pourraient être que des acquêts tombant encore à ce titre dans la communauté. Réciproquement, du reste, les économies faites par l'absent y tombent également.

2^o Elle cesse par la preuve acquise du décès de l'absent.

En ce cas, il faut se reporter au jour de ce décès pour la liquidation, sauf à respecter les actes faits depuis par l'époux présent qui se conduisait comme époux commun et ne l'était plus en réalité depuis cette mort. Si la femme était présente, il n'y aura pas de difficulté, puisqu'elle avait des pouvoirs très-restruits ; elle rendra simplement compte, depuis le jour où elle a pris l'administration, tant des biens de la communauté que des biens personnels.

Si c'est le mari, il est d'abord évident qu'il ne doit compte des biens communs que depuis le décès de sa femme. Mais que dire des aliénations par lui faites des

chooses de la communanté depuis qu'elle était réellement dissoute? On est d'accord pour les maintenir à l'égard des tiers, sous peine de rendre illusoires les pouvoirs du mari, car personne, lorsqu'il a opté pour la continuation de la communauté, ne voudrait plus traiter avec lui s'il était exposé à être plus tard inquiété. Mais il faut admettre aussi que les héritiers de la femme pourront demander compte au mari de ces aliénations, afin qu'il leur revienne la moitié de la valeur des biens aliénés, si toutefois ils acceptent la communauté du chef de leur auteur.

Tout ceci s'applique aux capitaux; quant aux fruits, il faut distinguer : pour ceux qui ont été perçus avant le décès de l'absent, ils sont dans la communauté, comme nous le disions tout à l'heure. Quant à ceux qui ont été perçus, depuis le décès jusqu'à la cessation de l'administration de l'époux présent, ils appartiennent en propre à cet époux présent et aux héritiers de l'absent, suivant les proportions de l'article 127. L'époux présent devra donc rendre le cinquième de ces fruits, si moins de quinze ans s'étaient écoulés depuis le jour de la disparition ; le dixième, s'il s'est écoulé plus de temps. On fera ce calcul, bien entendu, à partir seulement du décès.

3^e Elle cesse par l'envoi en possession définitif des biens de l'absent.

Les articles 129 et 132 nous apprennent que lorsque l'absence a continué pendant 30 ans depuis la déclaration, ou s'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent, la présomption de mort devient prépondérante, et tous les droits subordonnés au décès de l'ab-

sent sont ouverts à la date de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

Comme il n'y a ici aucune réserve pour la communauté, il faut admettre aussi que, malgré la continuation provisoire, elle est réputée avoir cessé depuis cette même disparition. Cependant, l'époux présent ne peut toujours pas se remarier et on pourrait, à la grande rigueur, trouver encore ici un défaut de logique, puisque le mariage subsiste et que le contrat de mariage disparaît au moins provisoirement. Mais en vérité, il n'y a pas trop lieu de s'alarmer, car le droit de se marier n'est guère précieux pour l'époux dont le conjoint a disparu depuis 35 ou 41 ans au moins, ou est âgé, s'il vit encore, de 100 ans révolus.

Ce sera donc à la date de la disparition ou des dernières nouvelles qu'il faudra rétroagir pour faire la liquidation de la communauté, sauf le respect à l'égard des tiers, des actes faits par l'époux présent, en conformité de ses pouvoirs, comme nous l'avons établi précédemment.

Quant aux fruits, il nous semble juste d'admettre encore ici la règle de l'article 127. Il serait dur de forcer l'époux présent à les restituer tous aux héritiers de l'absent, quant à la part de celui-ci dans la communauté et quant à ses propres. On ferait ainsi, de l'article 124, une disposition de défaveur qui mettrait l'époux présent dans une position pire que celle des envoyés ordinaires en possession provisoire.

Nous n'avons pas besoin de faire remarquer que cette liquidation de la communauté pourrait encore n'être

elle-même que provisoire, c'est ce qui arriverait si l'époux absent reparaissait, puisque la communauté durerait encore et n'aurait jamais cessé juridiquement d'exister. Alors, les héritiers présomptifs de l'époux reparu devraient faire la restitution de ces biens suivant l'article 132. C'est ce qui arriverait encore, si on venait à connaître la date précise de la mort de l'absent. Alors, en effet, la communauté aurait été dissoute à cette date et il faudrait s'y reporter pour en faire la liquidation.

4^e Elle cesse par la mort de l'époux présent arrivée avant l'envoi en possession définitif.

Cette mort ne dissout pas en réalité la communauté, elle met simplement fin à sa continuation. Aussi, ne faudra-t-il pas se placer à ce moment du décès de l'époux présent, pour faire la liquidation, mais bien au moment de la disparition ou des dernières nouvelles, sauf à rectifier ensuite si on vient à apprendre l'époque précise de la mort de l'absent, ou au contraire, sa survie à l'époux présent. Dans le premier cas, on liquiderait à la date de la mort de l'absent, on liquidera dans le second à celle de la mort du présent.

