FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

LES CÉRÉMONIES DU MARIAGE

ET

LE DIVORCE

EN DROIT ROMAIN

LA SÉPARATION DE CORPS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Toulouse

PAR

M. Jean-F. SIMIONESCU

Né à Dègu (1848) Roumanie

TOULOUSE

IMPRIMERIE J.-M. PINEL, PLACE LAFAYETTE.

—

1876

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

MM. DUFOUR ✲, Doyen, professeur de Droit Commercial.
MOLINIER ✲, professeur de Droit Criminel.
BRESSOLLES ✲, professeur de Code Civil.
MASSOL ✲, professeur de Droit Romain.
GINOULHIAC, professeur de Droit Français, étudié dans ses origines féodales et coutumières
HUC ✲, professeur de Code Civil.
HUMBERT, professeur de Droit Romain, en congé
POUBELLE, professeur de Code Civil
ROZY, professeur de Droit Administratif.
BONFILS, professeur de Procédure Civile.
ARNAULT, professeur d'Économie politique.
DELOUME, agrégé, chargé du cours de Droit des gens.
LAURENS, agrégé, chargé d'un cours de Droit Romain.
PAGET, agrégé.
CAMPISTRON, agrégé, délégué à la Faculté de Douai.

M. MOUSSU, Secrétaire, Agent comptable.

Président de la Thèse : M. HUC.

Suffragants : MM. Dufour. Molinier. Poubelle. Rozy. Deloume.

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

A mon vénérable et
savant maître M^r. Bres
hommage affectueux et re
naissance. — 1870. juble

Jean I. Simone

A LA MÉMOIRE

DE MON PÈRE ET DE MA MÈRE

AU PEUPLE ROUMAIN

DROIT ROMAIN.

DU DIVORCE

INTRODUCTION GÉNÉRALE.

L'étude de la société romaine a donné beaucoup de peine aux savants de tous les siècles.

Les historiens, les philosophes, les jurisconsultes et les publicistes, tous sans exception ont examiné cette matière avec une ardeur passionnée.

Ni le temps reculé, ni l'obscurité du passé n'ont pu les arrêter dans leurs recherches infatigables. Par leur génie investigateur ils ont détruit les ténèbres de l'antiquité, et ont mis en lumière l'inconnu.

Cujas, Vico, Micali, Montesquieu, Nieburh, Savigny, etc., etc., ont vieilli dans l'étude minutieuse des institutions romaines et de la composition artificielle, de la société et de la famille.

Le fondement de toutes les institutions romaines c'est la force. Par la force ils ont conquis leur territoire, leur patrie (1), leurs premières femmes. (2)

La famille romaine, même dans l'ordre privé, n'est pas une famille basée sur le lien naturel du sang, de la naissance, comme chez les autres peuples, mais bien sur un lien civil, sur la puissance du *pater familias*. C'est une création du droit civil, du droit de la cité.

C'est à ce lien civil seul que sont attachés les avantages et les droits de famille; est-on dans la même famille sous la même puissance, on a tous les avantages, peu importe qu'on soit né dans une famille étrangère. A l'inverse est-on sorti de la puissance, soit par émancipation — adrogation — adoption, on a perdu tous les droits, dans sa famille naturelle, on est devenu un *extraneus*.

Il en est de même, en cas de mariage : la femme, épouse pour le mari, mère pour les enfants, n'est pas comprise dans la famille par le seul fait du mariage, elle y donne les enfants, comme le dit M. Ortolan, elle n'est pas de leur famille, elle reste dans la famille de son père, sous la puissance duquel elle se trouve. Mais si elle est entrée *in manum mariti*, elle acquiert dans la famille de celui-ci tous les droits d'*agnation* qu'elle perd dans celle de son père naturel, parce qu'elle

---

(1) Dion. Lib. III. 1; IV. 13; Cic. de Repl. II. 14. 18; Tit. Liv. I. 15. 33; II. 31. Dion. II. 50. 53.

(2) Plutarque *in Romulo*. I. 16; Tit. Liv. I. 9.

est sortie de la puissance de son père, et est tombée dans celle de son mari, par l'effet de la *manus* (1).

La famille romaine reposant ainsi sur la puissance, sur la force du *pater familias*, établie par le droit civil, absorba en soi les individus et les biens, c'est un tout *indivisible*, ayant son chef, son représentant, le *pater familias*, *sui juris*, seul capable de droits et d'obligations, tous les autres sont ses sujets, ses instrumens (2) sur lesquels, à l'origine, il avait un pouvoir despotique, un pouvoir de vie et de mort, *vitæ necisque* (3). Ce sont les *alieni juris*. Chaque famille ainsi composée forme, au milieu de la grande société de l'Etat, une petite société particulière, chacune avec son chef.

A la mort du *pater familias*, du chef, la grande famille se décomposait en plusieurs petites familles : chaque enfant en devenant *sui juris*, formait une famille à part, dont il devenait le chef; la femme ne pouvait jamais avoir la puissance paternelle, bien qu'elle eût une famille à elle, quand elle était *sui juris*; car cette famille commençait et finissait avec elle, comme le dit Ulpien : *mulier autem familiæ suæ caput et finis est.* (4) Si en

---

(1) Gaius I, § 108. seq.

(2) Cujas. Com. in Inst. J.; Inst. Just. II. 19. III. 28. Gaius II. § 86. s; III. § 163. s.

(3) Cujas, Com. in Libr. VIII. Cod. Titul. 47. L. 10. pag. 1336. s; Gaius I. § 132. IV. § 75 et 79; Cic. pro Domo.; L. 1, § 1. Dig. Lib. I. Tit. 6. L. 11. Dig. (28-2).

(4) L. 195. § 5. Dig. De V. Sig. (50. 16). — Le mot *mulier*, pris dans son sens générique, signifie le sexe féminin tout entier,

effet, elle se marie, ses enfants sont dans la famille et sous la puissance du mari, et non pas sous la sienne, parce qu'elle n'en a pas : *Feminarum liberos in familia earum non esse palam est; quia qui nascuntur, patris non matris familiam sequuntur.* (1) Les enfants issus du mariage légitime sont l'incarnation du père, si j'ose m'exprimer en ces termes, ils prennent son nom, sa position sociale, ils sont *sui heredes.* C'est le père seul qui a le *jus adgnationis.* C'est ce que dit D. Gothofredus dans ses Annotations sur la loi 194. De Verb. Sign. : *Feminæ*, dit le grand jurisconsulte, *familiæ alicujus duces esse non possunt. Nam qui ex ea nascuntur justi liberi, patris, non ejus familiam sequuntur : familiæque; paternæ nomen ferunt, non maternæ : hoc ideo quod in feminam nullum jus adgnationis transeat, et neque suos heredes habeant.* (2)

La famille dont nous parlons, c'est une création arbitraire du législateur romain, à laquelle il a attaché tous les droits de famille. C'est l'agnation (*ad-gnatio*), basée sur la parenté fictive du droit positif, et dont la cause efficiente se trouve dans la puissance paternelle ou maritale du chef.

---

que la femme soit mariée ou non, qu'elle soit vierge ou non : *Mulieris etiam significatione continentur virgines, tametsi usus obtinuit, nuptas, mulieres appellari.* Servius II. Aen; Tertull. de veland. virgin.; L. 25. § 9. Lib. XXXIV. Tit. 2. Dig. L. 81. Dig. de leg. 3°.

(1) L. 96, § 1. Dig. de Verb. Sig; Inst. Just. I. De patria potest, § 3.

(2) Vide. aussi Rævardum in L. 54. Dig. de Reg. Juris.

Le législateur a pu bien régler les rapports entre le chef et ses sujets, entre le *sui juris* et les *alieni juris*. Il a pu former, créer la famille du droit civil, considérant comme nés dans la même famille ceux qui ne le sont pas, et, à l'inverse, ceux qui y sont nés comme ne l'étant pas ; mais il ne peut pas former la famille naturelle basée sur le lien du sang, sur la naissance, il n'a pas ce pouvoir magique. C'est le mariage seul qui donne naissance à cette famille par la procréation.

Chez les Romains, il y avait quatre espèces d'union : le *concubinat* (1), le mariage du droit des gens (2), le *con-*

---

(1) Malgré l'opinion contraire des jurisconsultes, nous croyons que cette union a un certain caractère de moralité, elle n'est pas aussi immorale qu'on l'a prétendu. C'est l'union qui s'appuyait sur *l'amour permanent* et sur les *affections sérieuses* des parties.

Le lien qui resserre et perpétue cette union, ce n'est pas la loi positive comme dans les *justæ nuptiæ*, et dans les mariages de nos jours, mais bien la loi naturelle, l'amour réciproque des parties. Léon le philosophe, en interdisant le concubinat, a donc détruit le véritable mariage du droit naturel.

Pour dissoudre l'union du concubinat, il suffisait de la simple volonté des parties, ou de l'une d'elles, il n'est pas nécessaire de recourir aux formalités du divorce.

(2) C'est le *non legitimum matrimonium*, qui se forme entre ceux qui n'ont pas le *connubium* ensemble, comme entre Romains et Pérégrins — ou entre Pérégrins seulement (Gaius I, § 29 ; 66 à 78, 92). La femme conserve son domicile antérieur (L. 37, § 2, ad Municip. ; et L. 1, eod. tit.

Pour rompre cette union du vivant des époux, il faut recourir aux formalités du divorce.

tubernium (1) et le mariage romain proprement dit, les *justæ nuptiæ*.

C'est cette dernière union qui fait l'objet spécial de notre thèse. Nous examinerons brièvement sa formation et plus largement sa dissolution par le divorce.

CHAPITRE I.

Section I.

Formation du mariage romain, justæ nuptiæ.

Pour qu'il y ait mariage romain *justæ nuptiæ*, il faut l'accomplissement de trois conditions, savoir : *puberté, consentement* et *connubium*.

I. — *Puberté* (pubertas). Ce mot désigne chez l'homme l'aptitude à engendrer, chez la femme l'aptitude à con-

---

(1) C'est l'union entre les esclaves, ou de deux personnes dont l'une est esclave. Elle ne produit aucun effet juridique, c'est une pure union de fait. Constantin établit la peine de mort contre les femmes qui vivaient *en contubernium* avec leurs propres esclaves, et contre les esclaves eux-mêmes (L. Unic. C. 9, 11). — L'empereur chrétien s'écarta ainsi des vrais principes de la nouvelle religion, qui dit que toutes les créatures humaines sont égales, quelle que soit leur position sociale. — Les enfants issus de ces trois unions s'appellent *liberi non justi*, ils ont un père certain, à l'exception de ceux qui sont le fruit d'une union passagère qui s'appellent *vulgo concepti ;* ou *spurii* (lato sensu) (Ulp. V, § 7).

cevoir, *viri patiens*, *viri potens* (1). Dans l'ancien droit il n'y avait pas d'âge fixe pour déterminer la puberté (2); l'usage considérait le fils comme pubère du jour où il prenait la toge virile, *toga pura*, qui lui était donnée à l'occasion des *Liberalia* (fêtes de Bacchus) (3); la fille, à douze ans révolus, était considérée comme *nubile*.

Plus tard, Justinien fixa l'âge de la puberté pour les fils à quatorze ans, et pour les filles à douze ans révolus (4).

II. — *Le consentement* (consensus). Pour que le mariage soit valable, il faut que les futurs aient consenti à se prendre l'un pour mari, l'autre pour femme. Cette condition est absolument nécessaire, sans distinction entre les *sui juris* ou *alieni juris*, entre le *filius familias* et la *filia familias* (5).

---

(1) Festus, V° Pubes; Ulp. V, § 2.

(2) Gaius I, § 196; Ulp. Regl. XI, § 28.

(3) Aul-Gell. X, 28; Ovid. Fast. III, v. 771-788; Cic. Epistol. ad Attic. VI, 1, n° 12.

(4) Cujas. Com. in Inst. Just. Cap. X seq.; Expos. Nov. XXII; voir aussi sur la L. 4, Lib. XXIII, tit. 2. Dig; Inst. Just. I, 10 pr. de Nuptiis; et I, 22 pr. Quib. mod. tut. finitur; L. 3. C. Quand. tut. vel. cur. esse desinant.

(5) L. 2; L. 16, § 2 et L. 21 et 22. Dig. De Ritu Nupt. (23, 2). L. 12, C. et 20. De Nuptiis. Inst. Just. I. De Adopt., § 7. — Nov. 115, Cap. 3, § 11. — M. Glasson, du Cons. des époux au mariage, pag. 5, n° 2; Ortolan, II, n° 105. Accarias, I. pag. 147. — Toutefois M. Namur, professeur à la Faculté de Droit de Gand (I, § 53, pag. 83) soutient que le père pouvait contraindre la fille de famille à se marier, tant sous le droit primitif que sous

Le consentement des futurs époux ne suffit point, il faut encore le consentement du chef de famille, sous la puissance duquel se trouvent ceux qui se marient.

Si c'est le fils, il a besoin tant du consentement de son grand-père, qui est le chef de famille, que de celui de son père; si c'est la fille, le consentement du *pater familias*, du chef, qui est le grand-père, s'il vit, suffit : *Nepote uxorem ducente*, dit Paul, *et filius consentire debet*; *neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficit.* (1)

Dans l'ancien droit, le consentement du père pour le fils devait être exprès, tandis que pour la fille il pouvait être même tacite. Cette distinction est fondée sur la règle. *Nemini invito heres suus agnascitur.*

Le consentement de la mère n'est jamais requis dans

Justinien. Il invoque les LL. 2, Dig. De Ritu Nupt. L. 12, Cod. De Nuptiis (V. 4) et L. 20, eod. dans lesquelles, dit-il, il n'est question que du consentement du *filius familias*, et nulle part de celui de la *filia familias*. L'opinion du savant jurisconsulte belge nous paraît contraire à l'esprit des institutions romaines en matière de mariage, où la liberté individuelle et le consentement réciproque des parties était la base fondamentale. Elle est, en outre, contredite par les textes mêmes du droit romain. (L. 2, Dig. Ritu Nupt., L. 14, Cod. De Nuptiis. — L. 16, § 2 Dig. R. N.).

Les Basiliques sont encore plus claires : d'Ιουλιανὸν ὡς ἐπὶ τῶν γάμου, οὕτως καὶ ἐπὶ τῆς μνηστείας οἱ συναπτόμενοι συναινεῖν ὀφείλουσι δεῖ οὖν καὶ τὴν ὑπεζουσίαν συναινεῖν. Ce que Heimbach traduit en ces termes : « Sicut *in nuptiis*, ita et in sponsalibus qui coeunt consentire debent : itaque, etiam *filiam familias* consentire oportet. » (Basilicorum Libri LX, C. G. E. Heimbach. Lipsiæ 1843. — 6 vol. in 4°; — in Libro XXVIII, Tit. 1, n° 9).

(1) L. 16, § 1 Dig. Ritu Nupt.

l'ancien droit, mais sous l'empire on a introduit quelques innovations sur ce point (1).

III. — *Connubium*. (Cum-nubere). Ce mot a une double acception : dans un sens large, il désigne la capacité en général de se marier, c'est la *capacité absolue* (2) ; ainsi un citoyen romain pubère peut en général se marier, contracter le mariage romain *justæ nuptiæ*, avec une citoyenne romaine nubile, mais il ne le pouvait pas avec une plébéienne avant la loi *Canuleia* (309. A. U. C.) car la loi des Douze-Tables le défendait expressément : *Ne connubium Patribus, dit Tite-Live, cum Plebe esset, non Decemviri tulerunt.* De même entre les ingénus et les affranchis, il n'y avait pas de *connubium* avant la loi Papia Poppæa (762. A. U. C.) (3). Le connubium entre les citoyens romains et les pérégrins n'est pas admis, pas même sous Justinien : *justas nuptias*, dit-il, *inter se cives romani contrahunt* (4).

Le *connubium* existe donc d'une manière générale entre les citoyens romains, mais il arrive souvent que ceux qui ont le connubium en principe, d'une manière *absolue*, ne l'ont pas d'une manière *relative* avec telle personne déterminée, c'est l'*incapacité relative*. Le mot

---

(1) L. 20, Cod. De Nuptiis (V, 4), L. 1, C. Th. (III, 7) De Nupt.

(2) Ulp. Regl. V. § 1, seq.

(3) Tit-Liv. 39, 19.

(4) Inst. Just. I, 10, De Nuptiis. — Il en est de même aujourd'hui dans certains pays, où le *connubium* n'est pas admis entre les chrétiens et les juifs, ou ceux qui ne professent pas la religion chrétienne.

connubium est pris par les jurisconsultes romains dans ce sens restreint. Ainsi, un citoyen romain qui a la capacité absolue de contracter le mariage, *justæ nuptiæ*, ne peut cependant épouser certaines personnes à cause de la parenté naturelle ou civile, (1) à cause de considérations civiles (2) ou politiques (3).

Telles sont les trois conditions requises par le droit civil romain pour la formation du mariage *justæ nuptiæ*.

Ce mariage, chez les Romains, se forma *solo consensu : Nuptias non concubitus sed consensus facit* (4), c'est-à-dire par la simple volonté de deux parties, de se prendre l'un pour mari, l'autre pour femme, sans exiger ni formes solennelles, ni l'intervention d'une autorité quelconque (5).

Matrimonium nudo consensu perficitur, dit Cujas, *nam neque verba neque scripturæ proprietatem desiderat, neque dotem, neque concubitum, neque pompam aut deductionem in domum mariti, quæ sunt quidem per consequentias matrimonii propria, sed reliqua, non principalia quæ rem negotiumque perficiant.* (6).

Il n'y a pas chez les Romains d'officier public comme

---

(1) Inst. Just. I, 10, § 1 seq. De Nuptiis; Gaius I, § 58 seq.

(2) L. 12, § 1 et 2, L. 26, 36, 47 et 60, § 5 à 7, Dig. Ritu Nupt.

(3) L. 63 et 65, § 1, Dig. eod. L. 6, Cod. De Jud. (I. 9). L. 38, Dig. Ritu Nupt. L. 44, pr. et § 1 eod. Ulp. V. § 4 et 5.

(4) L. 30, Dig. De Ritu Nupt. (23, 2); L. 15. Dig. De Cond. et Demonst. (35, 1); L. 14, § 1, Dig. De Captiv. (49, 15).

(5) C'est Léon le philosophe qui, le premier, a introduit la cérémonie religieuse (Nov. 89).

(6) Cujas, Paratitl. in L. 5, Tit. 4, Cod. Just.; Paratitl. in

dans nos institutions actuelles ; comment dès-lors peut-on distinguer le mariage, *justæ nuptiæ*, du concubinat ? C'est une question bien discutée entre les jurisconsultes, depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours.

Les uns disent que le mariage *justæ nuptiæ* se distingue du *concubinat* par cela, que dans le *justæ nuptiæ* il y a toujours une dot ; tandis que dans le concubinat, il n'y en a pas (1). Nous croyons que ce système doit être rejeté, car il peut y avoir *justæ nuptiæ* sans dot, et même s'il y en a, ce n'est pas un élément essentiel de ce mariage. C'est une simple conjecture qui n'est confirmée par aucun texte du droit romain. Cujas l'a réfutée déjà dans le texte cité (*Suprà*, p. 14).

D'autres soutiennent que c'est l'intention des parties qui doit être prise en considération pour savoir si elles vivent en mariage *justæ nuptiæ* ou en *concubinat*.

Cela est vrai, mais insuffisant pour nous éclairer ; car sans intention, rien ne se fait, tout acte humain doit avoir sa base dans l'intention.

L'intention peut suffire entre les parties, *inter partes* ; elles seules peuvent connaître quelle est leur volonté :

Lib. L. Digestorum, Lib. XXIII, Tit. 1, Cap. II; Com. in Lib. XXXV. Pauli ad Edictum. ad leg. 2, De Ritu Nupt. — Pothier, Pand. Just. in Lib. XXIII, Tit. 1. De Ritu Nupt. n° 14 seq ; Idem ad Tit. De Donat. inter Virum et Uxor, n° 11. — Donnellus, Com. jur. c.v. L. 13, Cap. 18, n° 2 et Cap. 20 n° 1-4. — Ducaurroy, Inst. Explic. Tom. I, pag. 79 seq. — Namur op. cit. pag. 78-80; Van Wetter, Tom. II, pag. 159.

(1) M. Massol, à son Cours.

si elles vivent dans le mariage *justæ nuptiæ*, ou dans le concubinat. Mais cela ne suffit pas pour les tiers, *erga extraneos*, qui ne peuvent pas pénétrer l'intention cachée des autres.

Il faut donc quelque chose de plus à côté de l'intention, pour la formation du mariage *justæ nuptiæ*, quelques pompes extérieures, quelques formalités qui puissent être vues et connues même par les personnes étrangères au mariage.

Ces pompes, purement facultatives, mais qui interviennent toujours dans le mariage *justæ nuptiæ*, jamais dans le *concubinat*, sont les cérémonies du mariage romain *justæ nuptiæ*, dont nous allons parler.

Section II.

Cérémonies du mariage romain (1).

Ces cérémonies ne sont pas exigées par la loi; elles viennent des mœurs, de la coutume; c'est ainsi que sont nées ces formes gracieuses et symboliques dont la pompe augmentait avec la fortune des époux (2).

---

(1) Barn. Brissonius; A. Hotman. De Veteri Ritu Nuptiarum; Terrasson, Hist. de la Jurispr. rom.; — Antiquitatum Romanarum Libri Decem. Ex variis scriptoribus summa fide singularique diligentia collecti a Joanne Rosino Bartholomæi F. — 1 vol. in-fol. Basileæ (1528); Lib. V. Cap. 37, pag. 226 seq. — Antiquités Romaines, par Alexandre Adam L. L. D., Recteur de la grande École d'Edimbourg, traduit de l'anglais, 2 vol. in-8° Paris 1818; — Tom. II, pag. 291 seq.

(2) Ortolan, Hist. de la Législation rom. tom. I, pag. 81.

Chez les Romains, lorsqu'on voulait contracter un mariage, on examinait tout d'abord la position sociale, le rang des deux parties. Si elles étaient de même rang, il y avait chance pour que le mariage fût célébré, *spes nuptiarum* ou *speratæ nuptiæ*. La jeune fille s'appelait alors *sperata puella* (1). Quand tout était règlé, elle prenait le nom de *pacta puella* (2).

> Si tibi legitimis pactam junctamque tabellis
> Non es amaturus... (Juv. Sat. 6).

Ces premières démarches étaient faites par des intermédiaires qu'on appelait *proxénètes*, *auspices*, *pronubi* (3).

Cela fait, on convenait de la dot qui pouvait être constituée de trois manières, par *dictio*, *promissio* ou *datio* (4) on convenait aussi de la *donatio antenuptias* (5).

Une fois les conventions matrimoniales terminées, on procédait aux fiançailles *sponsalia* (6). Le jeune homme

---

(1) Gronovius ad Gellium. Les Roumains l'appellent « *fèta petita* (petitta puella). »

(2) *Fèta logodita* (logos-data) disent les Roumains.

(3) Cujas, Observ. XI, Cap. 18; Libr. 50, Tit. 14, Dig; L. 18, Dig. de Sponsb.

(4) Ulp. VI, De Dotibus.

(5) Inst. II, 7, § 3; L. 9, C. De Don. An. Nupt. (V. 3); L. 5, 7, 8, 13, 16 et 19, Dig. h. t.

(6) Lib. XXIII, Tit. 1, Dig. De Sponsalibus.

ou son père demandait la jeune fille au père de celle-ci, suivant une formule sacramentellé. D'après Plaute, le *petitor* dit au père de la fille : « *Quid nunc? etiam mihi spondes filiam?* » Le père répond : « *Illis legibus, cum illa dote quam tibi dixi.* » Le *petitor* répétait : « *Spondes ergo?* » Le père répliquait : « *Spondeo* » (1). Le jeune homme s'appelle dès lors *sponsus*, sa fiancée *sponsa* (2). Au moment des *sponsalia* les futurs époux se faisaient des présents (3). Les cadeaux du *sponsus* étaient les *arrhæ* : ils consistaient dans l'anneau nuptial qui était de fer ou d'or suivant la condition des fiancés, dans les clefs de la maison qui indiquaient qu'il confiait à la jeune fille l'administration du ménage (4). La *sponsa* était dite alors *subarrhata*. Elle remettait de son côté au *sponsus* des présents, *largitates*, qui n'étaient pas d'ailleurs d'un usage aussi général que ceux que faisait le jeune homme. C'étaient de simples témoignages d'affection (5).

Après ces préliminaires, les fiancés échangeaient un baiser qui était considéré comme un élément de la cérémonie. Les mots qui signifient baiser sont au nombre de trois ; ici on employait le terme *osculum : Oscula of-*

---

(1) Plaut. in Curcul. act. V. scèn. 2; Rosinus, op. cit.

(2) Brissonius De Ritu Nupt.; L. 3, h. t. Dig.; Aul-Gelle IV, Cap. 4, Noct. Attic.

(3) Terrasson, loc. cit.; Poth. in Lib. 23, Dig. Tit. 1, n° 12.

(4) Festus, v° Clavis.

(5) Poth. loc. cit.; Rosinus, op. cit., p. 228.

ficiorum sunt; *basia pudicorum affectuum, suavia libidinum vel amorum.* (1).

Puis on déterminait le jour du mariage; on avait grand soin de ne pas choisir un jour néfaste ou férié (2), ni un jour du mois de mai (3), non plus qu'un jour des *Parentalia* qui se célébraient en février (4) ou de la fête des *Saliens* qui avait lieu en mars (5). Le temps, réputé

---

(1) Donat sur Térence.

(2) Macrob. I, cap. 15.

(3) C'est le proverbe chez les Romains : qu'on fait de mauvais mariages dans le mois de mai : *Mense malas maio nubere vulgus ait.* Ovid. Fast. II.

(4) Ovide dit à cet égard que ce sont les jours destinés aux sacrifices et au deuil, en honneur des défunts ; et pour cela les mariages ne peuvent être contractés :

Postea præteriti tumulis redduntur honores,
Prodigiisque venit funeribusque modus.
Dum tamen hæc fient, viduæ cessate puellæ,
Expectet puros spinea tæda dies.
Conde tuas, hymenæe, faces; et ab ignibus atris
Aufer: habent alias mæsta sepulcra faces (Lib. II, Fast.)

« Ensuite on rend des honneurs au tombeau du défunt et aux » sacrifices; mais pendant qu'on s'acquitte de ces pieux devoirs, » on s'abstient de célébrer des mariages; la torche d'épines at- » tend des jours plus purs : l'hymen cache ces flambeaux, et » ne les mêle pas aux torches funèbres qui éclairent les tom- » beaux. (Cette fête est conservée encore chez les Roumains; elle s'appelle « *Serbatorile mosilor* » les fêtes des ancêtres.

(5) A l'occasion de ces fêtes, dit Plutarque (v° Numa, n° 17), les prêtres Saliens portent, dans les rues de Rome, en grande

le plus favorable, était celui qui suivait les Ides de juin. Les poètes, et notamment Ovide dans ses Fastes, nous donnent de nombreux renseignements à cet égard (1). Pour éviter tous ces jours, pour éviter aussi les tremblements de terre et les mouvements dans le ciel, on consultait les auspices (2).

---

procession, les douze boucliers sacrés, ils dansent dans les rues une danse armée, qui consiste surtout dans les mouvements et les pas qu'ils font avec beaucoup de grâce, dans les tours et retours rapides et cadencés qu'ils exécutent avec autant de force que d'agilité. Pendant la danse, les Saliens chantent et crient quelques mots.

Depuis Numa jusqu'à nos jours, cette danse s'est conservée chez les colons de Trajan. C'est la danse nationale des Roumains, qui consiste en douze figures. En Transilvanie, elle s'appelle « *Romanul* », en Roumanie « *Calusierul.* »

(1) Hanc ego quum vellem genero dare, tempora tædis
Apta requirebam, quæque cavenda forent :
Tunc mihi post sacras monstratur Junius Idus
Utilis et nuptis, utilis esse viris. (Fast. VI.)

« Voulant la marier, j'examinai quels étaient les jours favo-
» rables ou sinistres pour cette cérémonie : alors on m'indiqua
» ceux qui suivent les Ides de juin, comme propres aux
» nouveaux mariés. »

(2) Cui pater intactam dederat, primisque jugarat
Omnibus... id est, auguriis,

Servius commentant ces vers de Virgile, ajoute :

Les cérémonies des noces duraient trois jours.

Le premier jour, le futur rendait visite à sa fiancée ; le lendemain soir il passait la nuit chez son beau-père, mais dans une autre chambre que celle de sa fiancée. Le troisième jour on se rendait au temple où l'on faisait un sacrifice en présence de dix témoins représentant les dix curies ; ce sacrifice se faisait avec des paroles solennelles (1). Le prêtre avait un gâteau de farine (*farreus*) qu'il rompait et dont il répandait les morceaux sur les futurs (2). De là vient le nom de *confarreatio* forme de mariage que certains auteurs croient, à tort selon nous, réservée aux patriciens. Il ne faut pas conclure du fait que les plébéiens n'avaient pas le droit d'arriver aux fonctions de *flamines Diales*, qu'ils ne pouvaient pas accomplir ces cérémonies qui se sont per-

---

Secundum Romanos locutus est, qui nihil nisi captatis
Faciebant auguriis præcipue nuptias (Vide Val. Max. II, cap. 1.)

Il en est de même chez leurs descendants de Roumanie, ils ne font rien sans invoquer avant la protection divine. (Barnutiu, op. cit., p. 92).

(1) Ulp. ffr. Tit. 9; Gibbon, Hist. de la Décad. Rom., tome II.

