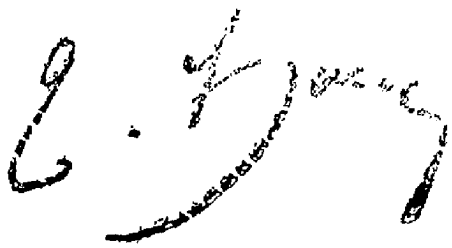
COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

II

Chaque exemplaire doit être revêtu de la signature de l'auteur et de celle de l'éditeur.





COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

K
4702
2

PAR

THÉOPHILE HUC

Conseiller à la Cour d'appel de Paris,
Professeur honoraire des Facultés de droit.

TOME SECOND

Du mariage;
Du divorce et de la séparation de corps;
Art. 144 à 311.

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON
F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,
Libraire du Conseil d'Etat et de la Société de législation comparée,
24, RUE SOUFFLOT, 24.

1892

COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

TITRE V.

DU MARIAGE.

Notions générales sur le mariage et les promesses de mariage.

1. — Notion de la famille; — Comparaison avec l'Etat.
2. — Définition du mariage.
3. — Le mariage est-il un contrat?
4. — C'est un contrat relatif à l'état des personnes.
5. — Des promesses de mariage et fiançailles; ne peuvent servir de base à une action en dommages-intérêts.
6. — Mais leur violation peut donner lieu à des dommages, en cas de préjudice matériel ou moral.
7. — Cette solution n'est admissible qu'à concurrence des dépenses motivées par la promesse de mariage.
8. — D'après la jurisprudence actuelle la grossesse de la femme est un des éléments du préjudice à réparer, en cas de violation d'une promesse de mariage; — Réfutation tirée de la jurisprudence précédente.
9. — Question de preuve.
10. — Opinion singulière rattachant la question de preuve d'une promesse de mariage à la recherche de la paternité.
11. — Des entremetteurs en fait de mariage; du prix ou salaire par eux stipulé.

1. Dans le titre V et les quatre titres qui suivent, le légis-

lateur a tracé les règles concernant l'organisation juridique de la famille.

L'expression *famille* se réfère à une collectivité : elle désigne l'ensemble des personnes unies entre elles par un lien de parenté.

Il arrive souvent que l'on compare l'*État* à une grande famille, et réciproquement que l'on compare la famille à un petit État. Si de tels rapprochements ne produisent aucune conséquence, ils sont inutiles, et s'ils en produisent ils sont dangereux. Sous prétexte, en effet, que l'État est une grande famille qu'il faut organiser *paternellement*, que les citoyens sont des enfants toujours sur le point de se tromper, on est arrivé à organiser une protection à outrance des individus, à mettre les intelligences en tutelle perpétuelle, à détruire toute liberté et toute initiative individuelle; le socialisme d'État est la dernière expression de cette conception despotique de gouvernement.

D'un autre côté, sous prétexte que la famille est un État au petit pied, on a quelquefois voulu appliquer à la famille les doctrines qui prévalent pour l'État, on a fait de la famille une institution politique, et alors on l'a opprimée en la détournant de sa mission.

La vérité est que les lois gouvernant la famille sont autres que les lois gouvernant l'État; et l'État n'est pas plus une grande famille, que la famille n'est un petit État.

La famille présente en effet cette circonstance unique et vraiment remarquable, que son chef se trouve investi d'un pouvoir qui lui est propre, étranger à toute idée de délégation. — Dans l'ordre politique, la souveraineté émane du peuple qui en délègue l'exercice à ses mandataires, lesquels, à leur tour, transmettent une partie de leur autorité à divers agents.

Dans la famille, au contraire, le pouvoir qui appartient au *chef* dérive de sa seule qualité de *père de famille*. Le père de

famille ne tient pas son pouvoir de la femme ou des enfants qui le lui auraient en quelque sorte délégué, il ne le tient pas surtout de l'État.

Par conséquent, le législateur qui veut régler la condition juridique de la famille, doit se borner à rechercher quelles sont, d'après la nature même des choses, les vraies limites de l'autorité paternelle, pour les déclarer et les sanctionner.