Nous venons de dire que c'est à partir de la disparition ou des dernières nouvelles que la communauté est réputée dissoute, lorsque l'époux présent vient à mourir. Cette proposition ne paraît pas susceptible de sérieuses controverses, car l'article 124 n'avait établi la continuation de la communauté qu'au profit de l'époux présent, et cette fiction doit disparaître rétroactivement, lorsqu'il disparaît lui-même. Mais il est bien entendu qu'on

doit respecter les actes faits dans la limite de ses pouvoirs et attribuer à ses héritiers la part des fruits fixée par l'article 127.

5^e Elle cesse par la renonciation de l'époux présent.

Il est clair que l'époux présent peut renoncer à la continuation provisoire de la communauté, puisque elle n'a été introduite qu'à sa faveur, et cela est vrai, du mari comme de la femme, malgré l'induction contraire qu'un examen superficiel pourrait faire tirer du second alinéa de l'article 124, ainsi conçu : La femme, en optant pour la continuation de la communauté, conservera le droit d'y renoncer ensuite. Il s'agit, en effet, de la renonciation de la femme à la communauté, lorsqu'elle sera réellement liquidée, mais il ne s'agit pas du tout de la renonciation à la continuation de la communauté qui nous occupe encore en ce moment.

Si donc l'époux présent, quel qu'il soit, manifeste l'intention de faire cesser cette continuation, on liquidera en prenant pour base, comme tout à l'heure, la date de la disparition ou des dernières nouvelles, sauf à revenir sur cette liquidation, soit au retour de l'époux absent, soit lorsqu'on apprendra la date de sa mort.

6^e Elle cesse par l'absence de l'époux qui, lorsqu'il était présent, avait opté pour la continuation de la communauté.

Nous supposons ici que l'époux, qui était d'abord resté présent et avait gardé ou pris l'administration de la communauté, vient à son tour à disparaître et à être déclaré absent; dès-lors la communauté sera réputée dissoute du

jour de la disparition du premier absent, et les héritiers provisoires de celui-ci la liquideront avec les héritiers provisoires de l'autre, suivant les principes ci-dessus posés, soit quant aux capitaux, soit quant aux actes d'administration, soit quant aux fruits, sauf, comme toujours, à revenir sur ce provisoire, lorsqu'on apprendra l'un des événements que nous allons prévoir.

On pourra apprendre l'existence des deux, et la communauté n'aura jamais cessé ; ou la mort des deux, et la communauté aura été définitivement dissoute par la mort du premier ; ou la mort de l'un d'eux et l'existence de l'autre, et la communauté aura été définitivement dissoute par cette mort ; ou l'existence de l'un d'eux, l'absence de l'autre continuant ; en ce cas, la communauté aura pu être provisoirement dissoute à la déclaration d'absence, à moins qu'elle n'ait été continuée suivant les règles précédentes ; ou enfin, la mort de l'un avec continuation de l'absence de l'autre ; en ce cas, si la mort a précédé la déclaration d'absence, c'est au moment de cette mort que la communauté a été définitivement dissoute. Si la déclaration d'absence de l'un a précédé la mort de l'autre, rien n'est encore certain pour l'époque définitive de la dissolution. Elle peut se placer provisoirement à la disparition de l'absent, à moins que la communauté n'ait été continuée au profit de l'époux qui était resté présent.

Dans tous ces cas, on retombe toujours dans l'une des hypothèses qui nous sont connues, et cela nous dispense de plus amples détails.

Nous avons supposé jusqu'ici, que l'époux présent

optait pour la continuation de la communauté, mais il est possible qu'il opte pour la dissolution. En ce cas, il y a lieu de procéder à la liquidation de la communauté entre cet époux et les héritiers présomptifs de l'autre, au jour de la disparition ou des dernières nouvelles ; c'est à cette date qu'il faudra se référer pour la liquidation dont nous n'avons pas d'ailleurs à nous occuper spécialement. Il nous suffira de rapporter la disposition finale de l'art. 124, 1^{er} alinéa : « Si l'époux demande la dissolution provisoire de la communauté, il exercera ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels, à la charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution. » Il est possible, en effet, que cette dissolution provisoire doive disparaître devant une dissolution définitive placée à une autre époque, si on apprend la date de la mort de l'absent ou devant la continuation également définitive de la communauté, si l'absent reparait. Alors l'époux présent devra restituer ses biens propres, puisque la communauté en avait la jouissance, sa part dans la communauté avec les gains de survie et aussi la portion des biens de l'absent qu'il aurait reçue à ce titre. De plus, si la femme dans la liquidation avait renoncé à la communauté, elle devrait restituer les choses communes dont elle avait stipulé les reprises.