(2) Servius in Lib. 1. Georg. et in Pitheo ad Pariatorem, Tit. 16, n° 2.

Chez les Roumains, on répand du blé au lieu de gâteau, non-seulement sur les futurs époux, mais encore sur tout le monde qui se trouve dans l'église. A Jassy, au lieu de blé, on répand des bonbons.

pétuées dans les mœurs sans distinction de classe (1).

Après cela, la nouvelle épouse ne paraissait plus en public que couverte d'un voile, *flammeum*.

Non timidum nuptæ leviter tectura pudorem,
Lutea demissos velarunt flammea vultus. (Lucain) (2).

Ses cheveux, nous dit Tertullien, étaient arrangés avec art, parfumés, couronnés de fleurs, entremêlés de pierres précieuses; on y mettait aussi un fer de pique (*hasta*).

Nec tibi, quæ cupidæ matura videbere matri,
Comat virgineas hasta recurva comas.

La nouvelle épouse était vêtue d'une tunique sans couture, travaillée de ses mains, attachée avec une ceinture de laine (*cingulum*) dont le nœud s'appelait *herculeanus nodus*.

(1) C'est aussi le sentiment du Ravardus qui soutient que Boethius dans ses Topic. par la phrase : *confarreationem solis pontificibus convenisse*, entend que la cérémonie de confarréation peut être accomplie par le ministère des pontifes, et nullement que la *conferreatio* soit exclusive pour eux ou pour les patriciens, elle est commune à tous les citoyens, tant aux patriciens qu'aux plébéiens. Pothier est aussi de cet avis, mais il fait une distinction. (In Lib. 1. Dig. Tit. 2, n° 10.)

(2) « Un voile de couleur jaune ne cachait point la timide » pudeur et les yeux baissés de la nouvelle mariée. » Lucain de Bello phars. II; Festus, V° Flammeo; Plut. IV, cap. 2.

On revenait du temple à la maison de la fiancée; puis, après midi, tout le cortège se mettait en mouvement pour la conduire chez son mari (1). D'après Plutarque (Vie de Romulus), un des parents allait en avant en criant *Thalassio!* mot que Romulus aurait prononcé comme signal de l'enlèvement des Sabines (2). Des jeunes filles chantaient des épithalames ; on jouait aussi de quelques instruments de bois (3). Un parent avait

(1) Catulle dit à cet effet :

Vesper adest ; juvenes consurgite.
Jam veniet virgo ; jam dicetur hymenæus.

(2) Caput 17, Lib. I. — Le souvenir de cet enlèvement s'est conservé chez les Roumains, et spécialement en Transylvanie. L'usage a perpétué de génération en génération la forme d'un enlèvement feint. Ainsi quand le futur s'en va pour reprendre la future, il trouve la porte ouverte, mais une corde entourée de paille empêche l'entrée. Une lutte fictive commence entre les amis du mari et les amis et parents de la future. Ces derniers d'habitude sont vaincus et le mari entre par la force.

En retournant vers la maison du mari, la femme est portée sur une charrue que traînent quatre, six ou huit bœufs, tous ornés de fleurs et de banderolles tricolores. De temps en temps la charrue s'arrête, le mari et ses amis qui la suivent frappent légèrement la future pour la faire avancer, signe qu'elle est conduite par la force. Ils ne crient plus aujourd'hui « thalassio, mais « OUIOU! mot qui, probablement, n'est autre chose que le premier corrompu, etc....

(3) Dans Térence, Demeas demandant à Æschinus, pourquoi il ne fait pas entrer sa femme dans la maison, il répond :

Cupio : verum hoc mihi mora est
Tibicina, et hymenæum qui cantent.

un bouquet d'épines blanches, d'autres des flambeaux de cire. A côté de la mariée, nous dit Plutarque, on portait une quenouille de lin, symbole du travail domestique.

Le cortège ainsi composé arrivait à la maison du mari ornée de branches d'arbres :

Vestibulum ut molli velatum fronde virere.

(Catulle, *Noces de Pélée*.)

Ornatas paulo ante fores, pendentia linquit
Vela domus et adhuc virides in limine ramos.

(Juv. sat. 6, vers. 228).

Avant de laisser entrer la mariée, on lui demandait son nom ; elle répondait : *Caia*. Le mari interrogé de même répliquait *Caius*. D'après Plutarque, le sens de ces formules était celui-ci : « *Ubi tu dominus et pater familias, ego domina et mater familias* (1). » Enfin, les époux criaient ensemble le même nom en signe de leur union.

Varron nous rapporte que dans ces cérémonies les jeunes gens avaient l'habitude de faire des plaisanteries, de réciter des vers satiriques nommés par Festus *prætextatus sermo*. Le mari venait au-devant de l'épouse et lui offrait de l'eau puisée à une source pure par un enfant, et un tison allumé. Il aspergeait sa fiancée de cette eau.

(1) Quæs. rom. 30.

An quod in his vitæ causa est...
His nova fit conjux? (Ovid. Fast.)

Un parent lui disait ; « Participez à l'eau et au feu de votre mari. » La fiancée, d'après Pline, frottait son fiancé avec de l'huile ou de la graisse de loup ou de pourceau pour le préserver du poison. D'où quelques auteurs ont cru que *uxor* venait du verbe *ungere* — elle affectait de ne pas vouloir entrer dans la maison ; le mari et ses amis la prenaient dans leurs bras, sans qu'elle touchât le seuil. (1) C'était, d'après Plutarque, en souvenir de l'enlèvement des Sabines (2) ; d'après Varron la nouvelle épouse aurait commis un sacrilège en touchant le seuil consacré à la déesse *Vesta* : Lucain dit même que, pour éviter d'entrer par la porte, on faisait un trou dans le mur. Cela est confirmé par Térence In Adelph. act. V, scèn. 7, (3).

Une fois la mariée entrée, il y avait de nouvelles cérémonies. Le premier jour se passait en sacrifices, festins et danses. On immolait une truie, symbole d'union dont on se servait pour les traités de paix, et selon d'autres, signe de fécondité. (4)

---

(1) Transfer omine cum bono
Limen aureolos pedes.

(2) Quæst. rom. I.

(3) Atque hanc in horto maceriam jube dirui
Quantum potest, hac transfer...

(Faites une ouverture du côté du jardin, si cela se peut, et faites-la entrer par cette porte.)

(4) Plutarque, Tit. Liv.

On sacrifiait aussi à Junon, à Vénus, etc.

Le repas pouvait coûter, d'après une loi Licinia, deux cents pièces, *ducentos æris*, au plus. — Aulu-Gelle (1) après nous avoir donné cette indication ajoute : « *lex Julia ad populum pervenit, Cæsare Aug. imper., qua pro festis quidem diebus ducenti finiuntur; kalendis, idibus, nonis, et aliis quibusdam festivis trecenti; nuptiis autem et repotiis H. S. mille.* » Pendant le repas, on chantait *Thalassio*! et on entendait des joueurs de flûte. On jetait des noix aux enfants (2). Dans une chambre voisine les amies de la mariée chantaient des chansons licencieuses, *fescennini versus*. (3) Dans la chambre du mari, où était le *lectus genialis*, parsemé de fleurs, on invoquait le génie marital, *Sacri genium lecti*. (4) Les époux invoquaient les dieux; la mariée faisait hommage de sa virginité à Priape, (5) puis les *pronubæ* la déshabillaient: le mari lui séparait les cheveux avec une aiguille et défaisait le nœud de sa ceinture. *Novæ nuptiæ cingulum Herculeano nodo vinctum vir in lecto solvit ominis gratia; ut sic ipse felix sit in suspiciendis liberis, ut fuit Hercules qui LXX liberos reliquit.* (6)

---

(1) II. 24.

(2) Virgil. Eclog. 9.; Plin. XV, 22.

(3) Nec diu taceat procax
Fescennina locutio (Catulle). — Festus, v° Fescennini.

(4) Juvenal, Satyr. VI.

(5) Saint Augustin, *Cité de Dieu* VI, cap. 9; VII. 24, rapporté par Cujas.

(6) Festus in v° *Cingulum*.

Le lendemain nouveau festin (1) ; les amis et les parents des époux leur faisaient des présents. — Telles étaient les cérémonies du mariage romain, cérémonies qui se sont conservées presque intactes chez les colons de Trajan, surtout chez les Roumains de Transylvanie. Ces descendants de l'antique race latine se sont transmis de génération en génération toutes ces coutumes quoi qu'aient fait pour les en empêcher les gouvernements étrangers.

La femme ainsi mariée était *uxor* : ses *nuptiæ* étaient *justæ*. *Nuptiæ sunt*, dit Modestin, *conjunctio maris et feminæ, et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* (2). *Nuptiæ sive matrimonium*, dit Justinien, *est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.* (3) Ces derniers mots ne veulent pas dire que le mariage fût indivisible, mais que la femme prenait la condition du mari, qu'elle devenait *socia rei humanæ atque divinæ domus.* (4)

Il y avait trois moyens pour faire tomber la femme sous la puissance, *manus*, de son mari. Ils se nommaient : 1° *Confarreatio* ; 2° *Coemptio* ; 3° *Usus*.

---

(1) Festus in v° *Repotia*.

(2) L. 1, Dig. De Ritu Nupt.

Cujas donne une définition très-exacte du mariage : *Nuptiæ igitur, sive matrimonium est conventio, quæ sit inter cives, marem et fœminam ad sobolem quamdoque justam procreandam spectans, eo animo, votoque, ut in una domo totam vitam vivant socialiter.* Paratit. in Lib. IV Code Inst.

(3) Inst. I, 9, § 1, De Patria Potest.

(4) Cujas. Accarias.

1° *Confarreatio*. C'est le plus ancien de ces moyens : nous l'avons déjà décrit; il remontait, d'après les auteurs, à Numa, ou même à Romulus. Le recueil de Papirius en parlait (1).

2° *Coemptio*, ou mancipation de la femme au mari qui l'achetait (*coemptionator*). Boèce nous donne la formule suivante : « *Vir ita an sibi mulier materfamilias esse vellet? Illa respondebat, velle. Item mulier interrogabat, an vir sibi paterfamilias esse vellet; ille respondebat velle.*» On suivait les formes habituelles de la mancipation. (2)

3° *Usus*. La femme était usucapée par son mari comme un meuble, d'après la loi des Douze-Tables (Gaius I, § 111). Le texte était sans doute analogue à celui-ci : MULIERIS. QUÆ. ANNUM. MATRIMONII. ERGO. APUD. VIRUM. REMANSIT. NI. TRINOCTIUM. AB. EO. USURPANDI. ERGO. ABESSIT. USUCAPTA. ESTO. Pour cette usucapion il fallait l'autorisation du tuteur si la femme était *sui juris*, du père, si elle était *alieni juris*. Des amis du mari, l'épée nue, feignaient d'arracher la fiancée de la maison paternelle en souvenir de l'enlèvement des Sabines. (3)

Par la *manus*, la femme était *loco filiæ*; mais si le mari abusait de ses droits, la femme pouvait divorcer; le mari pouvait aussi divorcer si sa femme manquait à ses devoirs d'épouse. Chaque époux doit fidélité à l'au-

---

(1) Denys d'Halic. II. Gaius, Com. I, § 112.

(2) Gaius, § 113 et 123.

(3) Festus, in v° *Rapi*; Apuleius, Libr. IV in *Asino aureo*.

tre ; s'il manque à ce devoir, l'époux offensé peut résoudre le contrat violé par son conjoint.

Les causes, les formes et les effets du divorce ont varié à Rome. Nous étudierons cette matière à trois époques diverses : 1° de Romulus à Auguste (1-723. A. U. C.) ; 2° d'Auguste à Constantin (723-1078) ; 3° de Constantin à Justinien (1078-1280).

Première période. Elle est obscure, surtout sous les rois. Les renseignements donnés par le recueil de Papirius sont incomplets. Les auteurs classiques nous serviront de complément.

Deuxième période. Les lois sont abondantes ; nous mentionnerons surtout les lois Julia et Pappia Poppœa.

Troisième période. Les empereurs s'occupent beaucoup de la condition des femmes, du divorce et des questions religieuses. Nous avons sur ces sujets des constitutions sans nombre ; nous n'examinerons que celles relatives au divorce.

PREMIÈRE PÉRIODE (1-723. A. U. C.).

Omne quod ligatur solubile est.

Le mariage est une société qui suppose plus que toute autre l'affection et la confiance. Si cette affection, la confiance, ou même l'amitié, ont fait place au dégoût, à l'aversion, et même quelquefois à la haine entre époux, alors le droit romain intervient pour sanctionner la volonté contraire des conjoints. Il leur accorde la faculté de dissoudre un lien qui est déjà détruit en fait, mais qui existe dans la forme. Car il serait absurde, révoltant,

et contraire à la moralité publique, de forcer à une vie commune deux personnes qui ne la veulent pas, qui se méprisent l'une l'autre ; ce serait la dégradation de l'être humain (1).

Les jurisconsultes romains ont reconnu à l'unanimité la portée juridique et morale de ce grand principe ; ils disent, et Gothofredus le répète après eux : *in matrimonio nemo detinetur invitus* (2), Cujas de son côté dit : *Libera debent esse matrimonia, libera divortia.* Toutes conventions ou stipulations pénales, qui prohiberaient le divorce, sont déclarées nulles et de nul effet, comme contraires à la liberté individuelle et par conséquent aux lois et aux bonnes mœurs : *Libera matrimonia esse antiquitus placuit : ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere ; et stipulationes, quibus pœnæ irrogentur ei qui (quæve) divortium fecisset, ratas non haberi constat.* (L. 2, C. VIII. 39. De Inutilb. Stipulb.)

Matrimonium est contractus, dit Cujas, *Divortium est contractus, nec tamen possunt adstringi pœnali stipulatione, et ideo inutilis est stipulatio, ita concepta inter virum et uxorem, si divortium feceris tot dabis* (3).

D'après Pothier, le divorce est la séparation légitime du mari et de la femme, faite avec l'intention de ne jamais rétablir le mariage : *Divortium est, legitima viri ac mulieris separatio hoc animo facta, ut nunquam redinte-*

(1) La législation française y pourvoit par la séparation de corps.

(2) Adnot. in leg. 2. Cod. *De Inut. Stipul.* (VIII. 39.)

(3) Com. ad Tit. De Verb. Oblig. ad leg. 191

gretur matrimonium (1). Cujas donne à peu près la même définition (Paratitl. Lib. 24, Tit. 1, in 50. Dig.)

Dans les textes du droit romain on trouve encore le mot *repudium*, (2). Quelle peut être la différence entre ces deux termes?

« Il y a cette différence entre le divorce et la répu-
» diation, dit l'auteur de l'Esprit des Lois, que le divorce
» se fait par un consentement mutuel à l'occasion d'une
» incompatibilité mutuelle, au lieu que la répudiation se
» fait par la volonté et pour l'avantage d'une des deux
» parties, indépendamment de la volonté et de l'avan-
» tage de l'autre (3).

La différence que donne Cujas (4) nous paraît plus admissible et plus conforme aux textes du droit romain.

Il dit, en effet, que le divorce ne peut avoir lieu qu'entre les époux, tandis que le *repudium* peut avoir lieu tant entre les époux qu'entre les fiancés. C'est-à-dire le terme de *repudium* est générique, il diffère du *divortium ut genus a specie : repudiari tam uxorem quam sponsam potest*; mais le mot de *divortium* est spécial, *quia fieri dicitur tantum inter maritum et uxorem. Denique uxor quidem divortisse dicitur sed non etiam sponsa.* Telle est l'explication que donne Cujas de la loi 191

(1) Cependant il est incontestable que l'on pouvait après avoir divorcé reprendre en mariage son ancienne épouse. (L. 18, Dig. 23, 2).

(2) Dig. Lib. 24, Tit. 2. *De Divortiis et Repudiis.*

(3) Esp. des Lois, Lib. XVI, chap. 15.

(4) Com. in Lib. XXXV. *Pauli ad edictum, ad leg.* 191; *Paratit. in* Lib. 50, Dig. Lib. 24, Tit. 1, cap. 2.

Verb. Sig. qui est ainsi conçue : *Inter divortium et repudium hoc interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest : non autem recte sponsa divortisse dicitur : quod divortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt, qui discedunt.*

Modestin dit aussi que la répudiation peut avoir lieu entre époux comme entre fiancés : *Divortium inter virum et uxorem fieri dicitur : repudium vero sponsæ remitti videtur, quod et in uxoris personam non absurde cadit.* (L. 101, § I. Dig. Verb. Sig. ; Vide aussi Cujas. Com. in Tit. et 17. C. L. 4.) (1).

Quelques commentateurs veulent donner d'autres différences ; ainsi les uns disent que le *repudium* ne peut avoir lieu que de la part du mari, tandis que le divorce peut avoir lieu tant de la part du mari que de la femme. Cette doctrine est formellement contredite par la loi 8, *Dig. de divort.*, et par la loi 14, § 2. *Qui et a Quib. manumis. Dig.* (40, 9). — D'autres soutiennent que le *divortium* se rapporte au fait de la séparation elle-même, tandis que le *repudium* n'a trait qu'aux formalités suivies pour arriver au divorce, c'est-à-dire à la *procédure* et à l'envoi du *libellus* (2). Nous rejetons cette opinion parce qu'il n'y a pas de texte qu'on puisse invoquer.

Après avoir ainsi vu les différences qui sont si-

---

(1) Les Basiliques donnent encore une autre différence, elles disent que le divorce a lieu seulement entre présents, tandis que le repudium a lieu entre absents : Διλισιον μενεπι τῶν πάρόντων, ρεηόντων δε επι τῶν ἀπόντων.

(2) M. Massol, Conférences pour le doctorat.

gnalées entre le *divortium* et le *repudium*, nous devons observer que ces deux termes sont employés indistinctement l'un pour l'autre, malgré la différence qui existe entre eux.

Plutarque dit que le divorce, chez les Romains, était réglé par le fondateur même de Rome ; mais il détermina limitativement les causes; ainsi il permit au mari de répudier sa femme si elle avait commis un *adultère*, *préparé du poison*, *bu du vin*, ou si elle s'était rendue coupable de *supposition de part*. Plutarque ajoute que si le mari répudie sa femme pour toute autre cause, ses biens seront confisqués : la moitié était pour la femme et l'autre moitié était consacrée à *Cérès*. En outre le mari était voué aux *dieux infernaux*, et jugé digne de mort (1).

Le juge compétent pour examiner les questions en matière de divorce, était le tribunal de famille composé des plus proches parents du mari et de la femme, c'était lui aussi qui appliquait les pénalités ou qui interdisait le divorce si l'innocence était prouvée (2).

Les jurisconsultes discutent la question de savoir si la femme pouvait provoquer le divorce d'après la loi de Romulus. Plutarque soutient la négative ; mais nous croyons que l'affirmative est plus soutenable; car si l'on examine attentivement les institutions des anciens peuples, on trouve partout ce droit accordé à la femme.

---

(1) In Romulo 29; Aulu-Gelle, Nuits Att. L. X, chap. 23.

(2) Montesquieu, Esp. des Lois, Libr. VII, Chap. 10 seq.; Plut. loc. cit.; Denys d'Halic., Lib. II.

« Comme la loi d'Athènes, dit Montesquieu, donnait » à la femme, aussi bien qu'au mari, la faculté de » répudier, et que l'on voit que les femmes obtinrent ce » droit chez les premiers Romains, nonobstant la loi des » Romulus, il est clair que cette institution fut de celle » que les députés de Rome rapportèrent d'Athènes et » qu'elle fut mise dans les lois des Douze-Tables. » (1)

Quant aux modifications introduites par la loi des Douze-Tables, la discussion est encore plus vive entre les jurisconsultes. Le manque de textes explicites sur cette matière a donné naissance à un grand nombre de conjectures.

Pothier (2) pense que la loi des Douze-Tables a permis aux maris de répudier leurs femmes à volonté, il invoque une phrase qui se trouve dans la deuxième Philippique de Cicéron et qui est ainsi conçue : *Frugi factus est. Mimam illam suam res suas sibi habere dixit : ex lege XII. Tabl. Claves ademit, exegit.* « Il s'est fait homme de bien, dit Cicéron, en parlant d'Antoine. Suivant la loi des Douze-Tables, il a signifié à sa *comédienne* de reprendre ses effets. Il lui a ôté les clefs, il l'a mise hors de sa maison » (3).

Nous croyons que le grand jurisconsulte a donné à ce texte un sens trop étendu. Cicéron ne dit pas que le mari puisse répudier sa femme, d'après sa volonté, sans aucune cause, car même dans l'affaire dont il parle,

---

(1) Esp. des Lois, Lib. XVI, chap. 16.

(2) Pandectæ Just. in nov. ord. Dig. Lib. XXIX, Tit. II, n° 3.

(3) Cic. Phill. 2, n° 28 *fine*.

il se réfère à une femme débauchée ; par conséquent il y a cause légitime pour le divorce.

En outre, l'opinion de Pothier est en opposition complète avec la loi de Romulus qui a fixé les causes du divorce seulement à quatre, et a prévu des peines si sévères contre le mari qui répudierait sa femme sans cause.

L'opinion de Montesquieu nous paraît plus conforme à la marche naturelle de la législation romaine en cette matière. Nous admettons donc, avec lui, que la loi des Douze-Tables n'a fait d'autre modification que de multiplier les causes du divorce soit à l'égard du mari, soit à l'égard de la femme, et qu'elle a admis le divorce *bona gratia*, par le consentement réciproque des époux (1).

Quoique le divorce fût admis de tous les temps chez les Romains, il faut reconnaître que dans les premiers siècles, les Romains en usèrent avec une grande modération, même pour les causes admises par la loi, à cause de la pureté de leurs mœurs primitives ; et même, d'après Denys d'Halicarnasse (2), Valère-Maxime (3) et Aulu-Gelle (4), Rome comptait plus de cinq siècles d'existence quand elle vit le premier exemple de divorce, celui de Sp. Carvilius Ruga. Encore ce divorce ne fut-il pas

(1) Espr. des Lois, Lib. XVI, Chap. 16.

(2) Lib. II, traduction latine.

(3) Lib. II, cap. 1.

(4) Lib. VII, cap. 3 ; Vide Gibbon, Histoire de la Décadence romaine, Tom. 11, traduc. française.

spontané, dit M. Accarias, Sp. Carvilius Ruga aimait sa femme, mais elle était *stérile*, et les censeurs lui avaient fait jurer qu'il épouserait une femme capable de lui donner des enfants. Ce fut le premier divorce que nous présentent les auteurs classiques et les commentateurs du droit romain. Mais c'est une erreur reconnue, car il y avait des divorces même dans les premiers siècles. Ainsi, en 470 A. U. C. le préteur Semp. Sophus répudia sa femme pour avoir, à son insu, assisté aux jeux publics. De même, en 447 A. U. C. Lucius Antoninus fut exclu du Sénat par les censeurs pour avoir répudié sa jeune femme sans avoir consulté ses amis.

L'opinion de ceux qui nient l'existence d'aucun autre divorce avant celui de Sp. Carvilius Ruga qui a eu lieu en 520 A. U. C., est donc inadmissible, car les faits prouvent le contraire. Il suffit, du reste, d'observer les différentes préoccupations sur cette matière, pour en conclure que le divorce était en usage mais qu'on n'en usait qu'avec la plus grande modération et la plus grande sévérité même pour les causes reconnues. « Il » suffit de connaître la nature de l'esprit humain, dit » Montesquieu, pour sentir quel prodige ce serait que la » loi donnant, à tout un peuple, un droit pareil, personne » n'en usât. Coriolan, partant pour son exil, conseilla à » sa femme de se marier à un homme plus heureux que » lui. Nous venons de voir que la loi des Douze-Tables et » les mœurs des Romains, étendirent beaucoup la loi » de Romulus. Pourquoi ces extensions, si on n'avait » jamais fait usage de la faculté de répudier ? » (Espr. » des Lois, loc. cit.) »

Si les auteurs classiques citent le divorce de Ruga comme le premier, c'est parce qu'avant lui personne ne répudia sa femme sans cause. La *stérilité* n'était prévue comme une cause de divorce ni par la loi de Romulus, ni par la loi des Douze-Tables. Montesquieu donne d'autres raisons. (Loc. cit.)

Quant à la faculté accordée aux femmes de divorcer, je crois qu'il faut faire une distinction entre celles qui sont *in manum mariti*, et celles qui sont restées sous la *puissance de leur père* ou qui sont *libres*.

Femmes in manum mariti : Nous avons vu plus haut comment une femme tombait *in manum mariti* sous la puissance de son mari, nous n'y reviendrons plus (1). Elle était considérée comme *loco filiæ*, à l'égard de son mari, qui avait sur elle tous les droits qu'il avait sur ses propres enfants. Quand les femmes se trouvaient ainsi sous la puissance de leurs maris, les causes de répudiation étaient limitativement déterminées ; toutefois elles n'étaient pas les mêmes pour les deux époux et la loi était plus sévère pour la femme que pour le mari ; c'est ce qui résulte du passage où Plaute, dans son *Mercator*, rapporte les plaintes de Syra :

> Ecastor lege iniquiore miseræ quam viri,
> Nam si vir scortum duxit, clam uxorem suam;
> Id si rescivit uxor, impune est viro:
> Uxor vero si clam domo egressa est foras,
> Viro fit causa : exigitur matrimonio.
> Utinam lex esset eadem, quam uxori est viro !
>
> Act. IV, scèn. 5, v. 794.

(1) Supra, pag. 15 seq.

« Je le jure ! les femmes vivent sous une loi dure et » bien plus injuste que celle des hommes, car si un » mari a eu des relations clandestines avec une cour- » tisane et que sa femme l'ait su, elle ne pourra pas » s'en plaindre. Mais si une femme est sortie secrète- » ment de la maison de son mari, celui-ci aura un » motif suffisant pour dissoudre son mariage. Pourquoi » la loi n'est-elle pas la même pour l'homme que pour » la femme ? »

Cependant il semble juste et raisonnable que les devoirs des époux, leur fidélité réciproque soient considérés comme obligatoires de la part du mari aussi bien que de la part de la femme ; qu'ils soient respectés également des deux côtés.

Le contrat intervenu entre les deux époux les enchaîne tous les deux avec la même force. Aussi est-il difficile de voir les raisons morales et juridiques qui font soumettre à des peines différentes les infractions aux devoirs conjugaux. Pourquoi ne pas appliquer des deux côtés les mêmes peines pour les mêmes fautes?

Pourquoi accorder au mari tant de pouvoir sur sa femme, pourquoi lui donner même le droit de la tuer, si elle se rend coupable d'adultère, tandis que celle-ci n'a pas seulement la faculté de se plaindre quand son mari est tombé dans la même faute ?

In adulterio uxorem tuam si deprehendisses, sine judicio impune necares ; illa te, si adulterares, digito ne auderet contingere, neque jus esset (Aulu-Gelle).

On a essayé de justifier cette anomalie ; mais les raisons qu'on en donne sont loin de nous paraître ra-

tionnelles et juridiques. Ne pourrait-on pas dire que les lois ont été faites par les hommes, et en leur faveur, qu'ils se sont montrés trop peu sévères pour le mari coupable, en ne permettant pas à la femme outragée de demander la dissolution du mariage ? Il semble cependant que celui-là doit encourir une plus grave responsabilité qui a la force de surmonter ses passions, qui doit apprendre à les diriger et à les maîtriser ; la femme, au contraire, par son caractère, son éducation, est moins prémunie contre des entraînements coupables ; sa faute doit paraître plus excusable, parce qu'elle a moins pu être évitée (Voir dans la thèse de droit français la critique des raisonnements que donne Montesquieu).

La loi ne tarda pas à permettre à la femme mariée de détruire la puissance maritale ; elle fut assimilée *aux femmes libres* et put ainsi plus facilement rompre le lien conjugal.

Pour annuler les effets de la *confarreatio*, on imagina des sacrifices et des cérémonies contraires ; ce fut la *diffarreatio*.

Pour annuler les effets de la *manus*, formée par la *coemptio*, vente *per æs et libram*, on introduisit une nouvelle vente de la femme par son mari, la *remancipatio*.

Enfin la loi des Douze-Tables alla encore plus loin ; elle accorda aux femmes le moyen d'éviter que la *manus* fût acquise sur elles par *usucapion* ; il leur suffisait d'interrompre la possession en s'absentant chaque année trois nuits du domicile conjugal : *Itaque lege XII Tabu-*

larum cautum erat, dit Gaius, *si qua nollet eo modo (usu) in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet.* Par ce moyen la femme peut rester indépendante de la puissance maritale, et elle est assimilée aux femmes libres (Gaius, Com. 1, § 109 seq.)

Femmes libres. — Par cette expression nous entendons les femmes qui sont les égales de leur mari, qui ne sont pas sous sa puissance, qui sont maîtresses d'elles-mêmes, en un mot les femmes *sui juris*.

Elles peuvent d'elles-même rompre leur union avec leur mari, accomplir le divorce. Toutefois si elles sont encore sous la puissance de leur père, elles doivent obtenir son consentement pour pouvoir divorcer.

De plus, l'intervention du père de famille peut être invoquée, si le mari abuse de ses droits et se laisse aller à de mauvais traitements. Nous voyons dans le Mercator de Plaute une femme trompée invoquer l'appui de son père :

> Syra, i, rogato meum patrem meis verbis,
> Ut veniat ad me simul tecum.