La caution devra être donnée pour ces diverses restitutions, mais seulement quant aux fruits et revenus pour les biens propres. On s'est demandé cependant, si le mari présent devrait donner caution pour la restitution de sa part des biens communs, et il semble qu'il faut adopter la négative, puisqu'il pourrait dissiper ces biens

quand même la communauté aurait duré. Cependant, M. Marcadé penche pour l'affirmative, à raison d'une hypothèse qui pourrait se réaliser. On apprend la date de la mort de la femme absente, et cette mort est postérieure à la dissolution provisoire. Le mari doit alors rapporter sa part, ainsi que les héritiers de la femme doivent rapporter la leur, pour refaire la liquidation. Or, il est possible, dit M. Marcadé, qu'un objet compris dans le lot de la femme ait péri par cas fortuit depuis la déclaration d'absence ; le mari, puisque cet immeuble a péri pour le compte de la communauté, doit donc payer la moitié de la valeur, et, par conséquent, il doit donner caution, même pour sa part, puisque les événements peuvent faire qu'il soit obligé de la remettre dans la masse à liquider, non pas fictivement mais en réalité (4).

Sans doute cette manière de voir paraît assez plausible; mais on aurait, pensons-nous, bien étonné les rédacteurs du Code, si on leur eût présenté une pareille hypothèse comme rentrant dans les prévisions ordinaires et normales de l'art. 427.

Deuxième hypothèse. Les époux sont mariés sous un régime autre que celui de la communauté légale ou conventionnelle.

La loi n'a rien édicté de spécial en ce cas, si l'un des époux vient à être déclaré absent; en sorte que les choses devront se passer comme si l'absent était mort. Sa succession sera réputée ouverte, le contrat de mariage

(4) Marcadé, t. I, 4^e édition, page 297.

sera réputé dissous, la femme reprendra ses biens sous le régime exclusif de communauté, sa dot, sous le régime dotal, elle cessera de payer pension, sous le régime de séparation de biens.

Si c'est le mari qui est présent, les héritiers de la femme au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles exerceront les mêmes droits.

Enfin, l'époux présent, quel qu'il soit, aura droit au gain de survie stipulé dans le contrat de mariage.

Mais tout ceci, comme nous le savons déjà, n'est que provisoire, car l'absent peut revenir, et alors le contrat de mariage n'aura jamais été dissous, les choses rentrent dans l'ancien ordre, suivant les règles que nous avons déjà appliquées, soit pour les capitaux, soit pour les fruits (art. 125, 127, 128). En vue de cette éventualité, l'époux présent doit évidemment donner caution pour les choses susceptibles de restitution (art 120, 124).

Si l'absent ne revient pas, on peut du moins apprendre l'époque précise de sa mort. On se placera alors à cette époque pour le règlement définitif des droits de chacun.

On comprend que les résultats puissent être différents, même sous le régime autre que celui de communauté, à cause de la jouissance de tout ou partie des biens de la femme qui peut appartenir au mari.

Il reste à se demander la raison de différence entre ce cas et celui où les époux sont mariés sous le régime de communauté. Pourquoi les rédacteurs du Code ont-ils donné une option juste à l'époux commun qui est présent

et sont-ils restés *muets* sous les autres régimes? Il y aurait cependant la même raison d'équité et le même intérêt pour l'époux présent. Sous le régime dotal, par exemple, le mari présent a intérêt à conserver les revenus de la dot, et il y aurait justice puisqu'il ne peut pas se remettre; de même, la femme présente devrait pouvoir dire: puisque mon mari n'est pas réputé mort quant au mariage, je demande à administrer ses biens en qualité d'envoyée en possession provisoire et à jouir de ses revenus concurremment avec les biens, comme il arriverait s'il était présent.

Nous ne pensons pas qu'on puisse donner des raisons législatives de différence, ni que les rédacteurs se soient rendu compte de l'exception favorable qu'ils fisaient ainsi pour le régime de la communauté. Il y a simplement dans leur œuvre une lacune, qui sans doute, aurait déjà été comblée si ces matières étaient plus pratiques. En effet, pour le régime exclusif de communauté, et pour celui de séparation de biens, ils n'ont pas pensé à s'occuper des effets produits par l'absence de l'un des époux, parce que Pothier avait, comme nous l'avons vu, négligé d'en parler. Quant au régime dotal, la raison de l'oubli n'est pas moins palpable. On sait que dans le projet du titre du contrat de mariage, le régime dotal ne formait pas un chapitre à part et qu'il était considéré par les articles 444 et 445 de ce projet simplement comme une clause exclusive de communauté, avec faculté d'ailleurs, d'après l'article 123, de déclarer les biens dotaux de la femme inaliénables. Plus tard, sur la représentation des partisans du régime dotal, un chapi-

tre particulier lui fut consacré par le conseil d'Etat. Mais on ne pensa pas alors à remanier le titre de l'absence ou à prévoir les effets de la disparition de l'un des époux.

Il résulte de ces observations, que l'innovation des rédacteurs du Code est restée, sans qu'ils l'aient sans doute voulu, restreinte au régime de la communauté, et que nous devons regretter que les mêmes raisons d'équité n'aient pas fait adopter pour tous les régimes les dispositions de l'article 124, ou du moins des dispositions tendant au même but.

Que devons-nous alors penser du cas dans lequel une communauté d'acquéts aura été jointe au régime dotal suivant l'article 1581, ou bien encore, du cas où la communauté conventionnelle aurait été plus ou moins restreinte, parce que l'administration et la jouissance de tel immeuble aurait été réservée à l'époux propriétaire ?

Nous pensons que l'article 124 doit s'appliquer, puisqu'il y a une communauté, et nous le pensons d'autant plus, que cet article nous a paru plus conforme à l'équité. Seulement, on peut se demander si l'époux administrateur légal pourra prendre ou conserver l'administration des biens de l'absent qui sont restés en dehors de la communauté ? Nous ne le pensons pas, car l'article 124 est spécial à l'époux commun en biens, et il n'a évidemment cette qualité que pour les biens communs, donc les autres doivent subir la règle ordinaire et passer aux mains des envoyés en possession provisoire.

Comment, suivant la remarque de Marcadé, l'époux présent pourrait-il opter pour la continuation de la com-

munaute, à l'égard de biens pour lesquels la communauté n'existe ni pour la propriété, ni pour la jouissance (1) ?

L'époux présent ne pourrait même pas exercer sur ces biens un droit de survie à lui conféré par le contrat de mariage, car il y aurait contradiction de sa part à venir dire . d'une part, j'opte pour la continuation de la communauté, parce que je répute mon conjoint toujours vivant ; mais, d'autre part, je le répute mort et j'exerce provisoirement sur ces biens non communs les droits subordonnés à son décès. Il faut qu'il choisisse entre deux situations, mais il ne peut pas cumuler les avantages de l'une et de l'autre.

CHAPITRE V.

DE L'EFFET PRODUIT PAR LA NULLITÉ DE MARIAGE, SUR LE CONTRAT DE MARIAGE.

Lorsque la nullité d'un mariage a été prononcée par arrêt de justice, ce mariage est censé n'avoir jamais eu d'existence juridique : *Quod nullum est nullum producit effectum*. Ainsi, non-seulement il n'y a plus de mariage dans l'avenir, mais il n'y a même jamais eu mariage dans le passé. Cependant, comme cette conséquence eut été fort dure pour les époux, lorsqu'ils sont tous les

(1) Marcadé, t. I, p. 289. En sens contraire, MM. Aubry et Rau, 4^e édition, t. I, p. 616, § 155, note 5.

deux ou lorsque l'un d'eux est de bonne foi et pour les enfants, la loi a admis le mariage putatif et la réglementé par les articles 201 et 202. En ce cas, le mariage annulé sera réputé avoir été valable jusqu'à cette annulation et ne sera dissous que pour l'avenir.

Il est tout naturel que le contrat de mariage suive les fluctuations et les destinées du mariage lui-même. En conséquence, nous allons examiner ce qui arrive : 1^o lorsque les deux époux n'ont pas été de bonne foi ; 2^o lorsque les deux époux ont été de bonne foi ; 3^o lorsqu'un seul des époux a été de bonne foi.

PREMIERE HYPOTHÈSE. — *Le mariage est annulé et les deux époux étaient de mauvaise foi.*

« Le jugement qui déclare un mariage nul, dit Pothier, n'est pas tant une dissolution de la communauté conjugale, qu'une déclaration qu'il n'y a jamais eu de véritable communauté conjugale ; la convention de communauté étant de même que toutes les autres conventions des contrats de mariage, dépendante de la condition, *si nuptix sequantur*.

Observez que, s'il n'y a pas eu une véritable communauté conjugale, il y a eu entre les parties une société de fait, au partage de laquelle chacune des parties doit retirer ce qu'elle y a mis, et les profits doivent être partagés entre elles. C'est ce qui a été jugé par arrêt entre les héritiers de Vailli, et ceux de Charlotte de Crequi (1).»

(1) *Traité de la Communauté*, 3^e partie, art. 1^{er}, n° 497.

Ainsi, dans cette hypothèse, on ne peut pas dire que le contrat de mariage soit dissous, car la vérité est qu'il n'y a jamais eu ni mariage, ni contrat de mariage. Mais si la loi peut déclarer à son gré non avenus les effets juridiques, elle est impuissante à revenir sur des événements accomplis. En fait, il y a eu vie commune, il y a eu ménage, et il faut bien régler les dépenses entre les deux personnes qui ont vécu comme mari et femme.

De là, cette idée de Pothier, que nous devons admettre, d'une société de fait qui doit être réglée *ex aequo et bono*, quel que fût d'ailleurs le régime adopté par les prétendus époux dans leur prétendu contrat de mariage. Ainsi, on se servira de ce contrat pour connaître l'importance des apports respectifs, et les bénéfices comme les dépenses seront repartis proportionnellement à ces apports, suivant les indications de l'article 1853.