L'intervention du père, dans les affaires de son gendre, est de tous points conforme aux principes du droit, car il n'a pas renoncé à la *patria potestas* sur sa fille en la mariant; il continue d'user des pouvoirs que lui confère son titre de père, et sa protection peut être souvent très-utile contre l'autorité et quelquefois les caprices du mari. Ce droit cependant ne tarda pas à engendrer de nombreux abus; il arrivait souvent que le

père voulait dissoudre des unions heureuses, malgré la volonté des époux eux-mêmes. L'intervention du père, loin d'être utile, devenait dangereuse.

Quant à la fille émancipée, le père ne pouvait la forcer de divorcer pour aucune cause. La fille était *sui juris*, maîtresse d'elle-même, elle se conduisait d'après sa libre volonté. Et même les filles non émancipées ne tardèrent pas à protester énergiquement contre leur père qui voulait leur faire quitter, malgré elles, sans juste cause, un mari qu'elles aimaient. Tout ceci est très-nettement expliqué par Cujas : « Ergo invita filia eman-» cipata, dit-il, jubente patre ex nulla causa, nec ex » justa quidem qua movetur, pater repudiat virum : » filia autem familias etiam non faciat divortium cum » marito invita, etiam jubente patre, nisi ex justa causa, » unde elegantissimi versus Ennii :

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

« Et similiter, ajoute le grand jurisconsulte, Affra-» nius in Comædia qua inscribitur Divortium :

O dignum facinus optimas bene convenientes
Concordes cum viro, repente viduas facit stultitia patris.

« Et similiter apud Plautum in Stycho, filia ad patrem :

Aut olim nisi tibi placebat, non datas oportuit
Aut maxime non est æquius abduci pater (1).

(1) Cujas, ad Tit. XVII. Quarti Libri Codicis; et Expos. in Nov. XXII.

La fille pouvait indirectement paralyser la volonté du père en refusant de s'associer à l'action en restitution de la dot : *actio rei uxoriæ.*

De plus le pouvoir du père était sensiblement adouci par le changement des mœurs et par les constitutions impériales; Antonin le Pieux défendit expressément aux pères de dissoudre le mariage de leur fille, comme nous le dit Paul dans ses Sentences : *Bene concordans matrimonium separari a patre Divus Pius prohibuit.* (Lib. V, Tit. 6, § 15). Cette disposition d'Antonin le Pieux a été confirmée par Marc-Aurèle : *Dissentientis patris*, dit Dioclétien, *qui initio consensit matrimonio, cum marito concordante uxore filia familias, ratam non haberi voluntatem D. Marcus, pater noster, religiosissimus imperator; constituit; nisi magna et justa causa interveniente, hoc pater fecerit.* (L. 5. C. (V. 17), *De Repud.*)

Nous verrons un peu plus loin quelles sont ces *justæ causæ* dont nous parle Dioclétien.

A côté des moyens directs de dissoudre le mariage, le père avait encore des moyens indirects. Cela avait lieu lorsque le *pater familias*, adoptait ou adrogeait le conjoint de son enfant en puissance.

Si le père voulait éviter cette dissolution, il devait émanciper son fils ou sa fille avant, pour pouvoir adopter ou adroger sa bru ou son gendre. (L. 67, §. 3, Dig. de R. N. (23, 2).

Nous voyons par ce qui précède que le divorce était libre d'après le droit, mais à cause de la pureté des mœurs, il était peu pratiqué.

Cet état de choses ne dura pas longtemps. Trois

siècles après le divorce de Sp. C. Ruga, les mœurs de la société romaine sont absolument changées, corrompues par l'influence des étrangers et notamment par l'introduction des mœurs de la Grèce.

Aulu-Gelle, à l'époque d'Adrien, cherchant les causes de ce changement dans les mœurs romaines, s'écrie avec douleur : *Græci vitiorum omnium genitores !*

Aulu-Gelle dit en l'an 150, sur les mœurs romaines, ce que nous devrions dire aujourd'hui sur les changements des mœurs roumaines : *Græci vitiorum omnium genitores.* (1)

A la fin de la République, le divorce était à la mode dans les grandes familles romaines, entre les patriciens.

Les exemples sont donnés par ceux mêmes qui devaient être les défenseurs des mœurs et de la société.

Sulpicius Gallus renvoie sa femme parce qu'elle est sortie tête nue. — Hortensius (orateur), Caton, César, Sylla, Antistius-Verus, tous ont usé du divorce, et même le grand orateur et magistrat de la République, Cicéron. (L. VIII, Epist. fam. *de Oratore*).

Je me permets de rapporter ici ce que nous dit Plutarque sur le divorce de Paul-Emile.

« Il avait épousé en premières noces Papiria, dit-» il, fille de Papirius Mnason, personnage consulaire. » Après avoir vécu longtemps avec elle et en avoir eu » des enfants d'un mérite distingué (car elle était mère » du célèbre Scipion et de Fabius Maximus), il la ré-

(1) Barnutiu, Droit public roumain, 1 vol. in-8°; Montesquieu, E. d. L. VII, 13; Sénèque de Bénéfic. III. 46.

» pudia. La cause de ce divorce n'est pas venue jus-
» qu'à nous ; mais dans cette matière, rien, ce me
» semble, n'est plus vrai que le propos d'un Romain qui
» avait répudié sa femme. Ses amis l'en blâmaient :
« Votre femme, lui disaient-ils, n'est-elle pas sage?
» n'est-elle pas belle? ne vous a-t-elle pas donné de
» beaux enfants? » Le Romain étendant le pied et
leur montrant son soulier, leur demanda à son tour :
« Ce soulier n'est-il pas tout neuf? n'est-il pas bien
» fait? Aucun de vous ne sait cependant où il me blesse. »
« En effet, ajoute Plutarque, si des fautes graves et
» connues de tout le public sont la cause ordinaire des
» divorces, souvent aussi des offenses légères mais
» fréquentes, suite de dégoûts secrets, d'incompatibi-
» lité d'humeur, et qui ne sont connues que du mari,
» rendent odieuse la société de certaines femmes, et
» inspirent pour elles une aversion insurmontable.
» (Vie de Paul-Emile, n° V, traduit en français par
» M. Ricard.) »

La liberté était la même d'un côté et de l'autre ; les femmes surtout abusaient souvent de la faculté que leur accorde la loi ; elles ne connaissaient plus l'autorité maritale, excepté celles qui n'étaient pas dotées, comme nous le dit Plaute dans son *Aululaire*.

Nam quæ indotata est, ea in potestate est viri,
Dotatæ mactant et malo et damno viros.

« Il y a tant d'imperfections attachées à la perte de
» la vertu dans les femmes, dit Montesquieu, toute leur
» âme en est si fort dégradée, ce point principal ôté
» en fait tomber tant d'autres, que l'on peut regarder

» dans un Etat populaire l'incontinence publique comme » le dernier des malheurs (Esp. d. L. VII, 8.) »

Juvénal de son côté flagelle l'abus du divorce en ces termes :

Imperat ergo viro : sed mox hæc regna relinquit,
Permutatque domos, et flammea conterit ; inde
Avolat, et spreti repetit vestigia lecti.
Ornatas paulo ante fores, pendentia linquit
Vela domus, et adhuc virides in limine ramos.
Sic crescit numerus, sit fiunt octo mariti
Quinque per autumnos : *titulo res digna sepulcri.*
(*Satyr. VI, v.* 125. seq.)

Le grand philosophe Sénèque dit aussi que quelques femmes ont tellement abusé du divorce, qu'elles comptent les années, non par le nombre des consuls, mais par celui de leurs maris : *Numquid,* dit-il, *jam ulla repudio erubescit, postquam illustres quædam et nobiles fœminæ non consulum numero, sed maritorum annos suos computant, et exeunt matrimonii causa, nubunt repudii.* (*De Beneficiis*, III, 46.)

Il faut dire en passant, que ce que les historiens et les auteurs classiques Romains combattent et critiquent, ce n'est pas l'institution du divorce lui-même, qui est considéré comme légitime et moral, mais l'abus qu'on fait de ce droit.

Des formalités du divorce.

Sous la République, il y avait quelques formalités pour arriver au divorce, introduites par l'usage ; mais bien qu'elles fussent purement facultatives à la fin de la République, elles tombèrent en désuétude.

Ces formalités consistaient dans la conciliation tentée par les conjoints dans le temple de *Junon Viriplaca* qui se trouvait sur le mont *Aventin* (1)

Si leur tentative était infructueuse, alors la femme restituait les clefs de la maison à son mari (Cic. Phil. II, 28.) Saint Ambroise se rapporte à cette formalité, quand il dit dans ses lettres : *Mulier offensa claves remisit, domum revertit* (Epist. 65. Rapp. par Cujas. Exp., Novel XXII).

On rompait le contrat de mariage : *laceratio tabulæ nuptialis* (Juvénal, Sat. IX). Quelquefois l'on envoyait le *libellus repudii* (Juvénal, Sat. VI.)

Mais à la fin de la République, toutes ces formalités sont tombées en désuétude, et nous verrons qu'Auguste l'établira de nouveau et rendra obligatoires quelques-unes d'entre elles.

Des peines du divorce.

Dans l'origine, il y avait le tribunal de famille qui jugeait les contestations élevées entre époux. (Plutarq. in Romulo, cap. 17.)

Le mari qui répudiait sa femme sans cause et sans avoir préalablement consulté ce tribunal, qui était composé des plus proches parents des époux, d'après une loi de Romulus, était dépouillé de tous ses biens, dont moitié était accordée à la femme, moitié consacrée à la déesse Cérès, et lui-même était voué aux dieux infernaux. (Plut. loc. cit.; Denys d'Halicarn. II.)

(1) *Valère-Maxime*, Lib. II. 1, 6. — Gibbon, Hist. de la Déc. Rom. XI.

Si c'était la femme qui donnait lieu au divorce, sans cause, elle perdait sa dot. De plus elle pouvait être tuée par son mari, s'il la trouvait en flagrant délit d'adultère. (Denys d'Halic. loc. cit.)

Plus tard, par le changement des mœurs, le tribunal de famille tomba en désuétude et les préteurs connurent des affaires de divorce (1). Le mari n'est plus soumis aux peines établies par Romulus, elles sont purement pécuniaires, et même à la fin de la République il n'existait plus de peines. La femme surprise en adultère ne peut plus être tuée par son mari; car celui-ci est considéré comme homicide et puni par la loi *Cornelia de Sicariis*. Les pénalités contre les femmes qui divorçaient sans cause sont aussi pécuniaires (Ulp. fr. VI, § 12.) C'est ce que disent Caton, Valère-Maxime (VIII. 23), et Pline (Hist. nat. XXIV, 13.) Outre ces peines pécuniaires, il existait aussi des flétrissures morales infligées par les censeurs (2); mais ceux-ci aussi restèrent sans pouvoir contre l'envahissement de la corruption des mœurs, comme le dit avec raison Montesquieu : « La corruption des mœurs, dit-il, détruisit la censure établie elle-même pour détruire la corruption des mœurs; mais lorsque cette corruption devint générale, la censure n'eut plus de force.» (L. VII, cap. 21).

(1) Mont., Esp. des Lois, VII, sap. 11; L. 11, § 2. Cod. De Repudiis.

(2) Valère-Max. l. cit.; Mont., Esp. des Lois, VII, 10, 11. La trace de la censure est conservée encore chez les Roumains.

DEUXIÈME PÉRIODE.

Le divorce depuis Auguste jusqu'à Constantin.

Section I.

Des formes du divorce.

Les discordes civiles, les triumvirats, les prescriptions affaiblirent plus Rome qu'aucune guerre qu'elle eût encore faite : il restait peu de citoyens et la plupart n'étaient pas mariés ; ceux qui l'étaient pouvaient divorcer d'après leur caprice, car il n'y avait pas de formalité obligatoire à observer à cet effet.

Pour remédier à cette corruption, Auguste proposa plusieurs lois ; par les unes il accorda différents privilèges aux citoyens mariés et ayant des enfants, et frappa de peines sévères ceux qui ne l'étaient pas. Ce sont les différentes lois : *Julia de maritandis ordinibus; Papia Poppæa* ou lois *Julia* et *Papia*, quelquefois, *Novæ leges*, ou simplement *Leges*. Ces lois réunies forment un véritable code systématique sur les mariages.

Par d'autres, comme la loi *Julia de adulteriis*, il régla les pénalités contre l'adultère et les formalités à observer pour les divorces.

A la fin de la République, nous avons vu, que même les formalités facultatives, qui étaient auparavant en usage pour le divorce, tombèrent en désuétude.

Auguste, pour rendre le divorce plus difficile, rendit obligatoires quelques-unes de ces formes, et en introduisit d'autres sans l'accomplisement desquelles le divorce ne peut pas être légitime : *Lex Julia de Adulteriis*, dit Ulpien, *nisi certo modo divortium factum sit pro infecto habetur*. (L. 1. *in fine* Dig. *Unde Vir et Ux*. Montesquieu, XVIII, 21.) Ces formalités, ce *certus modus*, dont parle notre texte, sont que le divorce doit être fait en présence de *sept témoins citoyens romains pubères*, et que le *libellus divortii* doit être communiqué à l'autre conjoint par un affranchi : *Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis, præter libertum ejus qui divortium faciet* (L. 9. Dig. Lib. XXIV, 2. *De Divortiis*.)

L'affranchi n'intervenait pas en qualité de témoin, son rôle était celui de *tabularius*. (Cujas, Observ., Lib. VIII, cap. 26.) Après avoir enregistré le *libellus* dans les registres publics, (Suétone in Caligula, 36) il le notifiait au conjoint répudié, (Juv. Sat. VI.)

Dans le *libellus* on écrivait les termes par lesquels la répudiation se faisait.

Gaius dans son *Edictum provinciale* rapporte deux formules, copiées dans la L. 2, § 1, Dig. *De Div*. qui sont ainsi conçues.

« In repudiis autem, id est, renunciatione, comprobata sunt hæc verba : *Tuas res tibi habeto*, item hæc : *Tuas res tibi agito*. »

Mais il paraît que ce ne sont pas les seuls termes qu'on employait, car nous en trouvons encore d'autres dans les auteurs classiques.

Ainsi Amphitryon donne la formule suivante :

Valeas, tibi habeas res tuas, reddas meas. (1)

Apulée en donne une autre plus courte, dont le fond est le même, qui est ainsi conçue : *Uxor vade foras* (2).

Dans le même sens est conçue encore la formule rapportée par Cujas :

Toro meo divorte, tibique res tuas habeto. (3)

Juvénal, de son côté, ne tarda pas de formuler le *libellus* dans les termes satiriques qui sont le propre de son style :

Collige sarcinulas, dicet libertus, et exi;
Jam gravis es nobis; ut sæpe emungeris! exi;
Ocius et propera; sicco venit altera naso. (Satyr. VI. V. 145 s.)

Nous verrons encore une autre formule de Petronius rapportée par Cujas.

Pour rompre les fiançailles, il y avait aussi des formules particulières « *In sponsalibus quoque discutiendis placuit renunciationem intervenire oportere. In qua re hæc verba probata sunt* : CONDITIONE TUA NON UTOR. » L 2, § 2. Dig. *De Divor.*) (4)

---

(1) Act. III. V, (47). — Gothofredus adnotationes sur la loi 2, § 1, Dig. *De Div.*

(2) Lib. V. De Asin. Plaut. Amphit. act. III. scèn. 2.

(3) Cujas, Paratitla in Lib. L. Dig. Lib. XXIV, Tit. 1; Gothof. loc. cit.

(4) Les Basiliques disent : τῇμνηστεία σου οὐ κεχρημαι, *sponsalibus tuis non utor*, au lieu de *conditione tua non utor*. (Lib. 28, Tom. III, nº 9. (Heimbach).

On se demande si les formules contenues dans le *libellus* étaient ou non sacramentelles.

La question est discutée entre les commentateurs du droit romain. Bien entendu, cette discussion se rapporte aux formules prévues par la L. 2, § 1 et 2; car personne, croyons-nous, ne soutiendra que la formule de Juvénal soit sacramentelle.

La négative est soutenue par M. Marezoll (Traduction de M. Pellat, p. 448. s.); mais nous admettons l'affirmative avec Pothier, Gothofredus et Cujas, qui tous soutiennent que les formules indiquées étaient sacramentelles et solennelles pour la validité du divorce.

Pothier dit en effet sur la loi 2, § 1. Dig. *De Div*: *erant etiam solennia verba.* (1)

Gothofredus, sur la même loi, annote : *Fit ergo his solennibus verbis divortium, quasi actus legitimus,* etc.

Cujas, le père des jurisconsultes, après avoir fait la distinction entre le *repudium* et le *divortium*, ajoute sur ce dernier : « Et est contractus solennis, qui fit adhibita » observatione legitima, (ex L. Julia. L. si non secundum » Dig. de Donat. inter virum et ux). Et ut M. Tullius ait » (*I de Orat.*) fieri certis quibusdam verbis, et solennibus, » et formatis, ut etiam loquuntur nostri auctores id » est, typicis et mysticis, ut in L. 2. Dig. *De Divor.* » veluti res tuas tibi habeto, ad quæ procul respexit. » Ovid. in secund. artis his verbis : »

Lite fugent, nuptæque viros, nuptasque mariti
Inque vicem redeant res sibi semper agi :
Hoc decet uxores, dos est uxoria lites.

(1) Pandectæ Just. Lib. XXIV, Tit. 2, in L. 2, § 1, art. II, n° 4.

« Sic sunt restituendi hi versus. Apud Petronium, » dit encore Cujas, elegans est formula repudii, qua » ejicitur impudica: *Quia fidem scelere violasti, et communem amicitiam, res tuas ocius tolle, et alium locum, quem polluas, quære.* » (1)

Nous croyons plus admissible la doctrine de Cujas, de Pothier, et de Gothofredus; elle se rapporte mieux au formalisme romain; par conséquent nous croyons devoir l'adopter.

De plus l'accomplissement de ces formalités a une grande importance juridique. La date du divorce joue un rôle important en cette matière : pour l'application des lois caducaires, pour l'exercice de l'action publique contre la femme adultère, de la part du mari ou des étrangers ; pour la validité des donations et pour la paternité des enfants nés après le divorce.

Le divorce, pour qu'il soit légitime, doit être le résultat d'une volonté arrêtée et réfléchie de rompre à tout jamais le mariage.

En effet, il n'y a pas de divorce véritable sans une séparation perpétuelle, ou si le *libellus* a été envoyé dans un moment de colère ou de ressentiment ; c'est ce que nous dit Paul dans un texte ainsi conçu : « Divortium » non est verum, nisi quod animo perpetuam cons- » tituendi dissentionem fit. Ita quidquid in calore ira- » cumdiæ, vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam » si perseverantia apparuit judicium animi fuisse : ideo-

(1) Comment. ad. Tit. 17. Lib. IV. Cod. E. A. B; Paratitla. in Libros L. Dig. Lib. XXIV. Tit. 2.

» que per calorem misso repudio, si brevi reversa » uxor est nec divortisse videtur. » (1)

L'époux qui a envoyé *le repudium* dans un moment de colère peut revenir et maintenir le mariage, à moins que l'époux qui a reçu le *libellus* ne veuille lui-même divorcer. (2) (L. 7. Dig. de Repudiis et Div.)

Nous avons un autre texte qui paraît dire le contraire, que le mariage est dissout par cela même que le *repudium* a été envoyé, sans se préoccuper si l'époux répudié l'a su ou l'a ignoré. (L. 6, Cod. *de Repud.* (V. 17.) Cette contradiction n'est qu'apparente, car les deux hypothèses ne sont pas les mêmes. Dans le premier cas, on parle d'un *libellus* envoyé dans un moment de colère; puis cet époux s'est repenti, il est revenu sur son acte; tandis que le deuxième texte prévoit la règle générale, l'époux a persisté dans son action, et en ce cas peu importe que la notification de répudiation ait été faite au répudié en personne ou à quelqu'un de sa famille : on ne se préoccupe pas si le répudié a su ou ignoré, s'il est présent ou absent. (L. 2, § 3 Dig. *de Repud.*) On cherche la volonté du répudiant. (Poth. H. T. n° VII. L. 22, § 7. Dig. *Sol. Matr.* (24, 3.)

D'où il résulte que le *libertus*, après avoir remis le *libellum divortii*, peut sortir sans attendre la réponse de l'époux répudié; car malgré l'opinion contraire de M. Massol (Conférences de Dr. R. pour le doctorat), il

(1) L. 3. Dig. de Div. et Repud; — Cujas, in Lib. IV. Resp. Pap. p. 180.

(2) Cujas in Lib. I. Pap. de Adult. Tom. III, p. 655.

n'est pas un témoin; il est considéré en ce cas, comme dans beauconp d'autres, comme un simple *tabularius* ou huissier. C'est aussi l'opinion de Gluck, de Brissonius et de Cujas : *Rectius in 7 testium numero* dit Cujas, *hunc libertum computandum non esse censet Accursius : nec enim est idoneus testis, cum sequester et internuntius fit divortii, quod et in executore litis, et patrono eadem ratione servatur, L. ult. D. de Testib. Per libertum mittebant libellum divortii. Per libertum principi libellum dabant. Per libertum heredes recitabant testamenta.* (Observ. VIII, cap. 26 et. loc. cit.)

Quant à la faculté qu'il a de se retirer sans attendre la réponse de l'époux répudié, nous avons dit d'avance qu'il n'est pas nécessaire que le *libellus* soit notifié à l'époux répudié, celui-ci peut même l'ignorer. D'où il résulte, par conséquent, qu'une femme *demens* (insensée) peut être répudiée, quoiqu'elle ne puisse s'en rendre compte, (L. 4. Dig. *de Repud.*) Au contraire elle ne peut répudier à cause de sa démence, et personne ne le peut en son nom; mais le mari peut être contraint de lui fournir les aliments nécessaires et les soins convenables. S'il néglige ses devoirs, ou s'il dissipe la dot de sa femme, alors le curateur ou un des ses parents peut le forcer par la justice et faire séquestrer la dot. (L. 22, § 8, Dig. *de Repud.*)

Ceci s'applique quand la femme n'est pas fille de famille; car dans ce dernier cas le père peut envoyer le *libellum divortii*, au nom de sa fille, à son gendre, et demander la restitution de la dot.

Cette règle est applicable aussi dans le cas où c'est

le fils qui est en démence; son père peut envoyer le *libellus* à sa bru. (§ 9, même loi.)

Mais si ni la fille, ni le fils, ne sont en démence, le père peut-il, malgré leur volonté, les faire divorcer ?

Dans l'ancien droit, il le pouvait, s'il avait conservé sa puissance paternelle sur ses enfants.

Dans le droit classique, il ne le peut plus. Cet exercice si exorbitant de la puissance paternelle a été supprimé en principe par Antonin le Pieux, et cette abolition est confirmée par Marc-Aurèle. (1) Mais on lui accorde encore ce droit dans certains cas exceptionnels, pour des motifs graves, *ex magna et justa causa,* comme dans le cas de folie, ou lorsque sa fille est prostituée par son mari.

Le changement introduit par Marc-Aurèle nous facilite l'explication d'un texte de Paul, qui a donné beaucoup de peine aux commentateurs. Ce texte est ainsi conçu : *Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur; sed (et) contracta non solvuntur, contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur.* (Sent. II, 19, § 2.)

Plusieurs interprétations sont données de ce petit texte. Les uns ont conclu de la phrase : *sed contracta non solvuntur*, que le mariage ne peut être dissout s'il est contracté sans le consentement du père, parce que, disent-ils, le défaut de consentement ne formait, en droit romain, qu'un empêchement prohibitif et non dirimant.

(1) Cujas. in Nov. XXII, Tom. II, p. 686; L. 5, Code V. 17; Paul Sent. Lib. V. Tom. 6, § 15.

Cette interprétation, d'après nous, est imaginaire et absolument fausse, elle est en opposition et en contradiction directe avec toute la législation romaine sur le mariage. En effet, Ulpien, V, § 2; Justinien, Inst. I. 10, § 12, le disent clairement, qu'à défaut du consentement du père, il n'y a pas mariage légitime.

Le sens de notre texte est que le père qui a consenti au mariage de son fils, ne peut plus tard le forcer de divorcer; il ne peut, d'après sa volonté, dissoudre le mariage valablement contracté; car comme le dit Paul, l'intérêt et l'ordre public sont supérieurs à l'intérêt privé.

C'est aussi le sentiment de Pothier : « Pour qu'une personne en puissance, dit-il, puisse contracter mariage, il faut la volonté de son père; mais la volonté du père ne suffit pas pour dissoudre un mariage valablement contracté.» (Traité du Contr. de Mariage, n° 17.) Cette interprétation est fondée sur la loi 5, C. V, 17, à qui nous avons fait allusion plus haut, ainsi conçue : *Dissentientis patris qui initio consensit matrimonio, cum marito concordante uxore filiafamilias, ratum non haberi voluntatem, D. Marcus, pater noster, religiosissimus imperator, constituit.* (V. Paul Sent. V, 6, § 5.)

Quelques auteurs soutiennent que le texte de Paul veut dire : que le fils ne saurait divorcer sans la volonté du père. Cette interprétation n'est pas tout-à-fait fausse; mais pour l'admettre il faut nous reporter aux différentes époques : dans l'ancien droit, il est vrai que le consentement du père est requis pour le divorce de son fils; mais dans le droit classique on passe outre à ce con-

sentement. Or il est naturel que Paul parle de son époque et non pas de l'ancien droit ; par conséquent nous pensons que l'interprétation la plus raisonnable et la plus juridique de son texte, est celle que nous lui avons donnée.

Le patron avait sur son affranchi des droits qu'on peut, en notre matière, comparer à ceux du père sur le fils de famille. Il pouvait rompre le mariage de son affranchi, et il est probable que celui-ci devait obtenir son consentement quand il voulait divorcer. Tel est l'ancien droit ; mais Antonin le Pieux et Marc-Aurèle ont introduit dans cette puissance du patron les mêmes modifications qu'ils ont introduites dans celle du père.

Il y a une exception où le divorce n'était pas permis de la part des femmes ; c'est le cas d'un mariage entre le patron et son affranchie : *Divortii faciendi potestas libertæ,* dit Ulpien, *quæ nupta est patrono, ne esto,* et le § 1 de la même loi ajoute : *Quandiu patronus eam uxorem esse volet.* (L. 11 pr. it, § 1. De Div. et Rep.) Pour pouvoir appliquer cette règle, il faut que le patron ait donné la liberté à son esclave, en vue de la prendre comme femme, et qu'il ne fût pas tenu de l'affranchir en vertu d'un fidéicommis, ou en vertu d'une obligation quelconque ; car alors il n'a pas fait un acte de libéralité, mais il a acquitté une dette. Cette disposition, du reste, ne s'applique qu'à l'affranchie mariée ; Simplement fiancée à son patron, elle peut lui envoyer le *repudium* : *Hoc caput ad nuptam tantum libertam pertinet, ad sponsam non pertinet, et ideo, invito patrono nuncium sponsa liberta si miserit, cum alio connubium habet.* (L. 45, § 4. Ritu Nup.) Si

elle n'était que sa concubine, les uns lui donnent le droit de quitter le patron, les autres non : *Quæ in concubinatu est, ab invito patrono poterit discedere, et alteri se aut in matrimonium, aut in concubinatum dare. Ego quidem probo in concubina adimendum ei connubium, si patronum invitum deserat: quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam, quam matrem familias habere.* (L. 1, pr. Dig. *De Concub.*)

Le divorce n'était donc possible que si le patron le voulait ; si l'affranchie lui a envoyé le *repudium* malgré lui, elle perd sa dot et ne peut se marier à un autre sans son consentement.

Des causes du divorce.

Nous avons vu que Romulus a fixé limitativement les causes du divorce. La loi des Douze-Tables en a étendu le nombre. A la fin de la République et à l'époque où nous nous trouvons, il n'y a plus rien qui puisse empêcher le divorce : la volonté et le caprice des parties suffisent pour envoyer le *libellus divortii*, il n'y a donc rien qui puisse servir de motif légal à la dissolution du mariage. On répondait simplement : *sic volo, sic jubeo sit pro ratione voluntas.* Il n'y a pas un nombre de causes déterminées ; ce sera l'œuvre de Théodose et de Valentinien, que nous étudierons plus tard. — Toutefois il ne faut pas conclure de là que l'époux, par la faute duquel le divorce était provoqué, restât impuni. Nous verrons immédiatement quelles sont ces pénalités et quelle est leur nature. Mais avant de passer à cette

matière, nous croyons qu'il faut nous arrêter un instant sur l'étude d'un des principaux motifs du divorce, qui s'est conservé depuis Romulus pendant la République et l'Empire, c'est *l'adultère* (1).

L'adultère, c'est le commerce illicite d'un des époux pendant le mariage, avec des personnes étrangères. L'adultère, dit M. Accarias, est la violation de la fidélité conjugale. Avant d'examiner spécialement l'adultère, nous devons observer qu'il y a encore deux autres crimes, qui sont d'une nature plus grave et dont les pénalités sont plus sévères. Ce sont l'*incestum* et de *stuprum*.

L'inceste, d'après Pothier, c'est un crime contre les droits sacrés du sang ou de la religion.

Ovide, dans ses *Métamorphoses* sur l'amour de Myrrha pour son père, dit que c'est un crime de haïr son père, mais l'aimer ainsi en est encore un plus grand :

Scelus est odisse parentem
Hic amor est odio majus scelus. (Métam. 10, 314).

Les raisonnements contre ce crime sont bien justes : ce serait un désordre et une confusion dangereuse dans le droits et les degrés de parenté ; c'est à cela que se rapporte encore le passage suivant :

Sperare aliquid potes, impia virgo ?
Nec quod confundas et jura et nomina sentis ?
Tum erit et matris pellex, et adultera patris ?
Tunc soror gnati, genitrixque vocabere fratris ?
(Métam. 10, 345).

(1) Lib. 48, Tit. 5, Dig. Ad legem Juliam. de Adulteriis.

La peine infligée contre ce crime est la déportation dans l'ancien droit; sous Justinien, c'est la mort, comme le dit Théophile dans les §§ 6 et 7, *de Nuptiis*.

Le stuprum est un acte honteux, un crime commis avec une femme non mariée ou avec d'autres : *stuprum in vidua, vel virgine, vel puero committitur.*

La peine contre les coupables, c'est la mort : *qui masculum liberum invitum stupraverit, capite punitur.* Si le crime n'est pas commis, malgré la victime, la peine est moins sévère : *Qui voluntate sua stuprum flagitiumque impurum patitur, dimidia parte bonorum suorum mulctatur; nec testamentum ei ex majore parte facere licet.* (Paul. Tit. 26, § 12, 13 et 15).

Il importe peu que les coupables soient ou non mariés, dans ces deux cas, pour que les pénalités les frappent, tandis que pour l'existence et pour l'application des peines de *l'adultère*, il faut nécessairement que l'un des coupables au moins soit marié. (1)

Il ne peut pas y avoir d'adultère sans mariage, comme il ne peut y avoir de divorce s'il n'y a pas *matrimonium : Ubi non est matrimonium, ibi non est divortium.*

Commis par l'un des époux, l'adultère est non-seulement une juste cause de divorce pour l'autre, mais de plus le conjoint coupable est soumis à des peines sévères.

La loi fondamentale sur l'adultère, est une loi rendue sous Auguste, sous le nom de : *Lex Julia de adulteriis.* Denys d'Halicarnasse dit, que cette loi avait pour but d'appliquer des peines sévères contre l'adultère, pour favoriser le mariage des célibataires qui ne voulaient

(1) Cujas, Parat. in. Lib. IX. cap. 9. C. Just; et T. III. sur Pap.

pas se soumettre aux dispositions de la loi *Julia de maritandis ordinibus*, sous prétexte qu'ils ne trouvaient point de femmes chastes (Lib. 54). — Ce qui fit dire à Ovide, en comparant Auguste à Romulus :

Tu rapis, hic castas duce se jubet esse maritas ;
Tu recipis luco submovet ille nefas. (Fast. II).

« Vous enlevez les femmes chastes, et il leur ordonne » de l'être ; vous recevez l'adultère, et il le proscrit. »

Horace, dans son titre sur Auguste, dit de son côté :

Nullis polluitur casta domus stupris,
Mos et lex maculosum edomuit nefas.
Laudantur simili prole puerperæ :
Culpam pœna premit comes. (Ode IV, 5).

« Aucune espèce d'adultère ne souille plus l'honneur » des familles ; les mœurs et les lois ont étouffé de » scandaleux désordres, la mère retrouve avec orgueil » dans son enfant les traits d'un époux ; la peine » s'attache au pas du crime. »

Les peines contre l'adultère, que nous trouvons dans la loi *Julia de adulteriis*, sont de deux sortes : *corporelles* et *pécuniaires*.

Les peines corporelles consistaient dans la *relegatio in insulam*, de la femme adultère et de son complice.

En outre, le père avait le droit de tuer *in continenti*, sa fille et son complice pris en flagrant délit, soit dans sa maison, soit dans celle de son gendre ; mais il faut qu'il les tue tous les deux dans le même instant.

C'est-ce que nous dit Paul : *Capite secundo legis Juliæ de adulteriis, permittitur patri, tam adoptivo quam natu-*

rali, adulterum cum filia, cujuscumque dignitatis, domi suæ vel generi sui deprehensum (sua manu) occidere. La suite de ce que nous avons avancé est affirmé par Ulpien : *Quod ait lex in continenti filiam occidat, sic erit accipiendum, ne occiso hodie adultero, reservet, et post dies filiam occidat; vel contra.* (L. 23, § 4, Dig. 48, 5).

Quant au mari, il ne peut jamais tuer impunément sa femme adultère, surprise même dans la maison conjugale; mais il y avait lieu à une atténuation de la peine : *Maritum, qui uxorem deprehensam cum adultero occidit, quia hoc impatientia justi doloris admisit, lenius puniri placuit,* (Paul. Sent. II, 26, § 5.) A l'égard du complice, si c'était une personne vile, le mari avait le droit de la tuer dans la maison conjugale; si c'était une personne de la haute classe, il avait le droit de la retenir dans sa maison pendant vingt heures de suite, jusqu'à ce qu'on pût trouver des témoins : *Rursusque capite quinto legis Juliæ cavetur, ut adulterum deprensum viginti horis, attestando vicinos, retinere liceat.* (Paul Sent. II, 26, § 3 et 4).

Ce sont des peines corporelles qu'on a infligées à la femme adultère. Nous verrons plus tard que Constantin va introduire la peine de mort, que Justinien changera en la *verberatio* et la *claustratio* dans un monsatère. Quant aux peines pécuniaires ce sont les *retentiones propter mores et propter liberos*, que le mari a le droit de faire sur la dot de sa femme.

Nous avons déjà vu que Caton, Valère-Maxime et d'autres auteurs parlent d'une amende infligée contre la femme adultère. Cicéron, dans ses Topiques, fait allusion à la même disposition : *Si viri culpa factum est divor-*

tium, et si mulier nuntium remissit, tamen pro liberis manere nihil oportet.

Tous ces auteurs étant antérieurs à Auguste, nous ne pouvons qu'admettre avec Cujas, (Com. sur Ulp.) que les *retentiones* existaient déjà avant les lois Julia et Papia Poppæa.

Retentiones propter mores. Les peines du divorce varient avec le coupable. S'agit-il de l'inconduite de la femme, on doit faire une distinction entre *l'inconduite* ou *faute grave* et *l'inconduite légère*. Dans le premier cas, c'est-à-dire pour l'inconduite grave, *propter graviores mores*, comme l'adultère de la femme, le mari pouvait retenir un sixième, *sexta retinetur*.

Pour l'inconduite légère, *propter leviores mores*, qui comprend toutes les autres fautes de conduite, excepté l'adultère, le mari a droit de rétention *d'un huitième : Morum nomine, graviorum quidem*, dit Ulpien, *sexta retinetur ; leviorum autem, octava. Graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui.* (Ulp. Regl. Tit. VI, § 12.)

Ces peines ont été augmentées par quelques constitutions des empereurs postérieurs à Auguste, qui nous sont inconnues. Capitolinus dit en effet qu'il existait de telles constitutions sur l'adultère, rendues sous Marc-Aurèle, qui voulut régler *les mœurs débordées des femmes*. Ceci est confirmé par Paul, qui dit que les peines contre la femme adultère sont la confiscation de la moitié de sa dot et de la troisième partie de ses biens propres : *adulterii convictas mulieres, dit-il, dimidia parte dotis et tertia parte bonorum, ac relegatione in insulam placuit*

coerceri. (Sent. II. 26, § 14). Pothier ajoute que cette rélégation était prescrite même par la loi Julia.

Peines appliquées contre le mari : Les mœurs du mari sont punies comme celles de la femme, mais sa peine est réglée différemment. Ainsi, pour les fautes graves *propter graviores mores,* il est puni par la restitution immédiate de la dot, qui consiste en choses fongibles, *quæ pondere, numero mensurave constant*, et qui d'ordinaire ne se restitue qu'en trois paiements, d'année en année, *annua, bima, trima die.* (Cujas, Com. sur Paul).

Pour les fautes légères, *propter minores mores*, il perd la moitié du délai, et doit restituer la dot qui consiste en choses fongibles, par tiers, de six mois en six mois, *senum mensum die*, c'est-à-dire en dix-huit mois.

Si la dot est un corps certain qui, en principe, doit être restitué sur-le-champ, il rend une portion d'intérêt correspondant à la perte qu'il devrait subir ; si la dot comprenait des quantités, *propter graviores mores*, il perd deux ans d'intérêts, et *propter leviores mores*, un an. (Ulp. Regl. VI. p. 13, in fine; Pellat, Textes sur la dot, p. 26).

Les peines contre le mari pour *graviores mores*, ont été, ainsi que contre la femme, augmentées par quelques constitutions postérieures à la loi Julia, ce qui est confirmé par le même texte de Paul, cité ci-dessus : *adulteris vero viris*, dit-il, *pari in insulam relegatione, dimidiam bonorum partem auferri dummodo in diversas insulas relegentur.* (Paul Sent. II. 26. § 14.)

Ces peines peuvent être exigées soit par voie de rétention ou de restitution anticipée, devant le juge de

l'action ordinaire *rei uxoriæ*, soit par le moyen d'une action spéciale, *actio de moribus*, *judicium morum*, qui était donnée contre l'époux coupable à l'autre époux.

Retentiones propter liberos. Si le divorce avait lieu par la faute de la femme, ou du père, sous la puissance duquel elle se trouvait, le mari avait le droit de retenir sur la dot un sixième pour chaque enfant, sans que cette rétention puisse jamais excéder la moitié de la dot, c'est-à-dire trois sixièmes, quel que soit le nombre des enfants. Le but de cette rétention est de punir la femme à qui le divorce est imputable, et d'indemniser le mari des charges qu'il doit supporter pour l'éducation des enfants. Mais le mari ne peut faire cette rétention qu'au moyen d'exceptions qu'il oppose à l'action *rei uxoriæ* intentée contre lui par la femme si elle est *sui juris*, en concours avec son père si elle est *alieni juris*.

S'il a restitué la dot sans avoir fait les *retentiones propter liberos*, il ne peut plus les faire, car il n'a pas d'*action* (Ulp. Regl, VI, § 10.) à cet égard, et il est censé avoir renoncé à son droit.

C'est une grande controverse entre les commentateurs du droit romain, que de savoir si les deux *retentiones propter mores* et *propter liberos* peuvent être cumulées ou non.

L'affirmative aussi bien que la négative est soutenue par de grands esprits, qui ne se fondent ni les uns, ni les autres, sur des texte positifs, et notamment pour la négative, on invoque un texte d'Ulpien. (§ 11, Tit. VI) qui est tout-à-fait obscur et inintelligible.

Dans un telle position, nous ne pourrions adopter ni

l'une ni l'autre des allégations émises par les commentateurs ; il faut, comme le dit avec raison le savant français, M. Pellat, attendre la découverte de quelques nouveaux textes, pour pouvoir éclairer ce point obscur.

Du judicium publicum.

Dans les dispositions de la loi Julia de Adulteriis, à côté des différentes *retentiones* dont nous avons parlé, on trouve le *judicium publicum*, c'est-à-dire l'accusation publique, en vertu de laquelle il est permis d'actionner la femme adultère, non-seulement au mari, mais même encore aux personnes étrangères (L. 4, § 1, et L. 26, § 1. Dig. Ad leg. Jul.)

C'est une grande controverse entre les jurisconsultes, que de savoir si ce *judicium publicum* est ou non une institution introduite à l'occasion de cette loi, ou s'il existait déjà sous la République.

L'opinion généralement admise est que ce *judicium* serait introduit par Auguste.

Hoffman attribue son origine à la dictature de Sylla, en vertu de la loi *Servilia de Adulteriis*. Plutarque constate en effet, qu'il avait fait rendre des lois sur les mariages, *de matrimoniis* et *pudicitia*, quoiqu'il fût souillé de toutes sortes de débauches, *quum ipse amoribus adulteriisque turpiter fuerit maculatus*. (Vie de Sylla).

Montesquieu, dont nous adoptons l'opinion, soutient que c'est une ancienne institution romaine qui a eu la même durée que la République. « Comme le tribunal » domestique, dit-il, supposait des mœurs, l'accusation

» publique en supposait aussi, et cela fit que ces deux » institutions tombèrent avec les mœurs et finirent avec » la République.

» L'établissement de la monarchie, ajoute le grand » écrivain, et le changement des mœurs firent cesser » l'accusation publique. On pouvait craindre qu'un mal- » honnête homme, piqué des mépris d'une femme, » indigné de ses refus, outré de sa vertu même, ne » formât le dessein de la perdre. » (Esp. des Lois, VII, 2).

Auguste n'a introduit, donc, rien de nouveau, il n'a fait autre chose que remettre en vigueur le *judicium publicum*, qui commençait de tomber en désuétude. Mais il n'a pas accordé par la loi Julia la même latitude d'accusation que sous la République ; car on ne peut plus accuser directement la femme adultère, *pendente matrimonio* (1). L'on doit d'abord commencer l'accusation contre le mari qui commet le crime de *lenocinium* en permettant à sa femme de se prostituer. *Constante matrimonio*, dit Ulpien, *ab eo qui extra maritum ad accusationem admittitur, accusari mulier adulterii non potest: probatam enim a marito uxorem, et quiescens matrimonium non debet alius turbare, atque inquietare, nisi prius lenocinii maritum accusaverit.* (2)

---

(1) L. 14 § 2, Dig. ad Leg. Jul. de Adult. — Sous la république on pouvait accuser directement la femme adultère ; par conséquent la loi d'Auguste a amoindri la rigueur de l'ancien *judicium publicum*.

(2) L. 26, Dig. ad Leg. Jul. de Adult ; V. L. 2, § 2 ; L. 29, § 3 ; L. 11, § 10, h. t.

Pendant les soixante jours après la dissolution du mariage, le père et le mari ont seuls le droit d'accuser la femme (1) et son complice (2); passé ce délai, l'accusation appartient à tout le monde (3) : contre la femme pendant quatre mois utiles, contre son complice pendant cinq ans continus du jour même du crime (4).

L'accusateur peut commencer l'action par la femme ou par le complice, mais il ne peut les poursuivre simultanément (5). Si la femme s'est remariée avant d'être accusée, alors l'on doit commencer par le complice (6).

De ce qui précède, nous voyons qu'il y a trois sortes d'accusations contre le crime d'adultère : les unes *jure patris;* les autres *jure mariti;* d'autres enfin *jure extranei,* Constantin ne laissa le droit de poursuivre l'adultère qu'au mari, au père, au frère et aux oncles. C'est une chose indigne, dit-il, que des mariages tranquilles soient troublés par l'audace des étrangers : *Quamvis*

---

(1) Pour que la femme puisse être punie comme adultère, il faut l'accomplissement de trois conditions : 1° Qu'elle *soit mariée* (L. 13, pr. § 1, h. t.) 2° Qu'elle *soit libre* (L. 6, pr. Dig. h. t. L. 23, Cod. h. t. (IX, 9). 3° Qu'elle *soit honnête* (L. 29, Cod. h. t.; Paul, Sent. II, 26, § 11).

(2) Si tous les deux veulent poursuivre à la fois, la préférence est accordée au mari. L. 2, § 8; L. 11, § 10, h. t. Dig.

(3) L. 26, § 1; L. 4, § 1, h. t. — Si le mari a négligé d'accuser sa femme en qualité de mari pendant les 60 jours utiles, il le peut ensuite en qualité d'étranger. L. 6, Cod. (IX, 9).

(4) L. 6; L. 11, § 4; L. 14, § 2, Dig. h. t.

(5) L. 8, C. h. t.; L. 15, § 8 et 9, Dig. h. t.

(6) L. 2, pr.; L. 11, § 11; L. 16. Dig. h. t. (Ad Leg. Jul. de Adult.)

adulterii crimen inter publica (judicia) referatur, dit Constantin, *quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur; tamen ne volentibus temere liceat fœdare connubia; proximis necessariisque personis solummodo placet deferri copiam accusandi, hoc est: patri, fratri, necnon patruo, et avunculo, quos verus dolor ad accusationem impellit.* (1)

Cujas, après avoir commenté cette loi, ajoute à la fin que même après cette loi, les étrangers peuvent exercer l'accusation publique après la dissolution du mariage : *Divortio autem facto*, dit-il; *crimen adulterii etiam hodie inter publica recte referri* (2).

Wissembach est d'un avis contraire; il dit que les étrangers étaient exclus de l'accusation publique soit pendant le mariage, soit après le divorce admis.

Quoiqu'il en soit, l'accusation publique a perdu toute son importance et sa rigueur primitive; peu à peu elle tomba en désuétude comme toutes les lois qui ne sont pas soutenues par les mœurs. « Sixte-Quint sembla vouloir renouveler l'accusation publique; mais il ne faut qu'un peu de réflexion, dit Montesquieu, pour voir que cette loi, dans une monarchie telle que la sienne, était encore plus déplacée que dans toute autre » (Esp. d. Lois VII, 11).

Des effets du divorce relativement aux époux.

Le divorce n'entraînait pas absolument les mêmes conséquences pour le mari que pour la femme. Le mari devait se remarier immédiatement, pour ne pas retomber

(1) L. 30, Cod. h. t. (Ad Leg. Jul. de Adult.)

(2) Observ. XX, cap. 22.

sous le coup de l'application des lois caducaires. La femme, d'après la loi Julia, avait un délai de six mois à partir du divorce, et la loi *Papia Poppæa* porta ce délai à dix-huit mois, pendant lesquels elle échappait aux déchéances du célibat (1). Mais rien ne l'empêchait de se remarier immédiatement ; en ce cas la possibilité d'une grossesse antérieure au divorce donnait lieu à des mesures spéciales réglées par le Sénatus-Consulte Plancien (2).

Quand la femme se croit enceinte après le divorce, elle doit dénoncer sa grossesse à son mari ou à son beau-père dans les trente jours, afin qu'il place près d'elle des gardiens chargés de la surveiller et d'empêcher une supposition de part (3). Si la femme reçoit ces gardiens et accouche effectivement, l'enfant sera réputé appartenir au mari, comme s'il était né durant le mariage (4). Mais si elle refuse de les recevoir (5), et à plus forte raison si elle néglige de dénoncer sa grossesse, le mari restera pleinement libre de nier sa paternité, sans préjudice du droit pour l'enfant d'établir cette paternité par l'action appelée : *præjudicium de partu agnoscendo* (6).

---

(1) Ulp. Tit. 14. — Ce délai était de trois ans d'après les premières lois Juliennes (Dion. Lib. 56 ; Suétone, vie d'Auguste, cap. 34).

(2) Lib. XXV, Tit. 3. Dig. de Agn. et alend. liberis, Tit. 3. Cujas, Tom. I, p. 231 s. 524.

(3) Paul, Sent. II, Tit. 24, § 5.

(4) L. 1, § 4 et 12, Dig. de Agn. et alend. lib.

(5) L. 1, § 6, h. t. Paul II, Tit. 24, § 6.

(6) L. 1, § 13 et 15 ; L. 3, § 1, Dig. Eod. tit.

Si la femme nie sa grossesse et que le mari la soupçonne de mensonge, un rescrit de Marc-Aurèle autorise une vérification matérielle du fait : *Si mulier se ex viro prægnantem negat, permittitur marito ventrem inspicere, et ventri custodes dare.* (1) Cette vérification se fait par cinq sages femmes désignées par le préteur, (2) et si à la majorité des voix elles diagnostiquent une grossesse, on donne des gardiens à la femme, et d'ordinaire on l'envoie accoucher chez une femme de bonne réputation. Quand la femme se dit enceinte après la mort de son mari, ces formalités sont plus sévères, plus rigoureuses que dans le cas de divorce. Elles sont très-bien exposées dans la loi 1, § 10. *De inspiciendo ventre.*

Effets du divorce relativement aux enfants.

A l'origine, les enfants étaient toujours laissés au père ; mais Antonin le Pieux et Marc-Aurèle permirent de les confier à la mère si cela était de leur intérêt (4). Dioclétien et Maximien donnent au juge le droit de décider de l'entretien des enfants : bien que ni nous, ni nos prédécesseurs, dit Dioclétien, n'ayons statué par aucune constitution que les époux divorcés partageraient leurs enfants à raison de leur sexe, le juge qui en connaîtra, jugera dans sa sagesse si les enfants mâles doivent

(1) Libr. XXV. Dig. Tit. 4, De Inspic. ventre. — Paul II, 24, § 7.

(2) Paul, l. c. § 8.

(3) L. 1, pr. Dig. De Insp. ventr.

(4) L. 1, § 3 et L. 3, § 5. Dig. De Liberis exhibi.

demeurer et être nourris chez leur père ou chez leur mère après leur divorce. *Licet neque nostra, neque divorum parentum nostrorum ulla constitutione caveatur*, disent-ils, *ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur: competens tamens judex æstimabit, utrum apud patrem, an apud matrem matrimonio separato filii morari, ac nutriri debeant.* (1).

Telle est la législation qui régit le divorce pendant les trois premiers siècles de l'Empire; depuis Auguste jusqu'à Constantin; il ne paraît pas qu'elle ait été très-efficace pour arrêter les abus du divorce.

« L'affreux débordement des mœurs, dit Montesquieu, obligeait bien les empereurs de faire des lois pour arrêter jusqu'à un certain point l'impudicité; mais leur intention ne fut pas de corriger les mœurs en général. Auguste et Tibère songèrent principalement à punir les débauches de leurs parents. Ils ne punissaient point les déréglements des mœurs, mais un certain crime d'impiété ou de lèse-majesté» (2). Cela est confirmé encore par Tacite : *Culpam inter viros ac feminas vulgatam gravi nomine læsarum religionum, ac violatæ majestatis appellando, clementiam majorum suasque ipse leges egrediebatur* (3).

Les anciennes institutions dépérissaient tous les jours; du temps de Tibère on ne trouvait plus des citoyens issus *ex confarreatis nuptiis* pour remplir les fonctions de

(1) L. Unic, Cod. *Divortio facto apud quem liberi, etc.* V. 24.
(2) Esp. des Lois, VII, 13.
(3) Annal. Lib. III.

grand-prêtre. Domitien a permis même à un flamine de divorcer, ce qui n'était pas permis avant lui.

Les divorces sont très fréquents, et Martial dit même, qu'une certaine Thélésina s'est mariée dix fois en trente jours.

Aut minus, aut certe non plus, tricesima lux est,
Et nubit decimo jam Thelesina viro.

Saint Jérôme dit aussi que des femmes, répudiées le lendemain de leurs noces, s'étaient remariées aussitôt, et il ajoute : *Uterque reprehendendus maritus et cui tam cito displicuit, et cui tam cito placuit.*

Il raconte encore, qu'étant à Rome, il assista aux funérailles d'une femme qui avait eu vingt-deux maris. (1)

Tertullien de son côté rapporte que, quand une femme n'avait qu'un seul époux, le fait paraissait si extraordinaire qu'on gravait sur le monument funèbre l'inscription :

Conjugi piæ, inclitæ, univiræ.

Il faut observer que tous ces récits ne sont pas exempts d'une certaine exagération. Si l'on examine la nature humaine, les liaisons qui se forment, les affections qui se développent graduellement entre ceux qui passent leur vie ensemble, l'on peut facilement reconnaître que les écrivains nous disent plus que ce qui devait, en réalité, avoir lieu.

---

(1) Lettre 56, citée par Cujas, et Gothofredus dans ses annotations. V. Gibbon, Hist. de la Décadence. Rom. traduction, Tom. 11, cap. 44, pag. 115, note 125.

Si quelques grandes familles dépravées abusent de l'institution du divorce, ce n'est pas le peuple ; la nation romaine conserve encore ses mœurs patriarcales et ses vertus pures.

La corruption règne dans la capitale et non pas en Italie, dans les provinces; et même dans la capitale, il ne faut pas croire que tout le monde divorce aussi souvent.

Sénèque dit clairement que ce sont quelques femmes patriciennes qui abusent du divorce : *illustres quædam et nobiles feminæ*. Montesquieu de son côté, en parlant des peines établies par la loi Julia, dit : « Ces dispositions à l'égard des femmes ne regardaient que les familles de sénateurs et non pas celles du peuple. » (1)

Pour confirmer encore ce que nous avançons, que la corruption était étrangère à l'habitant des provinces et que le divorce se pratiquait seulement entre les grandes familles de la capitale, nous nous permettrons d'invoquer l'autorité du grand poète romain.

Virgile dit, en effet, que le laboureur de la campagne est heureux, parce qu'il voit son fils bien-aimé se pendre à son cou pour l'embrasser, *sa chaste maison suit les lois de la pudeur* :

Interea dulces pendent circum oscula nati ;
Casta pudicitiam servat domus. . . . (Georg. II, v. 523.)

Il ne connaît pas la dégradation des villes, il ne voit autour de lui ni pauvres à plaindre, ni richesses à envier. Il est content de sa modeste position, la nature, cette

(1) Esp. des Lois, Lib. VII, chap. 13, in fine.

œuvre divine, est l'objet de son admiration, c'est elle qui lui procure son existence. Il ne connaît ni la rigueur des lois, ni les cris insensés du *forum*, ni le divorce poussé à l'excès par les patriciens.

. . . . . nec ferrea jura,
Insanumque forum, aut populi tabularia vidit.
(Geor. II, v. 500. s.)

Heureux le laboureur, dit encore Virgile, il ne connaît pas le servilisme et la dégradation qui règnent dans les palais des rois et des patriciens.

Il est loin, trop loin, pour connaître tous les actes honteux. C'est aux champs que la jeunesse est laborieuse et sobre; que le culte des Dieux et le respect de la vieillesse sont en honneur; c'est là que la Justice, en quittant la terre, a laissé la trace de ses derniers pas; c'est là que règnent les mœurs pures; c'est là que la vertu domine, que l'égalité est pratiquée et le divorce méprisé.

. . . . . Illic saltus ac lustra ferarum,
Et patiens operum exiguoque assueta juventus.
Sacra deum, sanctique patres; extrema per illos
Justitia excedens terris vestigia fecit. (Georg. II, 470. s.)

Il en est de même de nos jours en Roumanie; ceux qui divorcent sont les habitants des villes, les « Ciocoi », mais ce n'est pas le peuple, le campagnard; car il est dominé par des principes moraux et religieux, la vertu règne dans les campagnes; en outre la misère et la souffrance dans lesquelles il passe sa vie douloureuse, sont trop grandes pour lui permettre de penser au divorce.

TROISIÈME PÉRIODE.

Le Divorce sous les empereurs chrétiens.

Section I.

Des Causes du Divorce.

La religion chrétienne, venant après la philosophie stoïcienne, fixa pour ainsi dire des idées que celle-ci n'avait fait que préparer.

Trois siècles sont déjà passés depuis que ces idées travaillent sans cesse et insensiblement à la destruction du monde ancien. Constantin va accomplir cette œuvre de destruction, par l'introduction et la reconnaissance de la religion chrétienne comme religion d'état, à la place de l'ancien culte des Romains.

La nouvelle religion ne tarda pas à donner son caractère à la jurisprudence ; car l'empire a toujours des rapports avec le sacerdoce ; le célibat devint en honneur par le fait du christianisme, d'où l'abolition des différentes lois Julia, qui accordaient des privilèges aux mariés et mettaient les mariages en honneur, car il est impossible que là où le célibat a la prééminence, le mariage soit autant honoré. (Montesquieu.)

D'autre part, la nouvelle religion professa aussi le

principe de l'indissolubilité du mariage; mais Constantin ne l'appliqua point; car à cette époque, ce principe n'était pas encore bien fixé, et d'un autre côté les habitudes et les mœurs s'opposaient à la mise en pratique d'une telle disposition. Il réussit seulement à fixer à un nombre très-limité les causes du divorce, ce à quoi n'avait pas songé la loi Julia. Ces causes sont, pour la femme, au nombre de trois : savoir si le mari est coupable *d'homicide*, *d'empoisonnement*, ou de *violation de tombeaux*. Dans ces cas, la femme reprenait toute sa dot; si elle le répudie hors de ces cas, elle perd, au bénéfice de son mari, tout ce qui lui appartenait, jusqu'à son aiguille de tête, de plus elle était déportée dans une île.

Le mari pouvait aussi répudier sa femme, si elle était *adultère*, *empoisonneuse* ou *proxénète*; s'il la répudie hors de ces cas, il est obligé de restituer toute sa dot, et il ne peut plus se marier. La femme pouvait encore se marier à un autre, si son mari, étant dans l'armée, ne lui écrivait pas pendant quatre années. Justinien ne le permet qu'après une année depuis la mort de son mari, et tant qu'il était vivant, sa femme ne pouvait plus se marier à un autre.

Les causes prévues par Constantin étaient bien insuffissantes pour les besoins sociaux, et de plus il n'a pas réglé les formalités du divorce.

Ce sont Théodose et Valentinien qui satisfirent à ces deux nécessités. Ils disent, en effet, par une constitution insérée dans le Code de Justinien, que le divorce n'est pas légal si l'on n'a pas envoyé le *libellus divortii*, qui est une condition essentielle du divorce, comme il

l'était sous la loi *Julia de Adulteriis*; de même pour la présence de sept témoins, bien que le texte se taise sur ce point. *Consensu licita matrimonia posse contrahi*, disent Théodose et Valentinien, *contracta non nisi misso repudio dissolvi præcipimus: solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse, favor imperat liberorum*. L. 8 pr. C. V. 17 *De Repudiis*.