Nous n'adopterons pas la même solution, dans les cas où le contrat de mariage serait seul annulé, le mariage subsistant. Cela peut arriver de bien des manières, par exemple, si toutes les parties n'ont pas comparu au contrat de mariage, si l'acte notarié est nul, si le mineur n'a pas été assisté suivant le vœu de la loi, etc. Dans tous ces cas et autres semblables, il n'y a pas dissolution du contrat de mariage, puisqu'il est réputé n'avoir jamais existé, mais bien *inexistence* de ce contrat; et comme d'un autre côté il n'est pas possible d'en faire un nouveau, puisque il y a mariage, on retombe nécessairement dans les dispositions de l'article 1393, et les époux sont et ont été toujours mariés sous le régime de la communauté légale.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Le mariage est annulé et les deux époux sont de bonne foi.*

Lorsque le mariage a été annulé et que les deux époux sont de bonne foi, il y a mariage putatif, et l'art. 201 dit que le mariage qui a été déclaré nul, produit néanmoins les effets civils tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants. Ainsi, en ce qui nous touche, le contrat de mariage est véritablement dissous, car il aura existé dans le passé et il cessera d'exister pour l'avenir ; ainsi la communauté se liquidera suivant les règles ordinaires ; ainsi la femme aura droit à la restitution de ses biens sous le régime exclusif de communauté, de sa dot sous le régime dotal, elle cessera enfin de payer pension sous le régime de séparation de biens. Quant aux droits soumis à la condition du prédécès de l'un des époux, il faudra attendre cette époque pour qu'ils puissent être exercés. Les donations que des tiers auraient faites aux époux par contrat de mariage, seront conservées au donataire, car on ne pourra pas appliquer ici la caducité de l'art. 4088, puisqu'il y aura eu mariage. En d'autres termes, aucun des droits résultant du contrat de mariage ne sera perdu. Seul, le droit de successibilité réciproque établi entre époux par l'art. 767 devra disparaître, puisqu'il n'appartient qu'au conjoint survivant en sa qualité, et que désormais, dans l'espèce, il n'y aura plus de conjoint. D'ailleurs, si on n'admettait pas cette solution, qu'arriverait-il en cas de nouveau

mariage de l'un des époux dont l'union vient d'être annulée ? Il pourrait se faire que deux personnes vinssent à la fois prétendre à sa succession avec le titre de conjoint, ce qui serait évidemment inadmissible.

Nous venons de dire que le contrat de mariage a été dissous par la nullité prononcée, mais à partir de quelle époque a eu lieu cette dissolution ? Faut-il la faire rétroagir, en appliquant l'art. 1445 au jour de la demande en nullité, ou doit-elle être datée seulement du jour du jugement ? C'est à ce dernier parti que nous devons nous arrêter, puisque le mariage a certainement existé jusqu'alors et que la dissolution du contrat de mariage est ici la conséquence de la cessation du mariage lui-même et n'a pas lieu d'une manière principale. Supposons, par exemple, un enfant conçu depuis la demande, n'est-il pas certain qu'il sera légitime ? N'est-il pas également certain que ce ménage a duré jusqu'au jugement ? Quel motif dès lors pourrait-il y avoir d'appliquer par analogie l'art. 1445, puisqu'il n'y a aucune similitude dans les situations ?

TROISIÈME HYPOTHÈSE. — *Le mariage est annulé, et un seul des époux était de bonne foi.*

C'est là, il faut bien en convenir, l'hypothèse la plus pratique. Il sera fort rare que les deux époux soient de mauvaise foi, fort rare aussi qu'ils soient l'un et l'autre de bonne foi. Il arrivera au contraire, le plus souvent, que l'un des deux aura trompé l'autre ; ce sera, par

exemple, dans le cas de bigamie qui fournit chaque année quelques accusés à la Cour d'assises.

Lorsqu'il en sera ainsi, le mariage, aux termes de l'art. 202, ne produira les effets civils qu'en faveur de l'époux de bonne foi et des enfants issus du mariage. Ainsi, l'époux de bonne foi pourra prétendre que le contrat de mariage est dissous suivant les règles ordinaires. Mais comme l'art. 202 a été édicté en sa faveur, il lui sera loisible de l'invoquer ou d'y renoncer. En ce dernier cas, nous rentrerions dans la première hypothèse et on liquiderait suivant les règles des sociétés de fait *ex aequo et bono*. Mais il est évident que l'époux de bonne foi devra prendre l'un ou l'autre de ces partis et ne pourra pas diviser son option. C'est ce que la justice indique et ce qu'on peut admettre par analogie des art. 1184 et 1191.

On s'est demandé si la femme de mauvaise foi pourrait renoncer à la communauté, au cas où le mari de bonne foi aurait opté pour le contrat de mariage ou pour la communauté légale, à défaut de contrat; et on résolu la question affirmativement, parce que, dit-on, le droit de renoncer de la femme résulte moins dans l'esprit de la loi du contrat de mariage lui-même, que du pouvoir exorbitant du mari sur les biens de la communauté.

Quant aux avantages réciproques ou non, que les époux s'étaient assurés par le contrat de mariage, ils seront perdus pour l'époux de mauvaise foi et conservés par l'époux de bonne foi, s'il maintient le contrat de mariage dans le passé. La circonstance de la réciprocité n'est pas de nature à affecter cette solution, car on

ne peut pas dire que des donations réciproques soient la condition l'une de l'autre, puisque, s'il en était ainsi, ce ne serait plus des libéralités. Au reste, la question est tranchée par analogie de ce cas avec le divorce, articles 299 et 300. Mais si l'époux de mauvaise foi perd les avantages qui lui avaient été faits par son conjoint, doit-il également perdre ceux qu'il tenait de tiers, par application de l'article 1088 qui porte : « Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas. » La question doit être résolue par une distinction. S'il n'y a pas d'enfants, la déchéance est évidente, car il n'y a pas eu mariage pour l'époux de mauvaise foi. S'il y a des enfants, il faut maintenir toutes les donations, celles de biens à venir et autres soumises pour leur perfection à la condition du décès du donateur, puisqu'elles sont censé faites au profit des enfants à naître du mariage, articles 1082 et 1089; celles même de biens presents, car les enfants ont intérêt à ce que leur auteur les conserve, puisqu'ils ont des espérances de succession, et dès à présent une créance alimentaire qu'ils pourront faire valoir sur ces biens.

Dans le même ordre d'idées, nous croyons qu'on peut aller jusqu'à dire que les donations faites par l'époux de mauvaise foi auront été révoquées par la survenance des enfants nés du mariage. Nous ne proposons, cependant, cette solution, qu'avec une certaine timidité, parce que l'époux de mauvaise foi n'a pas d'enfants légitimes, comme le veut l'article 960, et que la révocation a été directement introduite en faveur du donateur, comme le prouve l'article 964, qui maintient la révocation malgré

la mort de l'enfant. Mais on peut dire , d'autre part, que cette révocation profite indirectement aux enfants, ne fût-ce que pour leur créance alimentaire. Ils sont, du reste, légitimes enfants de leur père et doivent, à ce titre, jouir de toutes les prérogatives de ces sortes d'enfants, notamment de celle de faire évanouir les donations imprudentes faites par leur auteur avant leur naissance.

Tout ce qui est dit ci-dessus s'applique, quel que soit le régime. Ainsi, sous la communauté, choix de l'époux de bonne foi de la maintenir jusqu'au jugement de nullité ou de liquider , suivant les règles de la société de fait, sous le régime exclusif de communauté, choix de la femme de bonne foi de reprendre ses biens en exécutant le contrat de mariage , ou de le tenir pour inexistant et d'appliquer les règles de la société de fait; si c'est le mari qui est de bonne foi, il n'y a pas à prévoir qu'il voudra tenir pour non avenu le contrat de mariage, puisqu'il lui assurait la totalité des revenus de sa femme ; sous le régime de séparation de biens, choix pour la femme de bonne foi de maintenir dans le passé le contrat de mariage et de garder ses propres économies et les avantages qu'elle avait pu stipuler à son profit ou de demander la nullité de ce contrat , de renoncer dès lors à ces avantages et de liquider avec son mari , en mêlant leurs revenus et leurs économies , suivant les règles de la société de fait; si c'est le mari qui est de bonne foi, c'est lui qui jouira de la même option avec les mêmes conséquences ; enfin, sous le régime dotal, si la femme est de bonne foi , elle pourra reprendre sa dot selon les règles ordinaires , exécuter ainsi le contrat de

mariage dans le passé, en conservant pour l'avenir les libéralités qu'il lui assure de la part de son mari, ou bien tenir le contrat de mariage comme n'ayant jamais existé, renoncer alors à ses libéralités et partager avec son ancien mari, la société de fait qui aura existé entre eux depuis le mariage, société dans laquelle seront entrés même les revenus de ses biens paraphernaux. Si le mari a été de bonne foi et non la femme, il peut rendre la dot en exécutant le contrat de mariage ou bien admettre la même société de fait.

Il nous reste à examinuer une hypothèse qui s'est présentée dans la pratique.

Un homme s'est mariée deux fois en trompant sa seconde femme et chaque fois sous le régime de communauté, le second mariage est annulé pour cause de bigamie. Comment doit-on s'y prendre pour liquider les deux communautés qui ont été ainsi successivement formées?

Les droits de la première femme doivent être ce qu'ils seraient si le second mariage n'avait pas eu lieu (nous supposons les deux communautés dissoutes, par exemple par la mort du bigame). En conséquence, elles doit prendre la moitié de tout le fond commun, sous déduction bien entendu des apports de la seconde femme et d'une part proportionnelle à ces apports dans les bénéfices faits par la seconde communauté.