Dans le § 2 de cette constitution, ils donnent une énumération étendue des causes que peut invoquer la femme pour divorcer avec son mari. Ces causes sont les suivantes: « Si une femme a découvert que son mari » se soit rendu coupable d'adultère, d'homicide, d'em- » poisonnement, de conspiration contre l'Etat, ou » qu'il ait été condamné pour un crime de faux; qu'il » ait violé des tombeaux, ou profané des temples; s'il » vole ou donne asile à des voleurs; s'il commet un » *plagium*; s'il réunit chez lui d'une façon scandaleuse » des femmes impudiques; s'il attente à la vie de sa » femme par le poison, par le poignard, ou de quelque » autre manière semblable; ou s'il la frappe (ce que » ne peut souffrir une femme née libre) et qu'elle le » prouve, il faut alors lui accorder la liberté de divor- » cer, et de prouver de telles causes de divorce. »

Le mari, de son côté, peut répudier sa femme pour les causes prévues par le § 3 de la même constitution, savoir: « si la femme est adultère, homicide, empoison- » neuse, plagiaire, violatrice des tombeaux, voleuse » d'objets sacrés, voleuse (complice des voleurs); si » malgré son mari, ou à son insu, elle mangeait chez » des hommes étrangers; si elle découche de la maison

» conjugale sans raison plausible, ou si sans le consen-
» tement de son mari, elle assistait aux jeux du cirque,
» du théâtre, ou de l'arène ou à tout autre spectacle de
» ce genre; si elle attentait aux jours de son mari avec
» le poison, le poignard ou par tout autre moyen; si
» elle conspirait contre l'Etat, si elle était complice dans
» les crimes de faux, ou si elle osait porter sur son
» mari une main audacieuse. »

Toutes ces causes sont confirmées par Justinien, et il en ajoute encore d'autres : *L'avortement volontaire*, si la femme va *au bain avec des hommes de mauvaise conduite*, *cum libidinosis viris*, pour s'y livrer au libertinage; si pendant le mariage elle recherche un autre mari : *Si forte uxor sua ope, vel industria abortum fecerit, vel ita luxuriosa est, ut commune lavacrum (cum) viris libidinis causa habere audeat : vel dum est in matrimonio, alium maritum sibi fieri conata fuerit.* (L. 11, § 2. C. *De Repud. et jud. de Morib.*

Par la Novelle XXII, cap. 15 et 16, et par la Novelle CXVII, cap. 8 et 9, Justinien revient de nouveau sur les causes du divorce; il apporte à celles que nous avons exposées ci-dessus quelques modifications. Nous regrettons de ne pouvoir les énumérer de nouveau à cause de leur nombre infini; nous nous permettrons seulement de faire observer que les causes prévues par la Novelle CXVII, cap. 8, se trouvent littéralement copiées dans l'ancien droit Roumain de Moldavie, de l'année 1817, dans son chapitre II, § 121; de même celles qui sont prévues dans le cap. 9, de la Nov. CXVII, se trouvent dans le § 122, chap. II; et quel-

ques-unes dans le chap. XVI, n° 6 de l'ancienne législation de Roumanie. (Muntenia.) (1)

Du divorce bona gratia. Jusqu'à Constantin personne ne songea à toucher au divorce *bona gratia*. Mais à partir de cet empereur, qui lui-même ne l'à pas compté parmi les causes du divorce, il fut supprimé et rétabli successivement par les empereurs postérieurs. Honorius l'a rétabli, après qu'il a été supprimé par Constantin. Théodose le supprima de nouveau, et quelque temps après, Anastase le rétablit, et en outre il permit à la femme de se remarier après une année et non pas après cinq ans de la date du divorce comme cela était sous Théodose: « Si cons-
» tante matrimonio, dit Anastase, communi consensu
» tam viri quam mulieris, repudium sit missum, quo
» nulla causa continetur, quæ consultissimæ constitu-
» tioni divæ memoriæ Theodosii et Valentiniani inserta
» est: licebit mulieri non quinquennium expectare sed
» post annum ad secundas nuptias convolare.» (L. 9, Cod. (V, 17) *De Repudiis.*

Ce texte est rapporté dans le Code de Justinien, ce qui prouve qu'au début de son règne il reconnaissait le divorce *bona gratia*. Cette preuve résulte encore de la Novelle XXII, cap. 4, qui est ainsi conçue. « Distrahun-
» tur itaque in vita contrahentium matrimonia: alia qui-
» dem consentiente utraque parte: pro quibus nihil hic

(1) Si le temps nous le permettait, nous exposerions dans un appendice sur la législation roumaine, les causes du divorce, prévu par les Nov. XXII et CXVII, en les comparant avec celles de l'ancien droit Roumain de Moldavie et Muntenia (Valachie) où elles sont rapportées littéralement.

» dicendum est, pactis causam sicut utrique placuerit » gubernantibus : alia vero per ocasionem rationabi- » lem, quæ etiam *bona gratia* vocatur : alia vero citra » omnem causam : alia quoque cum causa rationabili.» Il déclare ne rien innover sur le divorce *bona gratia*, qui reste régi comme auparavant, par la convention des parties, à la charge d'accomplir bien entendu les conditions requises par la loi Julia de Adulteriis, et par la loi 3. pr. C. De Repudiis.

Justinien nous parle encore du divorce motivé, *per occasionem rationabilem*, qu'il appelle aussi *bona gratia* exempt de toute peine infligée dans les divorces sans cause légitime.

Entre ces *occassiones rationabiles*, nous signalerons les trois principales; savoir : 1° le monachisme, 2° l'impuissance, et 3° la captivité.

Le Monachisme : Cette cause de dissolution du mariage est un création de Justinien ; il décide que si l'un des époux ou tous les deux, préférent à la vie conjugale, celle du monastère, ils le peuvent : *licentiam esse viro et mulieri ad meliora migranti transigere matrimonium, et abscedere, quodam brevi dimisso, et qui relinquitur, solatio.* L'époux qui entre au cloître est assimilé à un epoux mort, et par cela même l'autre époux a tous les gains qu'il aurait dû avoir s'il eût en réalité survécu à son conjoint. (1)

La disposition de ce texte se retrouve dans l'ancienne législation de Roumanie, cap. XVI, n° 6, lettre A, qui

(1) Nov. XXII. cap. 5, Nov. CXVII, cap. 12; Nov. CXXIII, cap. 40.

est ainsi conçue : *Cand barbatul sèu nevasta vor sa se calugaresca sunt liberi a se desparti.* Cela prouve suffisamment que les principes nouveaux, au lieu de fortifier le lien conjugal, l'ont affaibli au contraire.

L'impuissance (impotentia.) D'après l'ancien droit, lorsque le mari ne pouvait pas habiter avec sa femme pendant deux ans, *propter naturalem imbecillitatem*, la femme avait le droit de demander le divorce. Ce délai fut porté à trois ans par Justinien dans la Nov. XXII, cap. 6. « Hanc itaque legem corrigimus brevi quadam » adjectione : non enim *biennium* numerari solum ex » ipso tempore copulationis, sed *triennium* volumus : » edocti namque sumus ex iis, quæ ante hæc provene- » runt, quosdam amplius quam biennium temporis non » valentes, postea potentes ostensos ministrare filiorum » procreationi. »

On se demande si la stérilité de la femme est aussi une cause de divorce considéré *bona gratia* pour le mari. Justinien se tait sur ce point, mais nous n'hésitons pas à admettre avec Cujas, l'affirmative. (Expos. Nov. XXII.)

Cette disposition aussi est comprise dans le Code de Roumanie sous la lettre B. loc. cit.

Captivité. D'après le droit de Justinien, le mariage ne se dissout pas par le simple fait que l'un des époux est devenu prisonnier ; le conjoint qui est resté *in civitate* ne peut se marier tant que l'existence du captif est certaine, *quamdiu certum est super essecaptivum*, dit Cujas ; si, au contraire, son existence est incertaine, celui qui est *in civitate* peut se remarier après cinq ans, car le premier mariage est considéré comme dissous *bona*

gratia. Si vero incertum sit, utrum superest, an non quæ ad hostes persona devenit: tunc quinquennium expectandum est sive a viro, sive a mulière: post quod, sive manifestum de morte fiat, sive incertum maneat, nubere licebit sine periculo. (Cujas sur la Nov. 22, Tom. II, pag. 689)

Dans l'ancien droit, la doctrine des jurisconsultes classiques était tout-à-fait différente : ils soutiennent à l'unanimité que le mariage est dissout *ipso jure* par le seul fait de la captivité de l'un des époux. Le *postliminium* ne suffisait point pour le rétablir si le consentement réciproque des époux n'intervenait pas, comme s'il s'agissait d'un nouveau mariage. *Sed captivi uxor*, dit Tryphonius, *tametsi maxime velit, et in domo ejus sit : non tamen in matrimonio est.* (L. 12, § 4. *Dig. de Captiv.*) Pomponius de son côté, dans la L. 14, § 1. h. t. déclare : *Non, ut pater filium, ita uxorem maritus jure postliminii recipit, sed consensu redintegratur matrimonium.*

Cette doctrine se trouve encore dans la L. *Dig. de Div.* et dans la loi 56 *Dig. Sol. Matr.* Comment dès lors se fait-il que la L. 8. *Dig. de Capt.* et la *L.* 6, *Dig. de Div.* contienne des dispositions contraire à l'ancien droit. Ces deux lois déclarent que le mariage n'est pas dissout par le simple fait de captivité, et que l'époux qui est *incivitate*, ne peut se remarier tant que l'existence du capif est certaine. Il paraît donc que ces lois sont en contradiction; mais il faut reconnaître avec Cujas (Loc. cit.) que la L. 8, *de Cap.* et la L. 6. *De Div.* ont été interpollées par Tribonien, pour les mettre d'accord avec la nouvelle disposition comprise dans le cap. VI de la Nov. XXII.

Dans ces trois cas, le divorce était assimilé au divorce *bona gratia*; les époux n'étaient pas soumis aux peines qu'on appliquait contre les autres divorçants, c'est-à-dire chacun prenait ce qui lui appartenait : la femme sa dot, le mari la *donatio ante nuptias*..(Cujas sur la Nov. 22.) Mais si l'époux qui a divorcé pour garder la continence, *propter castitatem*, contractait ensuite un autre mariage, ou vivait en concubinat, il perdait tous ses biens au profit de ses enfants, et s'il n'en avait pas au profit du fisc. (Nov. CXXVII, cap. 10.)

Par cette même Novelle, Justinien interdit le divorce *bona gratia*; il ne le permet plus que, *propter castitatem*. *Quia vero ex consensu aliqui usque ad præsens alterna matrimonia solvebant, hoc de cætero fieri nullo sinimus modo, nisi forte quidam castitatis concupiscentia hoc fecerint.*

Il paraît même que plus tard Justinien a supprimé définitivement le divorce *bona gratia*, car dans la Nov. CXXXIV, cap. 11, il prévoit les peines contre ceux qui divorceraient par consentement mutuel, et on ne trouve plus l'exception, *propter castitatem*. Il dit que ceux qui divorceront désormais par consentement réciproque en dehors de causes prévues seront enfermés dans des monastères auxquels sont attribués leurs biens, déduction faite d'une moitie pour les enfants ; à leur défaut, d'un tiers pour les ascendants.

Justin neveu et successeur de Justinien, malgre sa résistance, fut forcé de rétablir de nouveau le divorce *bona gratia*, par la Nov. CXL.

Ce moyen de dissoudre le mariage par le consente-

ment des époux a existé de tous les temps et existe encore dans la législation de la Roumanie.

Section II.

Des peines contre l'adultère

Nous avons examiné quelles étaient les peines contre l'adultère, d'après la loi *Julia de adulteriis*, nous n'y reviendrons plus.

Constantin, inspiré par les nouveaux principes, ne se contenta pas des pénalités prévues par la loi Julia contre l'époux adultère, il introduisit la peine de mort tant contre la femme adultère que contre son complice : *Sacrilegos nuptiarum gladio puniri oportet.* (L. 30, § 1. C. Ad leg. J. de Adult.)

Cet empereur alla encore plus loin, il voulut qu'un esclave fût brûlé pour avoir commis un adultère avec sa maîtresse ; elle fut condamnée à mort et ses enfants ne purent lui succéder : *Si qua cum servo suo*, dit-il, *occulte rem habere detegitur, capitali sententiæ subjugetur : tradendo ignibus verberone.* (L. un. C. 9, 11.)

Par la Nov. CXXXIV, cap. 10, Justinien a fait une légère modification à la législation de Constantin, qui était contraire aux véritables principes chrétiens, lesquels ordonnent le *pardon*.

La peine de mort n'est plus admise que contre le complice ; quant à la femme adultère, elle est punie par la flagellation et l'emprisonnement dans un monastère, d'où son mari peut la retirer pendant deux ans ; si elle

n'était pas reprise dans ce délai, elle y restait à perpétuité; on l'habillait du vêtement monastique et on coupait ses cheveux « Adulteram vero mulierem compe-
» tentibus vulneribus subactam, in monasterium mitti:
» et si quidem intra biennium recipere eam vir suus
» voluerit, potestatem ei damus hoc facere et copulari
» ei nullum periculum ex hoc metuens : et nullatenus
» propter ea quæ in medio tempore facta sunt nuptias
» lædi. Si vero prædictum tempus transierit, aut vir,
» priusquam recipiat mulierem, moriatur, tonderi eam,
» et monachicum habitum accipere, et habitare in ipso
» monasterio in omni propriæ vitæ tempore. »

Quant à ses biens, ce même texte ajoute qu'ils seront attribués au monastère, sauf les deux tiers pour ses enfants, si elle en a, ou à leur défaut, un tiers pour ses ascendants. (1)

Il paraît qu'on trouva la peine prévue par Justinien trop légère; car d'après une constitution anonyme, qui, suivant toute probabilité, est postérieure à Justinien, on coupait les cheveux et le nez aux adultères et on les flagellait; les intermédiaires étaient tondus, battus et relégués à perpétuité : *Adulteriis verberatis et tonsis nares abscinduntur. Nuncii vero, et impii hujusce facinoris administri, verberati et tonsi in perpetuum relegantur.* (L. 37, Cod Ad. leg. Jul. de Adult.)

Cette peine est aussi confirmée par Léon dans sa Novelle XXXII : *quam illi constituerunt pœnam, ut nempe*

(1) Ce texte est copié littéralement dans l'ancienne législation de Roumanie, cap. II, §§ 24, 25 et 26; et cap. XVI, n° 42.

nasus detestandis illis ambobus abscindatur, hanc et nos statuimus.

A l'égard du *judicium publicum*, nous nous sommes expliqué plus haut, nous n'y reviendrons plus.

La femme ne peut pas se plaindre principalement de l'adultère de son mari. *Publico judicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio suo violato queri velint, lex Julia declarat: quæ cum masculis jure mariti accusandi facultatem detulisset, non idem feminis priviligium detulit* (L. 1. C. IX, 9.)

Mais elle a le droit de demander le divorce, soit que la concubine du mari réside dans la maison conjugale, soit qu'elle demeure en dehors, et le mari est puni de mort, si sa concubine était mariée elle-même (L. 30, C. ad. leg. J. de ad.) Si sa concubine n'était pas mariée, alors le mari est puni par la restitution de *la dot*, de la *donatio antenuptias*, et en outre d'une valeur représentant le tiers de la *donatio antenuptias*, en usufruit si elle a des enfants, en pleine propriété si elle n'en a pas. « Si quis in ea domo in qua cum sua conjuge commanet, dit Justinien, contemnens eam, cum alia inveniatur in ea domo manens: aut in eadem civitate degens, in alia domo cum alia muliere frequenter manere convincitur, et semel et secundo culpatus, aut per suos, aut per mulieris parentes: aut per alias aliquas fide dignas personas hujusmodi luxuria non abstinuerit: licere mulieri pro hac causa solvere matrimonium, et recipere datam dotem, et ante nuptialem dona-

(1) Pag. 68. s. *supra*

» tionem, et pro tali injuria tertiam partem æstimationis,
» quam antenuptialis facit donatio, ex ejus substantia,
» percipere : ita tamen ut si filios habuerit, usu solo mu-
» lier potiatur rerum, quas ex antenuptiali donatione,
» et pœna tertiæ portionis, mariti substantiæ acceperit,
» dominio communibus filiis conservando. Si autem filios
» non habuerit ex eodem matrimonio, habere eam ta-
» lium rerum etiam proprietatem præcipimus.» (§ 5, cap. 9. Nov. CXVII.) (1)

Section. III.

Des effets du divorce à l'égard des époux, et des peines contre l'époux qui a motivé le divorce.

Nous avons étudié plus haut quels étaient les effets et les peines du divorce sous Constantin, nous croyons inutile d'y revenir; nous commençons donc avec les modifications introduites par Honorius.

Ce prince, pour régler les conséquences du divorce, dit M. Accarias, a introduit des distinctions entre les motifs qui l'ont provoqué. Le divorce est-il dépourvu de cause, l'époux divorçant, si c'est la femme, est condamné à la déportation ; elle perd la faculté de se remarier pendant un an de viduité ; elle perd aussi sa dot et restitue la *donatio antenuptias* ; si c'est le mari, il ne peut plus se remarier; en outre il perd la *donatio antenuptias* et restitue la dot.

(1) Copié littéralement dans l'ancien droit de Roumanie, cap. XVI, n° 6. h. (Caragia,) et dans le § 131. Cap. II, ancienne legislation de Moldavie (Calimaque).

Le divorce n'est-il fondé que sur une cause légère, imputable à la femme, on lui ôte la faculté de se remarier, elle perd la dot et restitue la *donatio antenuptias*; si le divorce est imputable au mari, on lui interdit de se remarier pendant deux ans; il rend la dot et reprend la *donatio antenuptias*.

Si le divorce dérive d'une cause légitime, un nouveau mariage peut être contracté immédiatement par l'époux divorçant; si c'est le mari, il restitue la dot, mais il perd la *donatio antenuptias*; si c'est la femme, elle ne peut se remarier qu'après un an, et elle perd la dot. Telle est la législation d'Honorius, comprise dans la L. 2, C. Th. *De Repudiis*.

Ces distinctions sont admises même par les empereurs postérieurs à Honorius, avec quelques changements dans les peines. Ainsi Théodose et Valentinien, après avoir énuméré les causes du divorce dans les § 2 et 3 de la constitution 8 du Code, *de Div. et Repud.* que nous avons déjà étudiés ajoutent dans le § 4, : *Hæc nisi vir et mulier observaverint, ultrice providentissimæ legis pœna plectentur*. Le texte continue, en disant que si c'est la femme qui envoie le *repudium* sans cause, elle perd sa *dot* et la *donatio antenuptias*, sans avoir le droit de se remarier pendant cinq ans, *nec intra quinquennium nubendi habeat denuo potestatem*, et si elle se marie malgré cette défense, elle devient infâme, *erit ipsa quidem infamis*. Mais si le divorce est motivé, alors elle reprend sa dot et conserve la *donatio antenuptias*, et peut se remarier au bout d'un an : *Si vero causam probaverit intentatam : tunc eam et dotem recuperare*,

et antenuptias donationem lucro habere, aut legibus vindicare censemus, et nubendi post annum (ei) ne quis de prole dubitet permittimus facultatem. Si c'est le mari qui divorce sans cause, il est puni par la restitution immédiate de la dot et par la perte de la *donatio antenuptias*. (L. 8, § 5 et 6, *de Div. et Repud.*)

Ces peines sont aussi confirmées par Justinien ; de plus, il décide que s'il n'avait ni *dot*, ni *donatio antenuptias*, l'époux qui a divorcé sans cause sera obligé de payer à son conjoint le quart de sa propre fortune, si elle ne dépasse pas quatre cents livres d'or ; que si sa fortune est supérieure à cette somme, il paiera cent livres d'or, sans que ce taux puisse jamais excéder cette somme. L'époux qui a obtenu ce gain du divorce n'a que la jouissance, car la propriété appartient à ses enfants. (Nov. CXVII, cap. 5.)

Dans le chap. 13 de la Novelle CXVII, Justinien décide que la femme qui a divorcé sans juste cause sera enfermée dans un monastère. Le mari garde la dot, le monastère prend le reste de ses biens, déduction faite de la moitié pour ses enfants, ou du tiers pour ses parents, s'il n'y a pas des enfants (1).

Par la même Novelle CXVII, chap. 14, Justinien interdit à la femme le divorce, pour cause de mauvais traitements ; mais le mari est condamné à lui donner comme récompense une somme égale au tiers de la *donatio antenuptias* : « Si quis autem propriam uxorem » flagellis aut fustibus cæciderit sine aliqua causarum,

(1) Toutes ces dispositions se trouvent dans l'ancienne législation roumaine.

» quas contra uxores ad matrimonii solutionem sufficere
» jussimus, matrimonii quidem solutionem ex hoc fieri
» nolumus : virum autem qui monstratur sine hujusmodi
» causa vel flagellis vel fustibus cæcidisse uxorem suam,
» tantum pro hujusmodi injuria ex alia sua dare subs-
» tantia uxori etiam constante matrimonio, quantum,
» *tertia pars ante nuptialis facit largitatis.* »

Section IV.

Des effets du divorce à l'égard des enfants.

Nous avons vu que Dioclétion et Maximien accordèrent aux juges une pleine souveraineté, pour décider par qui seront gardés et entretenus les enfants après le divorce.

Justinien, par la Novelle CXVII, cap. 7, décide en principe que le père est obligé de nourrir ses enfants ; ensuite il règle leur position après le divorce.

Si c'est le père qui a donné lieu au divorce, les enfants, dit-il, seront nourris et élevés à sa charge chez leur mère, à moins qu'elle ne soit remariée. Si c'est la mère qui a motivé le divorce, ils doivent être élevés chez le père à ses frais, à moins qu'il ne soit trop pauvre ; dans ce cas la mère qui a de la fortune est tenue de les nourrir : « *Et si quidem pater occasionem separa-*
» *tionis præbeat, et mater ad secundas non venerit nup-*
» *tias : apud matrem nutriantur, expensas patre præbente.*
» *Si vero per causam matris ostendatur solutum matri-*
» *monium : tunc apud patrem maneant filii, et alantur.*

» *Si autem contigerit patrem quidem minus idoneum esse,*
» *matrem vero locupletem : apud eam pauperes filios ma-*
» *nere et ab ea nutriri jubemus.* »

Dans tous les cas, si les enfants ont moins de trois ans, ils restent chez leur mère. C'est ce que dit Cujas : « Et » hoc constituitur, alendos esse liberos a patre pro modo » facultatum (L. 3, et 4, h. t.) etiam emancipatos libe- » ros, videlicet si sint *majores trimis*, alendos esse a » patre, non a matre, gallice *s'ils ont plus de trois ans*, » quoniam ea ætate solent repelli a *mamma*, a *lacte* et » tum dicuntur exuberes quasi ἀπόμαξοι, ut contra subu- » beres τώὸμαξοι, gallice *qui tettent encore*, et exuberes, » et apud Cælium Apicium domini *sillingiati et mam-* » *motesti* » (1).

Telle est la législation romaine, en matière de divorce, depuis la fondation de Rome jusqu'à la destruction du grand empire romain. Hélas ! l'Empire est mort, mais la législation et la langue du peuple-roi vivent encore, et vivront à jamais.

Les barbares ont dévasté, incendié et détruit l'empire romain ; mais ils n'ont pas pu détruire sa langue, ni sa législation.

Ils ont dévasté, incendié et détruit les champs, les maisons et l'armée romaine par leur force brutale ; mais la civilisation, la législation romaine, cette force invincible, sont restées victorieuses sur leurs cadavres !

Rome a cessé de gouverner le monde par ses armées, mais elle le domine par sa législation !

---

(1) Com. in Tit. 24 et 25, Quinti Libri Codicis, Tom. 6, page 557.

DROIT CANONIQUE.(1)

Il y a la plus vive discussion, entre les savants, pour savoir si le fondateur de la religion chrétienne a interdit d'une manière absolue le divorce, ou non; c'est-à-dire s'il a prohibé la dissolution du mariage pour quelque cause que ce soit. L'affirmative et la négative sont soutenues par les plus grands philosophes, jurisconsultes et théologiens.

Nous croyons que la négative est plus soutenable, si l'on se rend compte de l'époque dans laquelle le fondateur a vécu, et des mœurs de son peuple. Ceci est confirmé par ces propres paroles que nous trouvons dans S. Mathieu : « Quiconque renvoie sa femme, dit-il » aux Pharisiens, si *ce n'est en cas d'adultère*, et en » épouse une autre, commet un adultère; et celui qui » épouse celle qu'un autre a renvoyée commet aussi un » adultère» (Math. XIV. 9).

(1) Pothier a fait un résumé intéressant de droit canonique sur la dissolution du mariage. (Voir Bugnet, sur Pothier, vol. VI, chap. II, page 211 à 234.)

Il ne déclare pas d'une manière absolue l'indissolubilité du mariage; ce texte est explicite, car il l'admet pour cause d'adultère. C'est dans St Paul que l'indissolubilité du mariage est déclarée formellement, et il donne la raison de cette indissolubilité en disant que l'union de Jésus-Christ avec son Eglise est indissoluble; par conséquent l'union des époux est aussi indissoluble, car par le mariage se forme une seule personne *erunt duo in carne una* (1) (Ad Corinth. VII. 1, 4, 22; — mais ce même S. Paul dit ailleurs : *melius est nubere quam uri*).

Cette doctrine de S. Paul n'était pas admise par tous les pères de l'Eglise, car le divorce pour cause d'adultère de la femme est admis par plusieurs d'entre eux.

Saint Astérius, évêque d'Amasée, soutient que le divorce est admis pour *cause d'adultère*, qu'il assimile à la mort, et par conséquent les époux peuvent ensuite se remarier. Cette doctrine n'est pas admise par *Jacobus Sismondus*, archevêque de Toulouse, qui dit, que les époux divorcés ne peuvent pas se remarier, puisque l'apôtre saint Mathieu le prohibe formellement.

Tertullien discute le texte de saint Mathieu, que nous avons rapporté ci-dessus, et il arrive à prouver que Jésus-Christ confirme et sanctionne la loi de Moïse, qui admet le divorce. Il dit que le divorce n'est pas interdit d'une manière *absolue*, mais *conditionnellement*, quand le mari répudie sa femme pour *en épouser* une autre (Advers. Mar. IV. 39. — Deut. 24, 1.)

---

(1) M. Bugnet dit que cette assimilation est trop mystique pour être comprise.

Saint Epiphan va encore plus loin, il admet le divorce non-seulement pour cause d'adultère, mais bien pour d'autres causes, *occasione aliqua stupri adulteriique aut alterius flagitii.* Les époux divorcés, d'après lui, peuvent *se remarier*, car l'Eglise tolère ce second mariage *à cause de la faiblesse humaine* (*Advers. hæreses* 59.)

Les conciles œcuméniques des IVe et Ve siècles, tenus à Constantinople, en 381 ; à Ephèse, en 431 ; à Chalcédoine, en 451, ne font nulle prohibition contre le divorce, qui se pratiquait conformément au droit romain. Le concile d'Arles, dans lequel siégeaient six cents évêques, donne seulement le conseil à l'époux qui s'est séparé de sa femme adultère de ne pas se remarier tant que sa première femme vit, mais il n'interdit pas le divorce.

Il en est de même pour le concile d'Elvire qui n'interdit pas au mari qui a répudié sa femme adultère de se remarier; ce qu'il a fait pour la femme.

Ce sont les conciles d'Afrique et plusieurs docteurs de cette époque qui combattirent le divorce et le second mariage. Saint Basile, saint Grégoire de Nazianze, saint Jean-Chrysostôme, saint Jérôme, et surtout saint Augustin, sont les docteurs de l'Eglise qui ont soutenu l'indissolubilité du mariage.

Nous trouvons une disposition formelle sur cette matière dans le concile de Carthage (402) dont faisait partie saint Augustin. Cette disposition est ainsi conçue : *Placuit ut secundùm evangelicam et apostolicam doctrinam, neque dimissus ab uxore, neque dimissa a marito alteri conjungantur, sed ita maneant aut*

sibimet reconcilientur; quod si contempserint, ad pœnitentiam redigantur; in qua causa legem imperialem putendam promulgari. Mais ces dispositions n'ont pas force obligatoire pour tous les pays. Nous voyons par exemple que les conciles tenus dans les Gaules ont repoussé ces prétentions : le concile de Verberie, en 732, décida : *que le mari peut répudier sa femme, si elle a voulu l'assassiner et en épouser un autre, ou si elle a refusé de le suivre dans les lieux où son devoir l'appelait*, ou bien enfin, *si la femme a eu des relations coupables avec son beau-père : ipsam uxorem dimittere potest, ut nobis videtur et aliam ducere* (*Selden uxor hebraica*, p. 453, s.)

Le concile de Compiègne tenu trois ans après l'autre, admet aussi le divorce quand l'un des époux est lépreux. C'est ce qui est confirmé aussi par la lettre de Grégoire III adressée à Boniface : *Posse maritum uxorem legitime sibi conjunctam dimittere et aliam ducere, si propter morbum aliquem propria uxor debitum conjugale ei reddere non valeat; ille qui non potest se continere nubat magis* (*Swarzenberg, Tractat de Divort.* 1666)

Suivant le rituel de Soissons, quelques canons permettent à l'époux innocent de se remarier, dans le cas où son conjoint s'est rendu coupable d'adultère (T. I, p. 252). Bossuet dit que cette exception à « l'indissolubilité du mariage « *peut avoir quelque couleur dans l'Evangile.* »

Jusqu'ici nous voyons que le divorce était admis pour quelques causes limitées par les conciles. Il n'y a pas de jurisprudence canonique parfaitement établie et universellement acceptée sur le divorce. Mais la théorie de saint Augustin, saint Basile, saint Grégoire de

Nazianze, saint Chrysostôme, saint Jérôme, etc., des conciles d'Afrique et des décrets pontificaux, sur l'indissolubilité du mariage, est devenue prédominante; à la fin du douzième siècle, les églises sont d'accord sur la matière du divorce.

Enfin par le concile de Trente (1545-1563) la théorie de l'indissolubilité du mariage est solennellement proclamée. « Si quelqu'un, dit ce concile, prétend que l'Eglise se trompe quand elle enseigne que, selon la doctrine de l'Evangile et des apôtres, le lien du mariage ne peut être dissout par l'adultère de l'un des époux : que l'époux innocent du crime d'adultère ne peut, du vivant de son conjoint, contracter un second mariage; que le mari qui, après avoir répudié sa femme adultère, en épouse une autre, commet l'adultère, ainsi que la femme qui se remarie après avoir répudié son époux adultère, qu'il soit anathème » (24e session, canon).

L'Eglise est donc arrivée à considérer le mariage comme indissoluble; mais elle ne tarda pas à apporter quelque remède aux unions mal assorties, tout en admettant l'indissolubilité du mariage; ce remède est de permettre aux époux de divorcer *a toro et mensa*, c'est-à-dire leur permettre *la séparation de corps* dans trois cas : pour *adultère*, pour *hérésie*, pour *sévices*, sans accorder la dissolution du mariage.

APPLICATION DU DROIT CANONIQUE EN ORIENT.

Les chrétiens d'Orient ont toujours admis une large facilité pour divorcer, ce qui a permis aux lois civiles de s'en tenir au droit canon de leur église en cette matière.

C'était d'autant plus facile, que ce droit canon lui-même s'était réglé sur les dispositions du droit civil impérial, qui, d'ailleurs, avait été inspiré par l'esprit chrétien depuis Constantin.

Les Arméniens, les chrétiens d'Ethiopie, les anciens Moscovites, les Grecs, les Russes usèrent fréquemment du divorce. Au IXe siècle, le patriarche Photius, dans un parallèle du droit romain et du droit grec, parle du divorce comme d'un acte licite.

En Pologne, la maxime était « divorce qui veut » ; mais le clergé a déterminé les causes limitativement, ce sont : l'adultère, l'absence volontaire, l'impuissance, l'antipathie, la violence des parents, les mauvais traitements, (Tissot. Le mariage, le divorce et la séparation de corps, 1866).

En Roumanie il a été absolument libre, *bona gratia*, de tout temps.

Dans l'ancienne législation, c'était le Conseil des prêtres nommé *consistorium* qui jugeait les causes du divorce ; mais aujourd'hui ce sont les juges civils, les tribunaux qui décident toutes les affaires en matière de mariage et de divorce. (1)

APPLICATION DU DROIT CANONIQUE EN OCCIDENT.

Les Germains de Tacite reconnaissaient l'indissolubilité du mariage ; mais dans le moyen âge et dans les temps suivants, le divorce fut admis pour défauts cor-

(1) Les causes, les effets et les pénalités du divorce prévues par le droit de l'Eglise roumaine, sont copiées d'après les Novelles XXII et CXVII de Justinien.

porels ou crimes. Le mari pouvait aussi divorcer pour cause de stérilité de sa femme, et la femme pour cause d'impuissance de son mari ou pour cause de non cohabitation : *si qua mulier se reclamaverit quod vir suus nunquam cum ea mansisset, exeant ad crucem, et si verum fuerit, separentur* (Gadet, notes à la Coût. Chalons, 1615, p. 36).

Chez les Allemands le divorce était permis au mari, moyennant 40 sous, (ad Leg. Alem. 53). Les Burgondes ont admis aussi le divorce pour cause d'adultère, de violation de sépultures et de magie. Par consentement mutuel il était aussi permis.

Les Lombards admirent le divorce pour la seule cause d'adultère. Les Visigoths sont moins favorables au divorce, puisque le conjoint répudié ne pouvait se remarier.

Chez les Goths, un édit de Théodoric confirme les trois causes de divorce, admises dans le droit romain par Constantin. — En Bretagne, d'après une loi de l'an 940, citée par Selden, trois causes sont reconnues admissibles pour le divorce : *si lepra vir inficetur, et si fædum habet anhelitum, et si cum ipsa coire non valeat.*

Les Francs. — Le divorce par consentement mutuel était admis chez les Francs, suivant une ancienne coutume et la Novelle de Justin. Sous Clovis II et Dagobert (650) on ne demandait pas d'autre cause et les divorcés pouvaient se remarier avec d'autres. (1)

(1) M. Ginoulhiac, Cours de droit coutumier et féodal, IVme année.

L'indissolubilité du mariage est définitivement établie sous Charlemagne, conformément à la doctrine de l'église et les décisions pontificales ; une seule cause de divorce est admise : *quand le mari est impuissant.*

Telle est la doctrine de l'Eglise, mais M. Bergier, dans son Traité de la vraie religion, dit : que même dans le XIIe siècle le divorce était très-commun dans les grandes familles des nobles (I. VIII, p. 456, s.)

Quoiqu'il en soit, l'indissolubilité du mariage est sanctionnée par l'église catholique ; le clergé tout-puissant dans l'Etat depuis la conversion de Clovis, devient le régulateur du divorce, il détermine les nullités de mariage, qui furent converties en loi par l'édit de Charles-le-Chauve (Pistoie, 876). Les tribunaux ecclésiastiques prononcent aussi sur les séparations de corps. (1)

DROIT INTERMÉDIAIRE

Il paraît qu'au XIVe siècle, l'étude du droit romain fit renaître l'idée du divorce, mais cela ne pouvait être que dans l'intention de quelques romanistes, car la législation l'a toujours défendu avec grande sévérité, et a déclaré l'indissolubilité du mariage. Cette doctrine de l'Eglise fut respectée jusqu'à la constitution du 3 septembre 1791.

(1) Voir sur tous ces points l'intéressant travail de M. Tissot, Doyen de la Faculté des Lettres de Dijon, et professeur de philosophie. « Le mariage, la séparation et le divorce, 1 vol. in-8°. »

Dans l'art. 7, tit. 2 de cette constitution, le mariage est déclaré *contrat civil*. La loi du 20 septembre 1792 tira la conséquence de ce fait, en abolissant la séparation de corps et en y substituant le *divorce*. La faculté de divorcer découlait logiquement des nouvelles doctrines libérales, de la fameuse constitution de 1791 qui a proclamé hautement les droits de l'homme et du citoyen, et le principe de la liberté individuelle.

L'art. 1, § 1 de la loi du 20 septembre 1792, établit le divorce; l'art. 7, § 1, prohibe la séparation de corps; l'art. 2 de la même loi admet le divorce *bona gratia*. « Le divorce, dit cet article, a lieu par le consentement mutuel des époux. » L'art. 3 dit : « L'un des époux peut faire prononcer le divorce sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère. » L'art. 4 donne les causes du divorce; il est dit dans cet article : « Chacun des époux peut également faire prononcer le divorce sur des motifs déterminés, savoir : 1° la démence, la folie ou la fureur de l'un des époux; 2° la condamnation de l'un d'eux à des peines afflictives et infamantes; 3° les crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre; 4° le dérèglement de mœurs notoire; 5° l'abandon de la femme par le mari ou du mari par la femme pendant deux ans au moins; 6° l'absence de l'un d'eux, sans nouvelles pendant cinq ans; 7° l'émigration dans les cas prévus par la loi. »

Il suffit d'observer attentivement ces causes du divorce pour admirer l'esprit libéral et chrétien des hommes qui ont rédigé cette loi. La réciprocité entre le mari et la femme est parfaite, leurs droits sont égaux.

C'était là un acte de justice et de haute moralité que le Code civil ne sut pas respecter, du moins pour le cas d'adultère.

La loi du 4 floréal an II se montre encore plus favorable au divorce; elle décide : 1° que la simple séparation de fait pendant six mois suffit pour faire prononcer immédiatement, sans aucun délai d'épreuve, le divorce, après qu'elle a été établie par un acte authentique ou de notoriété publique, délivré par le Conseil général de la commune sur l'attestation de six citoyens; 2° le délai d'absence est réduit de cinq ans à six mois; 3° enfin les époux ne sont pas obligés de respecter les délais requis par les lois de la procédure.

La loi du 24 vendémiaire an III accorde encore une autre faveur au divorce. Elle décide que si l'un des époux a émigré en pays étranger ou dans les colonies, l'autre sera dispensé de l'assigner au dernier domicile pour faire prononcer le divorce.

Ici s'arrête la grande extension accordée au divorce. Les lois qui suivront ne feront que restreindre de plus en plus la faculté de divorcer jusqu'à son abolition définitive. Ainsi la loi du 15 thermidor an III revient à la loi du 20 septembre 1792. En l'an V, on essaya une modification qui n'aboutit qu'après plusieurs ajournements; son résultat était de prolonger de six mois le délai, après lequel le divorce pouvait être prononcé en cas d'incompatibilité d'humeur.

Tel est le résumé de la législation sur le divorce avant la rédaction du Code Napoléon. Les rédacteurs se trouvèrent en face de deux législations opposées :

la séparation de corps de l'ancien droit avec ses rigueurs et le divorce avec une très grande liberté. Laquelle des deux ont-ils adoptée? Pour satisfaire tous les partis politiques, ils ont reconnu les deux institutions, mais ils ont réduit les causes du divorce à cinq, savoir : 1° le consentement mutuel des époux ; 2° l'adultère ; 3° les excès, sévices et injures graves ; 4° les condamnations judiciaires ; 5° le refus de conciliation après trois ans de séparation.

Les effets du divorce sont, que les époux devenant libres, le mariage étant rompu, ils peuvent contracter de nouvelles noces.

Dans l'art. 298 nous trouvons une disposition empruntée à la L. 40, pr. Dig. *ad Leg. Jul. de adul.* et à la Novelle CXVII de Justinien, relative aux pénalités appliquées à la femme adultère. Cet article est ainsi conçu : « Dans le cas du divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice (L. 40, pr.). La femme adultère, continue cet article, sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction, pour un temps déterminé qui ne pourra être moindre de trois mois ni excéder deux années. » (Nov. 117, cap. 10 et Glück, t. 27, p. 18).

L'adultère de la femme ne peut être dénoncé que par le mari. C'est ce que nous dit l'art. 337, C. pén. Nous verrons les autres effets dans la matière de la séparation de corps.

L'œuvre des rédacteurs du Code civil du 21 mars 1803 ne tarda pas à être détruite par la loi du 8 mai

1816, qui a aboli le divorce, en le remplaçant par la séparation de corps, institution moins satisfaisante pour le bonheur humain et les nécessités sociales.

De ce qui précède on peut observer qu'il y a quatre changements successifs sur la matière de la séparation.

1° L'ancienne jurisprudence, proclamant avec la religion catholique l'indissolubilité absolue du mariage, prohibait le divorce et n'autorisait que la séparation de corps ; mais les Papes ont admis le divorce pour quelques princes ou grands seigneurs.

2° La législation intermédiaire prohiba la séparation et n'autorisa que le divorce.

3° Le Code Napoléon, pour satisfaire toutes les opinions, autorisa en même temps le divorce et la séparation.

4° Enfin la loi du 8 mai 1816 ayant aboli le divorce n'admet plus que la séparation de corps. C'est la loi actuelle, dont nous allons nous occuper spécialement.

DROIT FRANÇAIS

LÉGISLATION ACTUELLE

Séparation de corps.

Le titre : *séparation de corps*, est inintelligible, si l'on ignore quelle est l'idée des théologiens sur le mariage. Ils considèrent, en effet, que la force du mariage est si grande, que les deux personnes ont cessé d'être séparées ; elles se sont absorbées l'une dans l'autre, de telle sorte qu'elles ne forment plus qu'une seule personne, une même chair : *erunt duo in carne una*. Leur raisonnement est que le mariage est le type et la figure de l'union de Jésus-Christ avec son Eglise ; et comme cette union est une et indissoluble, le mariage doit l'être aussi. — Toute la théorie, les arguments et la doctrine des théologiens pour l'indissolubilité et pour l'unité du mariage sont compris dans ces mots mystiques qui, d'après nous, n'ont rien à faire avec

le mariage. Quoiqu'il en soit, nous pouvons à présent comprendre notre titre, nous connaissons pourquoi le législateur du 8 mai 1816 s'est servi de ces mots, « séparation de corps. » Le titre plus raisonnable, d'après nous, est « la séparation d'habitation » car c'est l'habitation qui cesse d'être commune.

Cela est prouvé même par la définition de la séparation de corps : « La séparation de corps est la remise que la justice fait aux époux de l'obligation de vivre en commun; en d'autres termes, la faculté pour chaque époux d'avoir une habitation distincte et séparée. »

La séparation de corps ne détruit pas le lien conjugal comme le divorce, elle ne fait que le relâcher. Son but principal est de dispenser les époux de vivre ensemble, dans la même maison; ce qui fait cesser, par voie de conséquence, les droits et les devoirs résultant de la vie commune; mais là s'arrête son effet. Sous tous autres rapports, et quant au devoir de fidélité et à l'obligation alimentaire, le mariage subsiste sans aucune atteinte.

La séparation de corps ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement rendu par les tribunaux civils, et en vertu de causes déterminées, jamais par le consentement mutuel des époux, comme le divorce. La séparation de biens est une conséquence de la séparation de corps; mais par la réconciliation des époux, le contrat de mariage peut revivre.

Pour bien saisir cette matière, nous la diviserons en quatre chapitres; dans le premier, nous examinerons quelles sont les causes en vertu desquelles la séparation

de corps est admise ; dans le second, quelle est la procédure à suivre ; dans le troisième, quels sont les effets ; et dans le quatrième, quelle est la manière de faire cesser la séparation de corps.

CHAPITRE I.

SECTION I.

Des causes de la séparation de corps.

L'union du mari et de la femme, qui est formée par Dieu même, dit Pothier, et le pouvoir que chacun des conjoints donne sur son corps par le mariage à l'autre conjoint, ne permettent pas à une femme de demander la séparation d'habitation, si ce n'est pour de très-grandes causes. Elle est obligée, dans le for de la conscience, de s'attirer par sa douceur et par ses complaisances les bonnes grâces de son mari ; et si, en faisant tout ce qui est en son pouvoir, elle ne peut y réussir, elle ne doit opposer que la patience aux mauvaises manières de son mari et même à ses mauvais traitements ; elle doit regarder cela comme arrivant par l'ordre de Dieu, et comme un châtiment qu'il lui envoie pour expier ses péchés. Cela ne doit pas l'empêcher d'aller, dans toutes les occasions, au-devant de tout ce qui peut faire plaisir à son mari, et elle ne doit pas le quitter, à moins que les choses ne soient portées aux plus grandes extrémités.

A l'égard du for extérieur, dit encore Pothier, les juges ne doivent pas trop facilement permettre à une femme de se séparer de l'habitation de son mari, à qui Dieu l'a unie : *quod ergo Deus conjunxit, homo non separet;* mais lorsqu'il y a de graves et justes causes, alors les juges doivent le permettre.

Pothier dit que de son temps les causes de séparation ne sont pas déterminées; le Code Civil, malgré son obscurité en cette matière, nous dit par l'art. 306, que « dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps. » Pour connaître quelles sont ces causes, il faut nous reporter aux articles 229, 230, 231 et 232, en matière de divorce. En effet, d'après ces articles, les causes de séparation sont déterminées limitativement à trois, savoir :

1° L'adultère de la femme, (art. 229,) ou l'adultère du mari, lorsqu'il a tenu sa concubine dans la maison commune, (art. 230, Code Civil, art. 339, Code pénal).

2° Les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre, (art. 231).

3° Enfin la condamnation de l'un des époux à une peine infamante (art. 232).

Quant à la séparation par le consentement mutuel, la loi a eu grand soin de l'interdire formellement par l'art. 307, car nous savons que le divorce pouvait avoir lieu par l'entente, la volonté réciproque des époux.

M. Demolombe donne trois raisons de cette prohibition : 1° ce mode de séparation de corps serait inutile,

parce que, si les époux sont véritablement d'accord pour trouver l'existence commune insupportable, ils n'ont pas besoin de jugement pour la faire cesser ; 2° ce moyen serait frauduleux le plus souvent pour les créanciers, parce que la séparation de corps entraîne la séparations de biens (art. 311), et il est défendu aux créanciers d'intervenir dans une demande en séparation de corps ; ils ne le peuvent que dans la demande en séparation de biens (art. 1447) ; 3° la séparation par consentement mutuel eut créé des scandales sans nombre. La faculté, et peut-être même l'espoir de se réunir plus tard, aurait multiplié ces séparations. Ce sont les motifs pour lesquels le législateur a prohibé la séparation par consentement mutuel.

Passons à présent aux causes de séparation de corps admises :

I. *L'adultère.* — L'adultère de la femme, en quelque lieu qu'il ait été commis, qu'il s'agisse d'une faute accidentelle et isolée, ou d'une inconduite habituelle, est une cause déterminée de séparation de corps pour le mari. Mais pour que l'action du mari soit recevable, il faut que la femme ait consenti à l'adultère, car si elle était la victime de violences matérielles, ou morales, ou même de surprises, on ne peut pas lui imputer la mauvaise foi, la faute. Il y a quelques jurisconsultes qui poussent à l'excès la sévérité contre les femmes, ils disent que le mari peut demander la séparation même dans ces derniers cas. Cette doctrine nous paraît inadmissible, car elle est contraire à tous les principes du droit et à la juste raison.

A l'égard de l'adultère commis par le mari, la loi est moins sévère; en effet, l'art. 230, C. civ., dit : « La femme pourra demander la séparation pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura *tenu sa concubine* dans la *maison commune*. » L'art. 339, C. pén., demande aussi ces trois conditions pour que la femme puisse demander la séparation pour cause d'adultère de son mari, et que celui-ci soit puni. « Le mari, dit cet article, qui aura *entretenu* une *concubine* dans la *maison conjugale*, etc. »

La femme ne peut donc intenter l'action en séparation contre son mari adultère que lorsque celui-ci a une *concubine*, que cette concubine est *entretenue*, qu'elle est entretenue dans la *maison conjugale*.

M. Demolombe dit que ce sont des circonstances aggravantes pour le mari adultère. Nous voyons dans ces conditions des privilèges, des faveurs exorbitantes pour le mari qui méprise le lien conjugal. Pour bien nous convaincre de cette vérité, tâchons d'examiner brièvement ces conditions, qui, étant accomplies toutes les trois, peuvent seules permettre à la femme de demander la séparation.

Tenir, entretenir une concubine, c'est avoir des relations illicites et habituelles avec une femme ; il suffit que ces relations honteuses soient réitérées et prouvées. Une femme avec laquelle un mari a eu un ou plusieurs rapprochements isolés, sans caractère de continuité, d'habitude, à des intervalles plus ou moins longs, n'est point une concubine ; ces relations constituent ce que les Romains appelaient *stuprum*.

Une concubine. — Il ne faut pas confondre la concu-

bine dont nous parlons avec la concubine que nous trouvons chez les Romains. Ce nom a un sens générique, c'est-à-dire il signifie deux choses : la femme qui est liée par des affections sérieuses à un homme, et avec qui elle vit; c'est une union qui, par sa permanence, par son but, offre un certain caractère de moralité.

Dans un autre sens plus restreint, le mot concubine signifie la femme mariée ou non, qui entretient des relations illicites avec un homme qui est déjà marié. C'est dans ce sens qu'est pris le mot concubine dans notre matière.

Dans la maison commune, dans la maison conjugale.

Pour que la femme puisse intenter l'action en séparation contre son mari adultère, il ne suffit pas qu'elle prouve que son mari *tient, entretient une concubine*, avec laquelle il a des relations continues, mais il faut de plus que cette concubine soit introduite dans la maison commune, c'est-à-dire dans la maison où le mari habite ou peut habiter comme propriétaire, usufruitier, usager ou locataire, qu'il y ait son domicile ou simplement sa résidence, que sa femme y habite ou non. La femme a le droit de suivre partout son mari, de s'installer dans la même maison où il est. C'est la disposition de l'art. 214, C. civ., qui est ainsi conçu : « La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir. » La maison conjugale est donc partout où le mari réside, bien que sa femme n'y soit pas avec lui.

Par conséquent si le mari quitte sa femme et va s'installer dans la maison de sa concubine, cette maison

devient pour la femme la maison conjugale, car elle a le droit d'habiter avec son mari.

Il en est de même si le mari a conduit sa concubine dans une maison de campagne, ou dans une maison qu'il possède *pro indiviso* avec sa concubine, ou s'il a quitté son habitation, et s'est établi avec sa concubine dans un appartement ou dans une chambre d'hôtel. Dans tous ces cas il suffit que la nouvelle habitation du mari ait été son domicile légal pour qu'elle soit la maison commune, dans le sens de l'art. 230, C. civ., et que sa femme puisse demander la séparation de corps. La femme est admise à demander la séparation contre son mari adultère, s'il a tenu sa concubine dans sa maison, quand même la femme aurait cessé de résider avec son mari : dans le sens de l'art. 230, C. Civ., les mots *maison commune* signifient *domicile marital*. — Il en est de même, dans le cas où la femme a été chassée par son mari ou l'a quitté sans motif et en son absence. Il en est de même aussi, si le mari l'a sollicitée, l'a priée de revenir, et si ne pouvant y réussir, il a commencé de vivre avec sa servante.

On se demande si la femme peut demander la séparation lorsque la servante, la nourrice, l'institutrice ou toute autre, est introduite dans la maison par elle-même et qu'elle est ensuite devenue la concubine de son mari? M. Marcadé dit, que la femme peut demander la séparation si elle a voulu chasser la domestique et que son mari s'y soit opposé. Non, si le mari ne s'y est pas opposé, parce qu'alors, dit-il, on ne peut pas dire que le mari ait *tenu* sa concubine dans la maison com-

mune. Nous ne pouvons pas admettre cette distinction, et nous croyons que dans tous les cas la femme a le droit de demander la séparation. M. Marcadé se base sur le mot *tenu*, pour soutenir son système; il dit que le mari *doit s'opposer à la volonté de sa femme*. Or ce raisonnement n'est pas admissible, car la loi ne distingue pas entre le mot *tenu* et *entretenu*, qui sont pris indistinctement dans le même sens. Telle est la véritable interprétation : la domestique a été *entretenue* par le mari, c'est la seule condition qu'exige la loi pour que sa femme puisse demander la séparation.

Si le mari a commis l'adultère hors de la maison commune, la femme ne peut pas demander la séparation contre lui. Ce que la loi veut, c'est que l'adultère soit commis dans la maison commune, et que le commerce illicite du mari avec la concubine soit habituel.

Nous avons donc vu les conditions auxquelles est soumise la demande de la femme contre le mari. Celle du mari contre la femme n'exige pas autant de conditions. Il peut en effet demander la séparation contre sa femme et la faire juger avec la plus grande sévérité pour son adultère, indépendamment du lieu où il a été commis et des circonstances accessoires. C'est ce dont se plaint, dans Juvénal une certaine Laronia :

> De nobis post hæc tristis sententia fertur :
> Dat veniam corvis, vexat censura columbas. (1)

Ainsi nous voyons que la loi n'établit pas l'égalité parfaite entre le mari et la femme; la violation de la fidé-

(1) Sat. II, v. 62.

lité conjugale n'est pas soumise à la même pénalité pour le mari et pour la femme ; le premier a des privilèges, des faveurs trop étendues. La loi est donc partiale sur ce point.

Ecastor lege dura vivunt mulieres
Multoque iniquiore miserae quam viri ;
Nam si vir scortum duxit, clam uxorem suam,
Id si rescivit uxor, impune est viro.
Uxor vero si clam domo egressa est foras,
Viro fit causa ; exigitur matrimonio
Utinam lex esset eadem, quam uxori est, viro ! (1)

Nous nous demandons aussi avec Plaute, pourquoi la loi n'est pas la même pour l'homme et pour la femme ? Écoutons la réponse peu juridique et contraire à la raison que nous donne Montesquieu. « Comme le mari peut demander la séparation à cause de l'infidélité de sa femme, la femme la demandait autrefois à cause de l'infidélité du mari. Cet usage, *contraire à la disposition des lois romaines*, s'était introduit dans les cours d'église, où l'on ne voyait que les maximes du droit canonique ; et effectivement, à ne regarder le mariage que dans des idées purement spirituelles et dans *le rapport avec les choses de l'autre vie, la violation est la même*. Mais les lois politiques et civiles de presque tous les peuples ont avec raison distingué ces deux choses. Elles ont demandé des femmes un degré de retenue et de continence *qu'elles n'exigent point des hommes*, parce que *la violation de la pudeur suppose dans les femmes un renoncement à toutes*

(1) Cité dans la thèse de droit romain

les vertus ; parce que la femme, en violant les lois du mariage, sort de l'état de sa dépendance naturelle ; parce que *la nature a marqué l'infidélité des femmes par des signes certains ;* outre que les *enfants adultérins de la femme sont nécessairement au mari et à la charge du mari*, au lieu que les enfants adultérins du mari ne sont pas à la femme, ni à la charge de la femme. » (Esp. des Lois, XXVI, 8).

Nous croyons, pour nous, que les raisonnements et l'argumentation du grand philosophe ne sont pas tout-à-fait exacts Pour nous en convaincre, nous nous permettrons d'analyser ses arguments dans l'ordre où il les a exposés. Montesquieu, après avoir dit que dans l'ancien droit la demande en séparation entre les époux pour cause d'infidélité était soumise aux mêmes règles, ajoute : « Cet usage est contraire à la disposition des lois romaines. » Nous l'avons déjà dit, chez les Romains, non-seulement la femme pouvait divorcer à raison de l'adultère de son mari, mais de plus elle avait encore le *judicium de moribus* contre lui. Nous voyons, et nous avons déjà vu en droit romain, que la L. 8, C. *de Repudiis*, prévoit l'adultère comme une cause réciproque de divorce. C'est la disposition qui était introduite dans l'ancien droit français, dans le droit canonique et dans le droit intérimaire. Ce que le droit romain a refusé à la femme, ce n'est pas le *divorce*, mais l'action publique contre son mari, *publico judicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio suo violato quæri velint, lex Julia declarat : quæ cum masculis jure mariti accusandi facultatem detulisset, non idem feminis privi-*

legium detulit. C'est ce texte qui a motivé l'erreur de Montesquieu, en confondant l'adultère, fait punissable, avec l'adultère, cause du divorce.

« A ne regarder le mariage que dans les rapports avec les choses de l'autre vie, la violation est la même. » Nous croyons que la violation est la même, non-seulement en considération de la vie future, mais même dans la vie terrestre. Les devoirs et les obligations entre époux leur sont imposés pendant leur vie commune ; la violation de la fidélité conjugale qui doit être respectée avec la même sainteté d'une part que de l'autre est aussi coupable : *Quod non licet feminis*, dit saint Jérôme, *æque non licet viris*. Or, nous ne comprenons pas pourquoi la violation serait aussi grave pour les époux au point de vue de l'autre vie, tandis que considérée sous le rapport de la vie actuelle elle ne le serait pas. Mais avant d'arriver là, où, dit-on, règnent l'égalité, la justice et la *paix perpétuelle*, nous devons accomplir notre devoir sur la terre. Saint Augustin, quand il dit que le mari adultère est plus criminel, plus punissable que la femme parle, pensons-nous, aussi bien pour cette vie que pour l'autre.

« La violation de la pudeur suppose dans la femme un renoncement à toutes les vertus. » Nous le croyons bien, mais l'adultère du mari ne suppose-t-il donc pas un renoncement à toutes les vertus et aux devoirs d'époux? cela n'est-il rien?

« La nature a marqué l'infidélité des femmes par des signes certains. » Nous ne comprenons pas quels peuvent être ces *signes certains*. Il est vrai que chez les Indiens,

d'après la loi de Manou, la femme divorcée était marquée d'un fer chaud sur le corps, Ces stigmates témoignaient de sa liberté reprise ; mais chez nous, on n'a pas pris de telles mesures contre les femmes qui ont violé la fidélité conjugale. Je ne crois pas que Montesquieu ait entendu par *signes certains* la maternité, car si la maternité était un signe certain d'adultère, on arriverait à des conséquences absurdes.

Enfin, Montesquieu dit encore que : « les enfants adultérins de la femme sont nécessairement à la charge du mari, au lieu que les enfants adultérins du mari ne sont jamais à la charge de la femme. »

C'est l'argument invoqué par l'universalité des jurisconsultes, pour soutenir que l'adultère du mari est moins punissable que celui de la femme. Nous croyons que ce raisonnement se retourne contre ceux même qui l'invoquent, et est en notre faveur ; en faveur de ceux qui soutiennent que les peines doivent être égales pour les époux. Le but du mariage est la procréation. Si le mari n'accomplit pas ses devoirs, il est naturel que le but sera manqué. Par son commerce illicite avec d'autres femmes, il viole le devoir marital, il se fait l'auteur d'une procréation dans une autre famille que la sienne. La femme donc qui reste isolée dans la maison conjugale souffre le plus grand attentat à son honneur, à sa dignité de femme mariée. Chez les Romains, le S. C. Claudien décidait clairement que les enfants issus du commerce d'une femme libre avec un esclave tomberaient avec leur mère dans la servitude du propriétaire de l'esclave, sinon il souffrirait un préjudice. Or, la femme mariée négligée

par son mari a une plus grande raison de dire qu'elle subit un préjudice.

« Les enfants adultérins du mari, dit Montesquieu, ne sont pas à la charge de sa femme. » Cette assertion n'a pas de fondement sérieux, car si les enfants ne le sont pas, sa conduite est à sa charge, il en est responsable. Elle lui a apporté une dot pour l'aider à supporter les charges du mariage, il détourne cette dot de sa destination pour l'employer à ses débauches. C'est la femme qui paie les maîtresses de son mari ! (Voir la Thèse de Doctorat de M. Dupruy).

L'adultère, outre la séparation de corps, a une autre conséquence plus grave, c'est la pénalité qui l'atteint.