Quant à la seconde femme, si elle est de mauvaise foi, son droit se restreint à cette mise et à ses bénéfices proportionnels ; mais nous la supposons de bonne foi et elle doit avoir une option. Si elle se prononce contre le contrat de mariage, elle exerce les mêmes reprises que

si elle était de mauvaise foi. Si elle se prononce pour le contrat de mariage, elle aura droit à la moitié de la communauté telle qu'elle existera au jour de la dissolution de son propre mariage. Mais faudra-t-il déduire de cette communauté le montant des droits de la première femme au jour du second mariage, et de plus, une part proportionnelle à ces droits dans les bénéfices réalisés par la seconde communauté ? Ici, les auteurs ne sont plus d'accord. Marcadé pense qu'il n'y a rien à déduire, sans doute parce que le mari a eu le tort non-seulement de se remarier avant la mort de la première femme, mais encore de se présenter nécessairement comme plein propriétaire de toute la première communauté, car il n'aurait pu révéler les droits de la première femme, qu'en révélant le mariage lui-même. MM. Aubry et Rau sont d'un avis contraire. Pour eux, les droits de la première femme sur le fonds commun constituent toujours un passif dont le mari était tenu au moment où il entrait dans la seconde communauté et duquel il faut dès lors nécessairement tenir compte. Cet argument ne nous paraît pas décisif, car on peut, sans forcer les choses, établir une analogie entre l'homme qui cache ainsi une première communauté et se présente comme seul propriétaire de biens dont il n'a que la moitié, et l'un des futurs époux qui, dans le contrat de mariage, se serait mensongèrement déclaré franc et quitte de toutes dettes antérieures (art. 1513). Or, le conjoint de celui-ci aurait droit à une indemnité à raison des dettes cachées, soit sur la part de communauté de l'époux débiteur, soit sur ses biens personnels de cet époux, soit enfin sur ceux

des descendants qui auraient déclaré l'époux franc et quitte. En appliquant à notre espèce la disposition de cet article, et elles nous paraissent devoir être appliquées par argument à *fortiori*, puisque la dissimulation ou le mensonge sont plus graves, nous arrivons plus tôt à la solution donnée par Marcadé (4).

Nous avons supposé la mort du bigame outre l'annulation du second mariage après cette mort. Si l'annulation a lieu avant la mort, les droits de la seconde femme seront liquidés comme nous venons de le dire, sauf qu'en ce cas nous serions moins affirmatifs relativement à la non-déduction des droits de la première, au jour du second mariage, à cause de l'intérêt qu'elle a à ce que son mari ne soit pas appauvri.

Quant à la première femme, nous n'avons pas à nous en occuper en ce cas, puisque la communauté subsiste entre elle et celui qui n'a jamais cessé d'être son mari.

(4) Marcadé, t. I, p. 523. — Aubry et Rau, t. IV, p. 49, § 460, texte et note 23. Une troisième manière de liquider est présentée et réfutée en cette note.

et au plus tôt que la visière, toutes les implications de l'obligation contractuelle dans le litige, et au plus tôt que la partie en cause ait été déclarée vaincue, et au plus tôt que la partie vaincue ait été déclarée vaincue.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

- I. L'obligation naturelle est prescriptive.
- II. En cas d'absence du mari, le seul consentement suffit-il pour la validité du mariage ?
- III. Le sénatus-consulte d'Antonin Caracalla sur les donations entre époux, s'appliquait aux donations faites *obligando*, et on peut concilier les textes divergents à cet égard.
- IV. Au temps classique le possesseur de bonne foi ne devait pas rendre les fruits non consommés au moment de la *litis contestatio*.
- V. La *litis contestatio* éteignait le droit déduit *in judicio*, mais il n'y avait pas à proprement parler *novatio*.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

- I. La saisine était collective.
- II. L'institution contractuelle a son origine dans les lois barbares.

DROIT FRANÇAIS.

I. Le divorce a été légitimement aboli par la loi du 8 mai 1816.

II. La séparation de biens accessoire de la séparation de corps ne remonte pas, à l'égard des tiers, au jour de la demande.

III. Il y a antinomie, dans certaines hypothèses, entre l'art. 1560 et l'art. 1561 du Code civil.

IV. En cas de deux communautés successives qu'un bigame aurait contractées, la seconde femme, de bonne foi, n'a pas à subir la déduction des droits de la première si les deux communautés sont dissoutes par la mort du bigame.

V. La vente de la chose d'autrui est seulement annulable.

VI. L'art. 2102, no 4, accorde au vendeur, sous le nom de revendication, le droit de reprendre l'objet vendu ; c'est la revendication du droit de rétention.

VII. Les enfants nés d'un oncle et d'une nièce, autorisés plus tard à se marier, pourront être légitimés par le mariage subséquent.

VIII. L'art. 587 doit être entendu en ce sens que l'usufruitier devra rendre l'estimation des choses sujettes au quasi-usufruit si cette estimation a eu lieu au commencement du mariage.