Il est considéré comme délit par le code pénal :

La femme adultère est soumise à une peine corporelle. L'art. 337, C. pén., dit : « qu'elle sera punie d'un emprisonnement de trois mois à deux ans ; tandis que le mari adultère qui a entretenu sa concubine dans la maison conjugale, n'est soumis qu'à une faible peine pécuniaire de deux cents à deux mille francs » (art. 339, C. pén.). Nous regrettons de ne pas pouvoir discuter et critiquer ces dispositions, ces peines barbares et inhumaines infligées aux femmes. Nous espérons que la civilisation arrivera bientôt et détruira ces débris de la législation de Justinien. Il paraît que les femmes sont faites pour les lois et non pas les lois pour les femmes. On oublie que de telles sévérités sont des injustices flagrantes. *summum jus summa injuria.*

II. *Excès, sévices, injures graves.* — C'est la seconde cause de séparation de corps prévue par l'art. 231, C.

civ. qui est ainsi conçu : « les époux pourront réciproquement demander le divorce (la séparation) pour excès, sévices ou injures graves, de l'un d'eux envers l'autre. »

Les excès sont les actes qui dépassent toute mesure, ou plus précisément, les attentats qui compromettent l'existence même de celui qui en est la victime.

Les sévices sont des actes de cruauté, de méchanceté moins violents, mais, en général, plus habituels : les voies de fait, les mauvais traitements, etc.

Les injures graves résultent de *paroles*, *d'écrits* ou de *faits* outrageants par lesquels l'un des époux attente à l'honneur et à la considération de l'autre, et témoigne pour lui des sentiments de haine, d'aversion ou de mépris. — Telle est la signification de ces mots, donné par M. Demolombe.

L'adultère, comme nous l'avons dit, n'est pas, d'une manière absolue, une cause réciproque de séparation, tandis que les excès, sévices et injures graves sont une cause toujours réciproque de la séparation de corps.

Toutefois, quelques auteurs font une distinction entre les excès d'une part et les sévices et injures graves d'autre part. Ils disent que : les excès constituent toujours, et d'une manière absolue, des causes de séparation, tandis qu'il en est autrement des sévices et des injures.

Nous croyons que cette distinction est superflue, car la séparation de corps doit être admise dans tous les cas. C'est aussi l'avis de la jurisprudence. La loi ne les distingue ni quant à leur nature, ni quant à leurs effets, elles sont placées sur la même ligne. Elles n'ont pas été

définies par la loi, comment dès lors pourrait-on les distinguer les unes des autres en fait? Il faut bien le reconnaître, c'est là une question que les magistrats doivent apprécier d'après les circonstances, d'après la position sociale et l'éducation des époux. — La jurisprudence est arrivée à déterminer quelques espèces; ainsi d'après elle, il y a sévice grave lorsque le mari a provoqué l'emprisonnement de sa femme trouvée hors du domicile conjugal en prévention d'adultère; de même si le mari a enlevé avec violence et effraction une somme paraphernale d'un meuble appartenant à sa femme et déposé dans une tierce maison.

Il y a injure grave, lorsque, par exemple, le mari a intenté à tort une action d'adultère contre sa femme, ou lorsqu'il l'a qualifiée comme telle en public, ou dans une lettre confidentielle. Le refus réitéré du mari de recevoir sa femme dans le domicile conjugal ou le refus de la femme de cohabiter avec son mari est aussi une injure grave. Il en est de même si l'une des parties refuse de participer à la cérémonie religieuse du mariage, ou s'oppose au baptême des enfants; mais dans ce cas il faut que l'époux s'oppose expressément et attaque directement ainsi les sentiments religieux de son conjoint. Mais qu'arrivera-t-il si l'un des époux, pendant le mariage, change de religion? Nous pensons avec notre savant professeur, M. Huc, que dans ce cas la demande en séparation ne peut être admise, car c'est là un fait de conscience; c'est l'exercice d'un droit naturel reconnu par la législation de toutes les nations civilisées. Empêcher et punir le changement de religion,

c'est vouloir détruire les sentiments les plus sacrés dont la Providence a doué les cœurs humains, c'est lutter contre le progrès, ce qui est impossible.

La communication du mal vénérien peut être considérée comme une injure grave, lorsqu'il a été communiqué sciemment, ou lorsque ce fait est accompagné de circonstances aggravantes, soit de la part du mari, soit de la part de la femme. La distinction émise par notre honorable professeur, M. Massol, si raisonnable qu'elle puisse paraître, ne nous semble pas admissible. Pourquoi, en effet, accordera-t-on au mari l'action en adultère contre la femme et en outre la demande en séparation, tandis qu'à la femme on refuse même la simple demande en séparation de corps? Nous ne comprenons pas sur quels arguments juridiques peut être basée cette distinction, le pacte conjugal met les époux sur le même pied d'égalité; il n'y a pas de privilège de faveur accordé à l'un ou à l'autre. On doit donc accorder la demande en séparation à la femme comme au mari, ou la refuser à tous les deux.

Que décider, si une femme catholique a épousé par erreur un prêtre qui a renié sa condition? C'est une question fort discutée entre les jurisconsultes.

Les uns disent qu'il y a une cause de nullité du mariage, qui peut être invoquée par la femme, car, d'après eux, il y a erreur dans la personne.

D'autres soutiennent qu'il y a une simple cause de séparation en faveur de la femme et non pas une cause de nullité. Nous préférons adopter la première opinion.

Il arrive quelquefois que l'un des époux refuse de

remplir le but du mariage. Que décider dans de tels cas? Nous pensons que la séparation doit être admise pour celui des époux qui a été trompé dans son espérance. La jurisprudence a émis plusieurs arrêts dans ce sens. Ainsi la Cour de Metz, dans un arrêt du 25 mai 1869, a accordé la séparation à une femme contre son mari, parce qu'il avait refusé toute relation intime avec elle pendant plusieurs mois après le mariage; « Attendu, dit cet arrêt à la fin, que pour lui reconnaître les caractères d'un sanglant outrage, il suffit de retenir qu'il a été subi par une femme intelligente, d'une pureté de mœurs parfaite, et qu'elle a dû se sentir profondément blessée du mépris persistant que son mari a montré pour ses charmes et pour ses légitimes aspirations à la maternité. »

Terminant cette série de causes, nous faisons observer que les juges sont souverains dans leurs appréciations, ils sont libres et doivent prendre en considération la position, l'éducation des époux et les circonstances.

III. *Condamnation de l'un des époux à une peine infamante.* — Par le mariage, les époux sont censés tacitement, se promettre l'un à l'autre de soutenir la pureté de leur honneur, de leur estime, de leur considération : *existimatio dignitatis illæsæ status, legibus ac moribus comprobatus*; c'est l'honneur du citoyen français, qui se fonde à la fois sur les lois et sur les mœurs, et qui doit être maintenu intact dans sa vie publique et privée.

Si donc l'un des époux viole cette dignité; s'il est frappé par la sévérité des lois dans son honneur, cette atteinte réfléchit sur son conjoint, qui est solidaire des

faits de l'autre, qui ne forme avec lui qu'une seule personne dans la considération sociale.

Mais pour que l'innocent ne soit pas victime des crimes commis par son conjoint, la loi intervient et lui accorde la séparation de corps contre son époux condamné irrévocablement à une peine infamante; c'est ce que dit l'art. 232, C. civ. : « La condamnation de l'un des époux à une peine infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce (séparation). »

La loi n'a pas voulu qu'un conjoint honnête fût condamné à vivre avec un être flétri par la justice.

Comme le dit M. Treilhard dans son exposé des motifs, « forcer un époux de vivre avec une infâme, ce serait renouveler le supplice d'un corps vivant attaché à un cadavre. »

Deux conditions sont nécessaires pour que la condamnation de l'un des époux puisse ouvrir à l'autre une cause de séparation de corps :

1° Il faut qu'il y ait une condamnation à une peine infamante; quand bien même le fait reproché à l'accusé serait passible d'une telle peine, si la condamnation à cette peine n'a pas été prononcée par suite, par exemple, de l'admission des circonstances atténuantes, la séparation ne pourrait pas être accordée. Peu importe que la peine soit à la fois afflictive et infamante, ou simplement infamante. Le droit de demander la séparation est attaché par la loi, non à la qualification du fait et à la peine que ce fait pourrait entraîner, mais à la peine effectivement prononcée.

2° La condamnation doit résulter d'un arrêt définitif;

d'où il résulte, que si la condamnation a été prononcée par contumace, la demande en séparation de corps ne peut et ne doit même être intentée qu'après la prescription acquise à l'époux contumax par les vingt ans écoulés depuis l'arrêt de condamnation. Mais dès que la condamnation est devenue irrévocable, aucune circonstance ne peut plus empêcher la prononciation de la séparation, ni la grâce, ni la commutation de peine, ni l'expiration de la peine subie ne sauraient produire cet effet. C'est seulement la réhabilitation qui efface, détruit définitivement la cause de la séparation.

Une condamnation infamante antérieure au mariage est-elle une cause de séparation? La question est controversée entre les jurisconsultes.

Les uns, et notament MM. Zachariæ, Toullier et Prodhon, disent que la peine infamante antérieure à la célébration du mariage ne peut, quoique ignorée du conjoint, être une cause de séparation de corps.

D'autres, comme MM. Duranton, Delvincourt et notre honorable professeur M. Massol, font une distinction : ils disent, que la séparation doit être admise lorsque le conjoint du condamné a ignoré cette condamnation au moment de la célébration du mariage; au contraire s'il l'a connue, la séparation de corps lui est interdite, car il n'a pas été trompé, il savait quels étaient les antécédents de son conjoint.

Nous croyons que ce dernier système est plus raisonnable et juridique : car si l'on refuse de prononcer le divorce, et on ne le peut, il faut au moins prononcer la séparation de corps. Il est vrai que c'est une vie misé-

rable que d'être séparé, et de ne pas pouvoir se marier; mais cela, d'après nous, est encore préférable à l'obligation de vivre avec un condamné aux galères, avec un infâme.

Telles sont les trois causes, qui seules puissent autoriser la séparation de corps. La folie, l'absence, la perte de la fortune, les maladies les plus contagieuses ou les plus repoussantes, ne sauraient être pour l'autre époux une cause de séparation de corps.

Il en est de même, dit Pothier, d'une difformité, quelque grande qu'elle soit, qui serait survenue à l'un des conjoints, telle qu'un cancer au visage.

Pothier dit encore que ces principes sont conformes à la décision du pape Alexandre III. Sur la maladie de la lèpre, qui était commune de son temps : *quoniam*, dit ce pape, *vir et uxor una caro sint, et non debeat alter sine altera esse diutius, mandamus ut uxores viros et viri uxores qui lepræ morbum incurrunt sequantur.*

Section II.

De la Capacité nécessaire pour intenter l'action en séparation de corps. — Des fins de non-recevoir qui peuvent y être opposées.

§. I. — *De la Capacité.*

Dans l'ancien droit français, la femme obtenait plus facilement la séparation que son mari : celui, disait-on, qui avait la force parmi ses attributs, ne devait répondre que par le mépris.

Cette différence n'existe plus dans le Code civil actuel. L'article 231 du Code civil est formel sur ce point.

La séparation de corps ne peut être demandée que par l'époux offensé. Nulle autre personne n'a ce droit, ni même la faculté d'intervenir dans l'instance (art. 1166, C. civ.)

Mais si l'époux, en droit de demander la séparation de corps, est interdit, alors son tuteur peut la demander en son nom (art. 450, C. civ.)

C'est une action attachée à la personne des époux, et comme telle, elle ne peut être exercée par les héritiers, ni contre les héritiers de l'autre époux. C'est une action intransmissible.

Mais si l'action étant déjà intentée, l'un des époux meurt *pendente lite*, que faudra-t-il décider ? L'action peut-elle être continuée par l'époux survivant contre les héritiers de l'autre ? La question est controversée parmi les jurisconsultes.

Les uns disent que l'action peut être continuée contre les héritiers, car la séparation de corps n'a pas seulement pour but de faire cesser la vie commune, mais elle touche aussi aux intérêts pécuniaires des parties, puisqu'elle entraîne contre l'époux coupable la déchéance des avantages qu'il avait stipulés en son contrat de mariage (art. 1518.) — D'autres, dont nous croyons la doctrine plus admissible et plus juridique, soutiennent, que l'action en séparation de corps ne peut plus être continuée après la mort de l'un des époux survenue *pendente lite*, contre les héritiers de l'autre.

De même nous déciderons que l'action ne peut être

continuée par les héritiers du conjoint mort contre le conjoint survivant.

Le droit à la séparation de corps, c'est-à-dire au relâchement du lien conjugal, suppose nécessairement l'existence du mariage. Il ne peut pas lui survivre; car comment relâcher un lien qui n'existe plus? Comment séparer ceux qui ont cessé d'être unis? Ce droit cesse donc avec le mariage, et par conséquent avec la mort de l'un des époux.

L'action en séparation de corps, c'est l'action principale, qui a un but purement moral; les déchéances pécuniaires qu'elle entraîne n'entrent point dans son objet; elles n'en sont que les effets, les conséquences légales.

L'objet de l'action en séparation de corps cessant, il ne peut pas en résulter des effets, des conséquences; *Cessante causâ, cessat effectus.*

§ 2. — *Des fins de non recevoir.*

Nous trouvons dans le Code, sous le titre du divorce, une section III du chap. II, qui prévoit les fins de non recevoir contre l'action en divorce pour cause déterminée. Cette section reste en vigueur en matière de séparation de corps.

De la réconciliation. — La réconciliation emporte le pardon de l'injure, et par suite, la renonciation au droit qu'avait l'époux offensé d'obtenir la séparation de corps. En effet, l'art. 272. du C. civ. dit. « L'action en divorce (séparation) sera éteinte par la réconciliation des époux, survenue, soit depuis les faits qui auraient pu autoriser

cette action, soit depuis la demande en divorce (séparation.) La réconciliation peut s'induire de certains faits qui, à proprement parler, ne constituent pas une réconciliation.

La réconciliation et la renonciation peuvent être expresses ou tacites. Leurs effets sont les mêmes dans tous les cas; elles ne font tomber la demande en séparation de corps qu'autant qu'elles sont exclusivement fondées sur des faits antérieurs et pardonnés. Mais si des offenses nouvelles sont survenues, l'époux, qui avait renoncé à son droit est autorisé à former une nouvelle demande et à l'appuyer tant sur les faits antérieurs que sur ceux postérieurs à la première réconciliation ou renonciation (art. 273, C. civ.)

L'art. 272, C. c. dit que : si le demandeur en divorce (séparation) nie qu'il y ait réconciliation, le défendeur en fera preuve, soit par écrit, soit par témoins ; l'époux défendeur peut même déférer le serment décisoire au demandeur, sur le fait de la réconciliation ou renonciation. C'est ce qui est enseigné par MM. Aubry et Rau.

De la prescription. — C'est une question controversée que de savoir si l'inaction de l'époux offensé peut être prescrite par trente ans.

1er *Système.* — MM. Aubry et Rau sont pour l'affirmation ; l'exception résultant de la prescription trentenaire est également, le cas échéant, proposable contre une demande en séparation de corps, uniquement fondée sur des faits qui remonteraient à plus de trente ans et que n'auraient pas fait revivre des faits plus récents (T. V, p. 187, § 492. C.).

2me *Système.* — M. Toullier enseigne que : si les mauvaistrait ements ou l'inconduite avait entièrement cessé, et que le silence de l'époux offensé se fût prolongé pendant une année, il semble que les tribunaux devraient étendre à ce cas l'art. 957 (t. II, n° 762).

3me *Système.* — M. Massol n'admet ni l'un ni l'autre de ces deux systèmes ; il dit que d'après les articles 637 et 638, C. d'instruct. crim., l'action publique et civile provenant d'un délit de nature à être puni correctionnellement, se prescrivent par trois années ; qu'ainsi, un époux ne pourra se plaindre de l'adultère de son conjoint après que ce délai sera expiré, et que, par conséquent, il ne serait pas écouté s'il fondait sur ce moyen une demande en séparation de corps.

4me *Système.* — Enfin MM. Mourlon et Demolombe, dont nous adoptons volontiers la doctrine, soutiennent que la prescription ne peut avoir lieu dans notre matière.

L'époux outragé peut former sa demande en séparation de corps, à quelque époque que ce soit, tant qu'il ne sera pas prouvé qu'il a renoncé à son droit. Ainsi, la femme qui quitte la maison commmune, où son mari entretient une concubine, peut, même après trente ans de silence, former sa demande en séparation de corps ; il en est de même si le mari a conservé pendant trente ans sa femme adultère, il peut, après ce temps écoulé, intenter l'action en séparation contre sa femme, à moins qu'il ne soit intervenu entre eux conciliation ou renonciation. C'est une question de fait.

De la réciprocité des torts. — On se demande si l'époux défendeur peut invoquer une fin de non recevoir, tirée

de ce que l'époux demandeur serait lui-même coupable de faits pareils à ceux qu'il reproche à son conjoint, ou même de faits d'une nature différente, mais qui formeraient également contre lui une cause de séparation? La question est vivement discutée entre les jurisconsultes.

Nous croyons que pour résoudre cette question controversée, il faut faire une distinction entre la nature des faits que les époux s'imputent l'un à l'autre.

Les deux époux ont-ils subi des condamnations infamantes; ni l'un ni l'autre ne peut demander la séparation de corps, non pas parce qu'il y aurait une compensation de torts, comme le disent quelques auteurs; car notre droit actuel ne permet pas la compensation pour les faits illicites, mais parce que l'art. 232 ne prévoit que le cas où l'un des époux a subi une condamnation infamante.

Dans tous les autres cas, la réciprocité des torts est, nous le pensons, une circonstance aggravante, une raison de plus de séparer les époux, entre lesquels la vie commune est devenue insupportable. Ainsi le mari coupable et convaincu d'adultère peut demander la séparation de corps contre sa femme adultère, sans que celle-ci puisse lui opposer la fin de non recevoir.

Il en est de même pour la femme qui, bien que coupable d'adultère, peut néanmoins demander la séparation de corps pour cause d'adultère de son mari.

Ce que nous venons de dire sur l'adultère s'applique pour tous les autres torts ou offenses que les époux ont commis l'un envers l'autre.

Les jurisconsultes qui professent l'opinion contraire invoquent en leur faveur, pour la compensation, quelques

textes du droit romain, et notamment la L. 13, Dig. (48, Tit. 5) qui est absolument étrangère à notre matière, et la L. 39, Dig. (24, 3), qui est ainsi conçue : *Viro atque uxore mores, invicem accusantibus causam repudii dedisse utrumque, pronunciatum est. Id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicetur, paria enim delicta mutua pensatione, dissolvuntur.* « Si le mari et sa femme accusent mutuellement leurs mœurs, il a été décidé que tous les deux avaient fourni une cause de divorce ; ce qui doit s'entendre en ce sens que ni l'un ni l'autre ne pourra invoquer une loi que tous deux ont méprisée, car les délits mutuels se détruisent par une espèce de compensation. »

Si l'on fait attention à ce texte, on peut facilement reconnaître qu'il est loin de se référer à notre matière. Nous avons déjà dit que les jurisconsultes romains, plus avancés que les modernes, ont soigneusement distingué la peine du divorce et le divorce lui-même. Dans notre texte, il s'agit d'un *judicium de moribus*, réciproquement intenté par les époux l'un contre l'autre ; et le jurisconsulte Papinien dit que ni l'un ni l'autre ne supportera la peine du divorce, car les délits mutuels se détruisent par une compensation : *paria delicta mutua pensatione dissolvuntur*. Quant au divorce en lui-même, Papinien n'en parle pas du tout ; car il est admis du moment qu'il examine si la peine doit être ou non appliquée. Ce texte est copié dans l'art. 336 du Code pénal, et par conséquent la même explication doit lui être donnée. Le mari perd bien le droit de faire punir sa femme, mais non celui de demander la séparation. Nous voyons donc que les

argumentations et les objections qu'on nous oppose n'ont aucune valeur juridique.

On se demande si l'un des deux époux peut intenter l'action en séparation pour le fait de l'autre époux auquel aurait participé lui-même comme complice. Par exemple, la femme a été condamnée pour vol commis en complicité de son mari, ou bien la femme a commis l'adultère, mais celui-ci l'avait prostituée. Scévola, pour la seconde hypothèse, refuse le *judicium de moribus : cur enim*, dit-il, *improbet maritus mores quos ipse, aut ante corrupit, aut postea comprobavit.* Nous appliquerons cette décision de Scévola à toutes les hypothèses de ce genre.

Enfin, pour terminer avec les fins de non recevoir, nous faisons observer que si la femme, demanderesse en séparation, a quitté la maison où elle avait été autorisée par le président du tribunal à se retirer, le mari peut, conformément à l'art. 269, C. civ. la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites. Mais les juges ont une entière liberté d'appréciation.

CHAPITRE II.

Procédure de la séparation de corps.

D'après l'art. 307, C. civ., la demande en séparation de corps doit être intentée et jugée de la même manière que toute autre action civile. De même l'art. 879, C. proc. dit que la cause sera instruite dans les formes établies pour les autres demandes, et jugée sur les conclusions du ministère public.

Il faut bien se garder de prendre à la lettre les dispositions de ces deux articles, car l'instruction de la demande en séparation s'écarte sur plusieurs points des autres actions ordinaires, savoir :

1° Dans les actions ordinaires le demandeur appelle directement son adversaire devant le juge de paix, par citation d'huissier (art. 48, pr. civ.), tandis que pour la séparation de corps, le demandeur adresse directement une requête au président du tribunal, qui, par ordonnance, l'appelle à comparaître devant lui en même temps que son conjoint. S'il n'a pas réussi à les concilier, par une seconde ordonnance, il les renvoie à se pourvoir directement devant le tribunal de première instance, sans avoir besoin de passer par le préliminaire de la tentative de conciliation devant le juge de paix (art. 875, 876, 877 et 878, C. Proc. Civ.).

2° La femme, pour ester en justice, dans les procès ordinaires, doit avoir l'autorisation de son mari, ou du tribunal (art. 215) tandis que, pour demander la séparation de corps, elle n'a pas besoin de cette autorisation (art. 875, C. pr. civ.)

3° Dans les procès ordinaires, l'aveu du défendeur est la meilleure preuve : *confessus in jure pro judicato habetur* ; pour la séparation de corps cela n'est pas admis, car ce serait la violation de l'art. 307 qui prohibe la séparation par consentement mutuel ; il en est de même pour le serment.

4° Dans les procès ordinaires, on ne peut pas invoquer comme témoins ses domestiques, ses parents collatéraux au degré de frère ou de cousin issu de germain

inclusivement : l'autre partie peut les repousser (art. 283, pr. civ.), toutes ces personnes sont au contraire admises à témoigner en séparation de corps. Les descendants des époux et leurs enfants sont exclus même dans notre matière (art. 251, C. civ.)

5° Nous avons déjà dit que, dans les procès ordinaires les créanciers peuvent intervenir pour la sûreté de leurs droits; cette intervention est prohibée dans l'instruction de la séparation de corps.

6° Les jugements ordinaires ne sont soumis à aucune publicité, tandis que ceux de la séparation de corps doivent être publiés et affichés conformément aux articles 872 et 880 du Code de Pr. Civ.

Enfin, en matière de divorce, le juge a la faculté de retarder l'instruction de la cause ; ce qu'il ne peut faire en matière de séparation de corps. Ainsi les articles 259 et 260, qui autorisaient les juges, en matière de divorce, à prescrire une année d'épreuve avant de statuer sur la demande, ne sont pas applicables à la séparation de corps. Il est vrai que quelques auteurs soutiennent que les dispositions de ces articles sont applicables même à la séparation de corps. Il suffit de connaître la nature de la demande en séparation de corps pour rejeter l'opinion de ces auteurs.

Section première.

Mesures provisoires et conservatoires.

Pendant l'instruction de la demande en séparation de corps, on peut prendre quelques mesures provisoires,

destinées à garantir les intérêts que cette instance même peut mettre en péril.

Ces mesures concernent :

1° La personne de la femme et ses intérêts pécuniaires ;

2° La personne et les intérêts pécuniaires du mari ;

3° La personne des enfants.

I. *La personne de la femme.* — D'après l'art. 879 du Code de procédure civile, le président du tribunal peut autoriser la femme à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties sont convenues ou qu'il indique d'office, et ordonner que les effets à l'usage journalier de la femme lui soient remis, c'est-à-dire les linges et hardes. Si la femme n'a pas de ressources personnelles, le tribunal, d'après sa demande, peut imposer au mari de lui fournir une pension alimentaire provisoire, et les fonds nécessaires pour soutenir le procès. C'est ce qui résulte des articles 268, C. civ., et 878, C. de proc. Quant à ses intérêts pécuniaires, la femme peut, conformément à l'art. 270 du Code civil, sans aucune autorisation préalable, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets de la communauté. Si ces mesures ne paraissent pas suffisantes contre la dissipation du mari, le tribunal peut autoriser la femme à déposer le numéraire de la communauté à la caisse des dépôts et consignations (art. 869, C. pr.).

II. *La personne du mari.* — Nous avons vu que si l'existence de la femme est en péril, le président du tribunal peut l'autoriser à quitter la maison commune.

Mais que faudra-t-il décider si c'est la femme qui compromet par sa présence la sûreté personnelle du mari? La loi se tait sur ce point. Nous croyons que les mêmes mesures qu'on accorde à la femme doivent être accordées par réciprocité au mari. Par conséquent le président du tribunal peut, sur la demande du mari, ordonner que la femme soit tenue de quitter la maison conjugale pendant le procès, et de se retirer dans une autre maison qu'il indique. C'est la raison, d'accord avec l'équité, qui approuve et commande cette solution.

Si le mari n'a pas de ressources personnelles, nous croyons que la femme peut être obligée de lui fournir une pension alimentaire, une provision *ad litem*, c'est-à-dire les fonds dont il a besoin pour soutenir le procès (art. 212, C. civ.) C'est ce que la loi impose au mari à l'égard de sa femme qui se trouve dans la même position (art. 878, Cod. pr.); et par réciprocité, la femme le doit aussi pour son mari.

Quant à ses intérêts pécuniaires, le mari peut, comme la femme, requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers dont la femme se trouverait en possession dans un appartement séparé, ou l'inventaire, du moins descriptif, des marchandises composant le commerce qu'elle aurait été autorisée à faire. Il y a certainement alors, dit M. Demolombe, un argument *a fortiori* à tirer de l'art. 270, Cod. civ.

III. *La personne des enfants.* — Les procès en séparation de corps révèlent souvent, de la part des époux, ou de l'un d'eux, une singulière perversité morale. Ce sera, par exemple, un mari qui, sous les yeux de ses

enfants, a introduit une concubine dans la maison conjugale, et l'y maintient pendant l'instance, ou dont la brutalité atteint non-seulement la femme, mais la famille tout entière, ou qui dans sa haine, enseigne aux enfants à mépriser leur mère. Peut-être même que c'est la femme qui continue ses relations illicites, en méprisant la moralité de ses enfants. Pour éviter tout scandale, la loi s'est préoccupée de protéger les enfants dans leur personne et dans leur moralité. C'est le but du législateur que nous trouvons réalisé dans l'art. 267 du Code civil, qui est ainsi conçu : « L'administration provisoire des enfants restera au mari demandeur ou défendeur en divorce (séparation de corps), à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande, soit de la mère, soit de la famille, ou du ministère public, pour le plus grand avantage des enfants. »

Notre savant professeur, M. Huc, enseigne dans son cours, qu'il faut apprécier la moralité des époux et la condition des enfants. Il dit que les fils au berceau, et les filles, à quelque âge qu'elles soient, doivent être confiés à la mère, tandis que les fils resteront avec le père. Nous croyons que cette doctrine raisonnable, au point de vue de la moralité, doit être admise.

Dans tous les cas, les magistrats ont la plus large mesure d'appréciation, ils se décideront d'après les circonstances et leur sagesse.

Avant de terminer la procédure de la séparation de corps, nous devons observer que le jugement est toujours susceptible d'appel et de pourvoi en cassation.

L'appel est suspensif de l'exécution des mesures au-

torisées par le jugement de première instance, comme dans les procès ordinaires.

L'époux contre lequel a été prononcée, en première instance, la séparation de corps, n'est pas recevable à former pour la première fois, sur l'appel par lui interjeté, une demande reconventionnelle en séparation de corps contre l'intimé, car ce n'est pas une défense à l'action principale, dans le sens de l'art. 464 du Cod. de proc. civ.

Pareillement, le mari défendeur à la séparation de corps n'est pas recevable à se porter sur l'appel, reconventionnellement demandeur, et à proposer à l'appui de cette demande reconventionnelle des faits graves dont il n'a pas offert la preuve en première instance. Il peut seulement être admis à prouver par témoins les faits qu'il articule pour atténuer l'effet de la demande dirigée contre lui.

On se demande si le défendeur qui a succombé en première instance peut ou non acquiescer d'une manière expresse, ou se désister d'un appel déjà formé ? La négative a été soutenue ; mais nous pensons que l'affirmative est plus admissible et plus logique ; car il n'y a pas là un intérêt d'ordre public qui fasse obstacle à l'acquiescement. C'est en effet la disposition que nous trouvons dans un arrêt de la cour de Poitiers du 16 janvier 1849. Sirey, 51, 2, 35.

Avant l'ordonnance de 1835, il y a eu grande discussion entre les jurisconsultes pour savoir si l'appel en séparation de corps doit être jugé en audience ordinaire ou solennelle ; mais depuis cette ordonnance, la contro-

verse a cessé, car elle décide que ce sera en audience ordinaire.