DROIT CRIMINEL.

- I. L'interdiction légale ne s'applique pas aux condamnés par contumace.
- II. L'action civile et l'action publique se prescrivent par le même laps de temps.
- III. La fille acquittée pour infanticide peut être reprise au correctionnel pour homicide par imprudence.

PROCÉDURE CIVILE.

- I. Les Français ont seuls le droit d'exiger la caution *judicatum solvi* des étrangers demandeurs.
- II. Le préliminaire de conciliation n'est pas d'ordre public.
- III. L'art. 174 du Code de procédure et l'art. 800 du Code civil ne dérogent pas aux principes généraux sur l'autorité de la chose jugée.

DROIT COMMERCIAL.

- I. Une femme mariée peut être autorisée par justice à faire le commerce lorsque le mari est absent ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté.
- II. Le privilège du vendeur ne peut plus être inscrit après le jugement déclaratif de faillite, mais l'action résolatoire est conservée.
- III. La déclaration de faillite d'une société en nom collectif entraîne la faillite personnelle de tous les

DROIT ADMINISTRATIF.

I. La question de savoir à qui appartient le lit des petites rivières, devrait pouvoir être résolue par une distinction tirée de leur importance respective.

II. L'article 466 du Code de procédure est applicable aux demandeurs étrangers qui plaident devant les juridictions administratives.

III. Le conflit d'attributions ne peut être élevé ni devant les tribunaux de commerce ni devant les justices de paix.

Vu par le Président de la thèse,

MASSOL.

Vu par le Doyen de la Faculté,

DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer,

Pour le recteur :

VIDÁL-LABLACHE.

« Les visa exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (Statuts du 9 avril 1825, article 41), mais non pas des opinions purement juridiques, dont la responsabilité est laissée aux candidats.

» Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront adressées sur les autres matières de l'enseignement. »

LIBRARY OF THE UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARIES

L'interdiction d'entrer dans le pays par les autorités administratives apparaît dans le code de l'assassinat et de l'assassinat à l'égard des étrangers étrangers qui sont admis au pays pour une période déterminée et qui doivent quitter le pays au terme de cette période. Il existe également une loi qui interdit aux étrangers étrangers de rester dans le pays plus longtemps que la période déterminée.

Cette loi a été créée spécialement pour empêcher les étrangers étrangers de rester dans le pays plus longtemps que la période déterminée.

La loi a été créée pour empêcher les étrangers étrangers de rester dans le pays plus longtemps que la période déterminée.

La loi a été créée pour empêcher les étrangers étrangers de rester dans le pays plus longtemps que la période déterminée.

La loi a été créée pour empêcher les étrangers étrangers de rester dans le pays plus longtemps que la période déterminée.

TABLE DES MATIÈRES.

De la dissolution du Mariage.

CHAPITRE I. — de la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux	2
CHAPITRE II. — De la dissolution du mariage encourue par la servitude <i>jure civili</i>	6
CHAPITRE III. — De la dissolution du mariage par la servitude encourue <i>jure gentium</i> ou la captivité.	8
CHAPITRE IV. — De la dissolution du mariage par la <i>media capitis diminutio</i>	14
CHAPITRE V. — Du divorce.	43

PREMIÈRE PARTIE.

Du Divorce avant les Empereurs chrétiens.

§ 1. De la forme dans le divorce	49
§ 2. Du consentement dans le divorce	24
§ 3. Des effets du divorce	44
§ 4. De la punition du divorce.	49

DEUXIÈME PARTIE.

Du Divorce sous les Empereurs chrétiens 63

De la dissolution du Mariage dans notre ancienne jurisprudence et dans le Droit actuel.

§ 4. De la mort de l'un des époux	76
§ 2. Mort civile	78
§ 3. Du divorce	84
§ 4. De quelques autres modes de dissolution sur lesquels on discutait dans notre ancienne jurisprudence	98

DROIT FRANÇAIS.

De la dissolution du contrat de mariage 102

CHAPITRE I. — Dissolution du contrat de mariage par la mort de l'un des époux. 106

CHAPITRE II. — Dissolution du contrat de mariage par la séparation de biens. 112

CHAPITRE III. — Dissolution du contrat de mariage par la séparation de corps. 127

CHAPITRE IV. — De l'effet de l'absence sur le contrat de mariage 134

§ 4. De la présomption d'absence	135
§ 2. De la déclaration d'absence et de l'envoi en possession définitif	136

CHAPITRE V. — De l'effet produit par la nullité du mariage sur le contrat de mariage. 153

1^{re} Hypothèse. — Le mariage est annulé et les deux époux étaient de mauvaise foi 154

2^{me} Hypothèse. — Le mariage est annulé et les deux époux sont de bonne foi. 156

3^{re} Hypothèse. — Le mariage est annulé et l'un des époux seul est de bonne foi. 157