Le pourvoi en cassation suit les règles ordinaires et n'est point suspensif. L'art. 263 n'est donc point applicable. Le jugement peut également être attaqué par la requête civile; mais sa nature même empêche qu'il soit susceptible de tierce-opposition.

CHAPITRE III.

Des Effets de la séparation de corps.

SECTION I.

Effets relatifs à la personne des époux.

L'effet principal de la séparation de corps n'est pas de rompre le lien conjugal, qui est considéré comme indissoluble, mais de briser la vie commune, c'est-à-dire de dégager les époux de l'obligation de vivre l'un avec l'autre.

Non-seulement la femme peut quitter le domicile du mari, mais celui-ci peut l'expulser. C'est là l'effet direct de la séparation de corps.

La femme a dès lors le droit de choisir son habitation et son domicile partout où elle le juge convenable.

Toutefois, si la garde des enfants lui avait été confiée, elle ne peut pas s'éloigner, de manière à priver son mari de son droit de surveillance (art. 303, C. civ.) Le mari peut empêcher, par l'intervention de justice, la cohabitation de sa femme avec son complice adultère. Il peut

même, d'après quelques auteurs, saisir tous les revenus de sa femme, par application de l'art. 1383 du Code civil, et la forcer à reconnaître ses torts, en la réduisant à la misère, dans l'impossibilité de vivre, par la privation de toutes ses ressources. Tel est le procédé peu juridique imaginé par ceux qui veulent maintenir le mariage par la brutalité, par la force. Contre la femme, on applique ces règles sévères, parce que l'honneur du mari, disent ces auteurs, est atteint par l'inconduite de la femme, et par conséquent doit être réparé à *prix d'argent*; mais ils oublient que l'atteinte à l'honneur n'est pas appréciable en argent, et nous savons qu'il faut un dommage réel mesuré par des chiffres, pour qu'il y ait une condamnation.

Admettons pour le moment l'opinion de nos contradicteurs. C'est l'honneur du mari qui est atteint, c'est lui qui est appréciable en argent. Mais alors l'honneur de la femme, où est-il, quand le mari tient sa concubine dans la maison même où il doit tenir sa femme légitime? La femme n'a-t-elle pas un honneur comme le mari? Pourquoi donc ces doctrines absurdes? Pourquoi tant de privilèges pour les maris? Pour nous, ce sont des questions qui ne méritent pas même d'entrer dans notre étude. On ne saurait admettre que ce sont toujours les torts, les fautes de la femme qui ont provoqué la séparation de corps. On peut même soutenir et prouver que les maris, considérés comme supérieurs aux femmes, sont souvent les provocateurs de désordre dans les familles et dans les ménages.

Il faut donc, d'après nous, que tous les deux, tant le

mari qui tient sa concubine dans la maison, que la femme qui vit dans la maison de son complice adultère, soient soumis à la même peine, ou déchargés.

On se demande si la femme, après la séparation de corps, peut avoir, ou non, un domicile distinct du domicile de son mari? La question est controversée. Merlin a soutenu la négative; mais nous croyons que l'affirmative doit être admise, car la séparation modifie, à cet égard, non pas seulement le fait, mais le droit; non pas seulement l'art. 219, mais aussi l'art. 108 du C. civ. Il est vrai que la loi ne le dit pas expressément, car au moment de la rédaction de l'art. 108, on ne savait point si la séparation de corps serait ou non introduite. Mais nous avons en notre faveur l'ancien droit français. Pothier dit en effet, que : lorsqu'une femme est séparée d'habitation par un jugement qui n'est suspendu par aucun appel, ni opposition, elle peut s'établir en un domicile qui lui devient propre. — C'est aussi la doctrine admise par la jurisprudence. Le système de Merlin et de Zachariæ conduirait à des inconvénients pratiques très-graves. Ainsi, d'après ce système, c'est au domicile du mari que la femme doit être assignée, c'est à son domicile que seront accomplis tous les actes de procédure, relatifs aux procès qui lui seront intentés et à l'exécution, soit des conventions consenties par elle, soit des jugements obtenus contre elle, etc. Or, c'est la mettre à la disposition de son mari qui, par vengeance, peut les retenir ou les retarder; et ainsi la femme souffrirait de grands préjudices.

Par la séparation de corps, les époux sont dispensés

de se prêter personnellement assistance. Toutefois il ne faut pas exagérer la portée de ce principe, car l'époux qui refuse cette assistance, dans le cas où son conjoint est devenu infirme ou malade, perd le droit de réclamer des aliments en cas de besoin.

Ce qu'on demande de lui n'est pas d'habiter avec son conjoint, mais simplement d'aller librement, comme le pourrait faire une garde-malade, donner ses soins à son conjoint qui les réclame. Ce serait trop dur que celui qui succède à la fortune de son conjoint lui refuse les derniers soins (art. 767, C. civ.)

La femme n'est plus soumise, dans les hypothèses prévues par les articles 1448, 1537 et 1575, à la contribution et aux charges du ménage, parce qu'il n'existe plus après la séparation de corps. — De même le mari ne peut plus être le tuteur de sa femme interdite après la séparation de corps, l'art. 506 n'est plus applicable dans notre cas.

La séparation de corps laisse subsister le devoir qu'ont les époux de se fournir réciproquement des secours pécuniaires en cas de besoin; peu importe de qui vient la faute qui a amené la séparation. Cette obligation subsiste même après la mort de l'époux débiteur; elle passe à ses héritiers, sans avoir à rechercher si la pension alimentaire a été accordée en vertu de l'art. 212 ou par application de l'art. 301. Telle est l'opinion de MM. Aubry et Rau.

Sous l'empire du Code promulgué en 1804, la séparation de corps ne portait aucune atteinte à la présomption légale : *pater is est quem nuptiæ demonstrant;*

et la disposition de l'art. 312, C. civ., qui dit, que l'enfant conçu pendant le mariage, a pour père le mari, était maintenue. Par l'application de ces règles, on arrivait à imposer au mari la paternité d'un enfant qui lui était le plus souvent étranger. C'était de plus une inconséquence, car le fondement de la maxime *pater is est*... est la cohabitation des époux.

Ces inconséquences n'existent plus aujourd'hui, car la loi du 6 décembre 1850, dont la disposition a été ajoutée à l'art. 312, a décidé, qu'en cas de séparation de corps, prononcée ou même demandée, le mari pourra désavouer l'enfant né trois cents jours après l'ordonnance du président, ou cent quatre-vingts jours depuis le rejet de la demande ou la réconciliation. Mais la femme peut prouver la cohabitation avec son mari dans ce temps.

Section II.

Effets relatifs à la personne des enfants.

Pendant le mariage, le soin des enfants est confié en même temps au père et à la mère, mais l'autorité sur eux appartient seulement au père (art. 373, C. civ.).

Les art. 302, 303 prévoient les dispositions relatives à la garde et à l'entretien des enfants après le divorce; mais, quant à la séparation de corps, la loi se tait et ne dit pas à qui seront confiés la garde et les soins des enfants. Que faut-il décider en ce cas? Les articles 302 et 303 sont-ils applicables en cas de séparation de corps? Telle est la question qui est con-

troversée entre les jurisconsultes. Les uns disent que le père, qui a obtenu la séparation de corps, ne peut jamais être privé de la garde de ses enfants (art. 373), et que cette garde peut être confiée au père contre lequel la séparation a été prononcée, lors même que la famille ou le ministère public n'en ferait pas la demande. Mais, après cette double réserve, les jurisconsultes qui professent cette doctrine ajoutent que les tribunaux sont autorisés, au cas où la séparation de corps a été prononcée contre le père, à priver ce dernier de la garde des enfants, et à la confier, soit à la mère, soit à une tierce personne d'après leurs intérêts. Cette théorie modifie considérablement le sens de l'art. 302, C. civ. D'autres auteurs accordent aux tribunaux la faculté discrétionnaire d'attribuer à qui ils jugeront convenable, la garde des enfants.

Nous ne pouvons mieux faire que d'admettre l'opinion de la majorité des jurisconsultes et de la jurisprudence, qui appliquent les dispositions des articles 302 et 303 à la séparation de corps ; par conséquent la garde des enfants sera accordée en principe à celui des époux qui a obtenu la séparation de corps, sauf au tribunal à ordonner, sur la demande de la famille ou du ministère public, et pour le plus grand avantage des enfants, qu'ils soient confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne.

On oppose à cette doctrine l'art. 373, qui dit que, pendant le mariage, le père seul a l'autorité sur ses enfants. Mais il faut bien observer que l'art. 302 ne détruit pas cette autorité, il lui enlève seulement la garde de ses

enfants. Cette vérité est reconnue par tous les jurisconsultes. Le père auquel la garde des enfants a été enlevée, disent MM. Aubry et Rau, n'est pas pour cela privé de son droit de surveillance sur leur éducation, et il peut, en vertu de ce droit, recourir à l'intervention de la justice, dans le cas où la mère ferait un usage abusif de la mission qui lui a été confiée. Il conserve même, en principe, le droit d'émancipation. La possession de ces divers droits prouve bien que son autorité paternelle est respectée.

Dans tous les cas, les époux doivent contribuer proportionnellement aux frais d'éducation et d'entretien des enfants. C'est une conséquence de ce que l'usufruit et l'administration légale des biens des enfants leur sont accordés par la loi (art. 384, C. civ.; c'est le résultat *à contrario* de l'art. 386, C. civ.)

Section III.

Effets de la séparation de corps relatifs aux biens des époux.

La séparation de corps, dit l'art. 311 du C. civ., emportera toujours la séparation de biens. Cette décision de notre article est très-juste et très-raisonnable, car c'est une conséquence naturelle de cette idée qu'il ne peut pas y avoir communauté de biens là où il n'y a plus de confiance, où il n'y a plus de vie commune.

La communauté est donc dissoute, si le régime du contrat de mariage était celui de la communauté; la

femme reprendra la jouissance et l'administration de sa fortune (art. 1449).

Si les époux sont mariés sous un autre régime, sous le régime dotal (art. 1563), ou sous celui d'exclusion de communauté (art. 1531), dans tous les cas, le mari est obligé de restituer à sa femme les biens dont il avait la jouissance et l'administration. La femme acquiert ce que le mari perd, c'est-à-dire, l'administration et la jouissance de sa fortune; elle peut alors faire tous les actes d'administration qu'exige la gestion de son patrimoine sans aucune autorisation préalable; mais il lui est absolument interdit de faire une aliénation de ses immeubles ou de les hypothéquer; elle ne peut donner ses meubles, ni plaider, ni accepter une succession ou une donation, sans l'autorisation de son mari ou de la justice.

Ceci prouve que le contrat de mariage n'est pas détruit d'une manière définitive; le mari est même responsable des autorisations qu'il a données mal-à-propos. L'immeuble dotal continue d'être inaliénable, même après la séparation de corps; mais par une singularité exceptionnelle, il devient prescriptible après la séparation de biens et après que l'administration en a été remise à la femme.

Il y a grande discussion entre les jurisconsultes pour savoir quelle est la date de la séparation de biens. Les systèmes proposés sont bien nombreux, mais nous n'hésitons point à admettre celui proposé par Troplong, Aubry et Rau, qui est ainsi formulé: La séparation de biens qui résulte de la séparation de corps remonte, en

ce qui concerne les rapports des époux entre eux, au jour même de la demande, comme cela a lieu lorsque la séparation de biens est prononcée par suite d'une action principale introduite à cet effet. Quant aux tiers, la séparation dont il s'agit ne peut leur être opposée qu'à partir de la publication et de l'affiche du jugement qui a prononcé la séparation de corps, peu importe que leurs droits soient antérieurs ou postérieurs à ce jugement. (Aubry et Rau, V, § 494).

Mais dans le cas où la femme a introduit une demande principale pour la séparation de biens, à côté de celle de la séparation de corps, l'effet du jugement remonte à la date de la demande, même à l'égard des tiers, si les formalités requises en matière de séparation de biens sont accomplies.

Il faut, en outre, savoir que les actes d'aliénation et autres charges consentis par le mari, après l'ordonnance du Président dont parle l'art. 878, Pr. Civ. doivent être annulés, si les tiers sont de mauvaise foi et s'il y a fraude de la part du mari. Mais s'ils sont de bonne foi, la femme n'aura de recours que contre son mari, pour être indemnisée jusqu'à concurrence de la moitié des valeurs communes dont il a voulu la frustrer. (Aubry et Rau, § 494).

L'époux contre lequel la séparation de corps a été obtenue, d'après l'art. 1518 du C. civ., perd ses droits au préciput, tandis que son conjoint conserve le sien en cas de survie. Ceci nous montre que la séparation ne donne pas ouverture au préciput, mais seulement le prédécès de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée.

Le mari est tenu de donner caution à sa femme, lorsque celle-ci bénéficie de l'art. 1518; car le mari conserve provisoirement les objets soumis au préciput. La stipulation d'exercer le préciput après le jugement de séparation est nulle, car il serait contraire à l'ordre public de permettre aux époux de spéculer sur la cessation de la vie commune.

Aux termes des art. 299 et 300, C. civ. l'époux contre lequel le divorce avait été prononcé perdait de plein droit tous les avantages que son conjoint lui avait faits, soit par le contrat de mariage, soit après le mariage contracté; d'autre part, l'époux qui avait obtenu le divorce conservait les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques, et que la réciprocité n'ait pas lieu.

On se demande si ces dispositions, cette déchéance sont applicables à l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée? Deux époux se sont fait, par leur contrat de mariage, des donations réciproques; une séparation de corps intervient: les donations qu'ils se sont faites mutuellement sont-elles révoquées à l'égard de l'époux coupable, et maintenues dans l'intérêt de l'époux outragé? Telle est la question dont la solution a donné lieu à la plus célèbre controverse dans l'histoire de la doctrine et de la jurisprudence.

Il y a quatre systèmes principaux sur ce point:

1er *Système.* — Les auteurs de ce système n'admettent pas que les donations faites à l'époux coupable par l'époux outragé soient *révoquées de plein droit* par la séparation de corps, car cette déchéance étant une

peine, ne peut pas être étendue du divorce à la séparation de corps: *Pœnalia non sunt extendenda*. Toutes les fois que le législateur veut assimiler les effets de la séparation de corps à ceux du divorce, il prend soin de le dire expressément, comme dans les art. 308 et 1518. Ces donations ne sont pas même *révocables pour cause d'ingratitude*, car les donations que l'un des futurs conjoints fait à l'autre par son contrat de mariage ont lieu en faveur du mariage, et les donations de cette nature ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude, conformément à l'art. 959 qui est ainsi conçu: «Les donations en faveur du mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude.»

Ce système a été suivi par la Cour de cassation pendant trente ans; elle l'a abandonné le 23 mai 1845, en audience solennelle, toutes chambres réunies et contrairement aux conclusions de son savant procureur général M. Dupin.

2me *Système*. Les partisans de ce système repoussent la révocation *de plein droit* produit en vertu de l'art. 299; mais ils admettent la *révocabilité pour cause d'ingratitude*, conformément à l'art. 955. Pour établir la première proposition, on invoque les mêmes raisons que dans le système précédent. Pour soutenir la révocabilité pour cause d'ingratitude, on dit que ce serait créer une injustice entre les époux, que le coupable pût sortir de la maison conjugale libre et enrichi par les dons de celui qu'il a outragé, ce que les lois françaises ne peuvent pas admettre, car l'art. 955 est formel sur ce point.

3me *Système*. Les donations sont *résolues de plein droit*

par le jugement de séparation de corps, et elles sont *révocables pour cause d'ingratitude*. D'après ce système, les art. 299, 300 et 955 sont applicables, dans toute leur étendue, sans aucune modification, à la séparation de corps, comme ils l'étaient en matière de divorce.

4mo *Système*. Enfin, d'après ce dernier système, que nous croyons plus admissible, les donations sont révoquées *de plein droit*, par l'effet de la séparation de corps. (art. 299 et 300.) Quant à la question de savoir si elles sont ou non révocables pour cause d'ingratitude, notre système la considère comme une question dont il est inutile de chercher la solution, car ces donations étant faites en faveur du mariage et non à la personne, elles ne peuvent être révoquées. Il faut bien remarquer que cette question se pose seulement dans le cas où l'époux donateur, sans demander la séparation de corps, demande principalement et pour cause d'ingratitude, la révocation des donations qu'il a faites. Or, en ce cas, la révocation pour cause d'ingratitude est formellement prohibée par l'art. 959, qui dit que les donations en faveur du mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude.

Donc, tant que le mariage existe, tant que la séparation de corps n'a pas été demandée, les donations et les avantages faits par les conjoints, l'un à l'autre, qui sont considérés faits au mariage, restent inattaquables ; l'ingratitude ne peut servir de motif pour la révocation : Car, si la révocation était possible, la discorde commencerait entre époux, leur confiance réciproque serait détruite, le ménage et la vie commune impossibles.

C'est le système admis par la jurisprudence de la Cour de Cassation depuis 1845, par un arrêt du 23 mai. La plus grande partie des jurisconsultes professent aussi cette doctrine. (Delvincourt, Proudhon, Valette, Vazeille, Dalloz, Pont, Marcadé, Troplong, etc.) C'est aussi la doctrine que nous a enseignée notre honorable et savant professeur, M. Huc, dans son cours de droit civil.

CHAPITRE IV.

De la cessation de la séparation de corps, et de ses effets.

Nous étudierons cette matière en la divisant en deux parties ; dans la première, nous examinerons quand et comment cesse la séparation de corps ; dans la seconde, quels sont les effets de la cessation de la séparation de corps.

Section I.

Quand et comment cesse la séparation de corps.

Le législateur, en remplaçant le divorce par la séparation de corps a eu deux buts : l'un, qui est le principal, a été de satisfaire le dogme de la religion catholique, qui, d'après lui, déclare le lien du mariage indissoluble, ce qui est douteux d'après nous ; l'autre, pour mettre les époux séparés de corps, dans une position plus mauvaise, avec l'espoir qu'ainsi ils seront forcés indirectement de se réunir, de rétablir leur vie commune.

Nous avons dit déjà quelques mots sur son premier

but, sur l'indissolubilité du mariage, il nous reste à présent à étudier le second ; c'est-à-dire la réconciliation des époux, pendant qu'il sont séparés de corps.

Le législateur, pour arriver ainsi à rétablir la vie commune des époux, a mis ses soins à enlever tout obstacle à leur réconciliation. Pour cela, il est admis que le *consentement mutuel*, c'est-à-dire *le concours réciproque des volontés des époux*, suffit pour rétablir leur réunion sans aucune formalité. Il n'est pas nécessaire de recourir, pour le rétablissement du mariage, ni à l'officier de l'état civil, ni au tribunal, ni au notaire.

Quelques auteurs prétendent même que le consentement des époux n'est pas nécessaire : ils disent que celui qui a obtenu le jugement a le droit de renoncer à ses dispositions, en notifiant à son conjoint qu'il entend se réunir à lui.

C'est une opinion inadmissible, elle va trop directement contre le droit commun, pour qu'elle puisse être admise sans un texte formel. Un jugement n'est pas seulement un titre pour le demandeur, c'est aussi un titre pour le défendeur dans les dispositions qui lui sont favorables ou utiles. Il ne peut donc forcer son conjoint, qu'il a outragé par la séparation de corps, à vivre avec lui sans son consentement libre.

Il faut donc le censentement réciproque des époux séparés, pour rétablir leur vie commune, sans se préoccuper si ce consentement est exprès ou tacite. Il suffit que leur volonté ne soit pas douteuse.

C'est là du reste une question de fait, laissée à l'appréciation des juges. La reprise des relations entre époux,

la naissance d'un enfant non désavoué par le mari, sont des preuves suffisantes pour reconnaître leur réconciliation.

Les juges doivent prendre en considération les circonstances qui ont motivé le rapprochement des époux, ils doivent rechercher leur intention. Ainsi, personne ne pourra trouver une preuve de réconciliation entre époux, dans les soins donnés par la femme à son mari malade ou infirme, parce que le devoir d'assistance subsiste encore moralement, dans de tels malheurs, même après la séparation de corps.

Il y a un seul cas dans lequel la séparation de corps peut cesser en dehors du consentement des époux, c'est celui où elle aurait été prononcée pour cause de condamnation à une peine infamante, si l'arrêt de la cour d'assises avait été réformé par la voie spéciale de la révision, qui supprime rétroactivement le jugement de condamnation, et avec lui tous ses effets, partant le droit de demander la séparation de corps et le jugement de séparation de corps lui-même.

Section II.

Effets de la cessation de la séparation de corps.

Les effets produits par la séparation de corps, en ce qui concerne la personne des époux et l'exercice de la puissance paternelle, s'évanouissent du jour de la réconciliation. Sur ces points, le caractère du mariage primitif et ses effets sont entièrement rétablis, et les art. 108,

213 et 373 deviennent applicables. Le jugement de séparation de corps est considéré comme non-avenu, et le mariage comme non interrompu.

A l'égard des biens, il n'en est pas de même : la séparation de biens, que la séparation de corps avait produite, ne cesse pas de plein droit, par suite de la simple réconciliation des époux.

Pour rétablir les conventions matrimoniales dans leur état primitif, il faut un consentement exprès, manifesté par un acte authentique passé devant notaire ; ce qui est prévu par l'art. 1451 du Code civil, qui est ainsi conçu : « la communauté dissoute par la séparation, soit de corps, soit de biens seulement, peut être rétablie du consentement des deux parties. »

Elle ne peut l'être que par *un acte passé devant notaires et avec minute, dont une expédition doit être affichée dans la forme de l'art.* 1445, C. civ et 872, Code de Proc.

En ce cas, continue le même art. 1451, la communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage ; les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation, sans préjudice néanmoins de l'exécution des actes qui, dans cet intervalle, ont pu être faits par la femme en conformité de l'art. 1449. du Cod. civ.

Toute convention, par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement, est nulle.

Cette exigence de la loi est très-raisonnable, car sans cela, par les changements, les intérêts des tiers pourraient être compromis. La loi permet de rétablir le contrat de mariage sans le modifier ; quant à la capa-

cité des époux, elle n'exige nulle condition spéciale. Ainsi ils peuvent faire revivre leur contrat, même quand ils sont mineurs, sans aucune autorisation; car il ne s'agit pas d'innover, mais de rétablir un acte pour lequel ils ont déjà été assistés comme ils devaient l'être (art. 1398.)

J. F. Simionescu.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. La formation des justæ nuptiæ, et l'acquisition de la manus, par les solennités de la confarréation, étaient communes aux patriciens ainsi qu'aux plébéiens.

II. Pour la formation et l'existence des justæ nuptiæ, la dot et la cohabitation, concubitus, ne sont nullement nécessaires.

III. Les formalités du divorce sont solennelles.

IV. Le passage des Douze-Tables : « Teritis nuncupassit secundo : si plus nuncupassit secuerint, ne fraude esto » se rapporte à la personnalité juridique et non pas à la personne physique du débiteur.

V. Les lois des Douze-Tables sont composées des comices Italiques et des lois des rois (leges regiæ ou Jus civile Papirianum.) Elles n'ont pas été apportées d'Athènes, comme le soutiennent les commentateurs.

DROIT PUBLIC ROMAIN.

I. La condition des pérégrins, d'après le droit romain, était meilleure que celle des aubains en droit français.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. La formation des *justæ nuptiæ*, et l'acquisition de la *manus*, par les solennités de la *confarréation*, étaient communes aux patriciens ainsi qu'aux plébéiens.

II. Pour la formation et l'existence des *justæ nuptiæ*, la dot et la cohabitation, *concubitus*, ne sont nullement nécessaires.

III. Les formalités du divorce sont solennelles.

IV. Le passage des Douze-Tables : « *Tertiis nundinis partis secanto ; si plus minusve secuerint, ne fraude esto* » se rapporte à la personnalité juridique et non pas à la personne physique du débiteur.

V. Les lois des Douze-Tables sont composées des coutumes Italiques et des lois des rois (*leges regiæ* ou *Jus civile Papirianum.*) Elles n'ont pas été apportées d'Athènes, comme le soutiennent les commentateurs.

DROIT PUBLIC ROMAIN.

I. La condition des pérégrins, d'après le droit romain, était meilleure que celle des aubains en droit français.

II. Les droits des citoyens romains, la liberté individuelle, l'inviolabilité de la propriété, le droit de réunion et d'association, la liberté de la presse et de la conscience, sont aussi bien, si non mieux, garantis par le droit romain que par le droit français. (Ihering. II. 68, 139, 140; Cic. de Legib. III. 4, L. 4, De collegiis; Tite-Live VIII. 28; III. 55; Aulu-Gelle. Noct. Attic. XX. 1; L. 2, § 16, de Orig. jur., etc.)

DROIT COUTUMIER.

I. L'origine des lois personnelles se trouve dans la loi des Francs-Ripuaires.

II. Le droit de *mesneté* (minor natu) se trouvait dans les coutumes des Gaules.

III. Les *Exceptiones petri legum romanarum* sont antérieures à l'école de Bologne.

IV. Le *Liber feudorum* se rapporte au droit féodal d'Italie et nullement à celui de la France.

V. La règle que « le partage n'est pas translatif, mais déclaratif de propriété, » est une conséquence de la saisine héréditaire.

VI. La saisine est d'origine germanique.

VII. L'origine du droit d'aubaine se trouve dans les lois des barbares.

DROIT FRANÇAIS.

I. L'héritier qui exerce le retrait successoral est tenu de communiquer le bénéfice à ses cohéritiers.

II. Les époux peuvent stipuler une communauté sous condition suspensive, purement casuelle.

III. La séparation des patrimoines n'est pas un privilège.

IV. La femme séparée de corps dans son pays d'origine, où le divorce n'est pas admis, ne peut pas, après une naturalisation obtenue dans un autre pays, demander le divorce dans sa nouvelle patrie.

PROCÉDURE CIVILE.

I. La demande reconventionnelle en séparation de corps formée par l'époux défendeur à une demande principale de même nature, n'est pas assujettie au préliminaire de conciliation devant le président du tribunal. (Sirey, 60, 2, 274.)

II. Les créanciers des époux ne sont pas admis à intervenir dans le procès de séparation de corps.

DROIT CRIMINEL.

I. La peine prévue par l'art. 308, C. pén., est copiée dans le droit romain, de Justinien (Nov. CXVII, cap. 10), c'est une peine contraire à la juste raison.

II. En cas de séparation de corps prononcée contre une femme adultère, la circonstance que le mari serait reconnu lui-même avoir entretenu une concubine dans la maison conjugale empêche que la femme soit condamnée à la peine prévue par l'art. 308, C. pén.

III. La loi pénale punit l'homicide exécuté sur la prière et l'ordre même de la victime.

DROIT COMMERCIAL.

I. En cas de faillite du tireur, la provision réellement faite appartient au porteur de la lettre de change, qui est premier en échéance, et non pas au porteur de la lettre de change premier en date.

II. La vie et la liberté individuelle peuvent être l'objet du contrat d'assurance.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

I. La division tripartite des pouvoirs, en législatif, exécutif et judiciaire, est fondée sur la nature humaine.

II. De même que la nation, considérée comme personne juridique, est une et indivisible, de même sa majesté (*majestas populi*) est une et indivisible. Il ne peut exister deux majestés dans un Etat : l'une appartenant au prince, l'autre à la nation, l'une imaginaire et fictive, l'autre réelle.

III. Le système de deux chambres législatives est un violation à l'unité des aspirations d'une nation. C'est une source de conflits perpétuels, c'est une entrave à la volonté du peuple.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Les travaux faits par les communes ont un caractère d'utilité publique, du moment où ils sont relatifs à

un service public, et destinés à satisfaire les besoins collectifs de l'association communale.

II. Le maire peut publier des bans de vendanges, mais il ne peut publier d'autres bans, tels que ceux de fauchaison, de moisson, ou de troupeau commun.

III. Les agents de l'octroi ne peuvent pas saisir sur la voie publique les marchandises non déclarées à l'entrée.

ÉCONOMIE POLITIQUE.

I. Le système protecteur est préférable à celui du libre-échange pour les nations chez qui le commerce, l'industrie et la manufacture ne sont pas développées.

II. Plus le territoire d'un Etat sera divisé et morcelé entre ses habitants, plus il sera riche et prospère; plus la propriété foncière sera concentrée dans les mains de quelques familles, plus il sera pauvre et affaibli.

DROIT DES GENS.

I. L'Etat ne peut aliéner, ni à titre onéreux, ni à titre gratuit, une portion de territoire, si minime qu'elle soit, sans le consentement de la population qui habite la contrée aliénée.

II. L'Etat a le droit d'empêcher ses habitants d'aliéner leurs propriétés foncières aux étrangers.

III. L'Etat a le droit et le devoir d'expulser tous les étrangers qui se trouvent sur son territoire, si l'existence de l'Etat est menacée par eux.

IV. Le droit d'un Etat, sur la portion de son territoire qu'un Etat ennemi a occupée et annexée par violence, est perpétuellement imprescriptible : *jura divina et naturalia semper firma atque immutabilia.*

V. Une nation envahie a le droit, pour se défendre, d'employer certains moyens de guerre, et notamment la levée en masse, qui ne seraient pas permis dans une guerre ordinaire.

Vu :

Le Président de la Thèse,

Th. HUC.

Vu :

Le Doyen de la Faculté.

DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur,

Ch. DREYSS.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

DROIT CANONIQUE.

DROIT FRANÇAIS.

TOULOUSE, IMPRIMERIE PINEL, PLACE LAFAYETTE, 5.