Tel n'a point toujours été le point de vue des anciennes législations. En droit romain la famille était conçue comme une institution purement civile, et même politique à certains égards. La parenté en ligne droite et par les mâles, donnait à l'ascendant masculin une puissance absolue sur sa descendance, sans participation aucune de la mère.

L'individualité du chef absorbait celle de la femme et des enfants qui ne pouvaient rien acquérir pour leur propre compte. — Enfin la famille se composait uniquement des personnes réunies entre elles par le lien civil de l'agnation. Les liens du sang n'engendraient qu'une parenté purement naturelle ne produisant que des effets restreints dans l'ordre juridique.

Il est bien vrai que l'influence du droit des gens adoucit un peu l'aspérité du système, et que le préteur s'efforça de rendre à la famille naturelle les droits qui lui appartenaient; mais il est vrai aussi que la conception étroite des Romains, en ce qui concerne la famille, a longtemps pesé sur les institutions et sur les doctrines.

2. Quoi qu'il en soit, aujourd'hui comme autrefois, la famille a pour principale source le mariage, et c'est par l'étude du mariage qu'il convient de commencer notre examen des droits de famille.

Et d'abord qu'est-ce que le mariage?

Les lois romaines nous en donnent des définitions magnifiques. Le jurisconsulte Modestinus s'exprime ainsi : *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, et consortium omnis vitæ,*

divini et humani juris communicatio (1). Ce n'est donc pas une association ordinaire, un simple fait matériel : c'est quelque chose de plus élevé, *divini et humani juris communicatio*. On retrouve dans cette définition la trace non équivoque de l'influence profonde exercée par la caste sacerdotale des vieux Étrusques.

A côté du culte public et officiel, *sacra publica*, il y avait à Rome le culte privé, *sacra privata*. Chaque famille avait son culte particulier; quand une femme entrait, par les justes noces, dans la famille du citoyen qui devenait son mari, de même qu'elle était associée à tous les avantages civils de la position de son mari, de même les *sacra* du mari devenaient aussi les siens; il y avait véritablement *divini et humani juris communicatio*.

Justinien donna plus tard dans ses Institutes une définition analogue du mariage : *Nuptiæ autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens* (2); c'est tout à fait le *consortium totius vitæ* de Modestin.

Ce qui domine, dans ces deux définitions, c'est cette idée que le mariage crée entre l'homme et la femme un état *indivisible*.

C'est à dessein que les Romains insistaient sur ce point, car à partir de la législation d'Auguste, il y eut à Rome deux espèces d'unions bien différentes quant à leur nature et à leurs effets. Ce fut d'abord le mariage proprement dit, les *justes noces*, union réglée et sanctionnée par le droit civil, pouvant seule produire la filiation légitime et la *patria potestas*. Il y eut ensuite le *concubinatus*, concubinat (et non concubinage) union réglée par le *jus gentium*, tolérée par le droit civil, mais ne produisant qu'une filiation naturelle et non la puissance paternelle.

(1) L. 1, D. 23, 2 (*De ritu nupt.*).
(2) Tit. 9, § 1 (*De patria potest.*).

Dans les justes noces, la femme était mise tout à fait sur le même rang que le mari; entre la femme et le mari, il y avait *individua vitæ consuetudo*, et les enfants suivaient la condition du père. — Dans le concubinat, au contraire, la femme demeurait dans sa position, sans participer en aucune façon à celle du mari, et les enfants suivaient la condition de la mère. Le concubinat était une institution essentiellement aristocratique; il avait pour but de permettre aux patriciens de vivre avec des femmes qu'ils n'auraient pu convenablement épouser, et de moraliser une telle union. Le concubinat a donné naissance aux *mariages de la main gauche* ou *unions morganatiques*, usitées encore dans certains pays, surtout en Allemagne, pour éviter les mésalliances.

La définition romaine du mariage avait donc pour but de distinguer les justes noces du concubinat, et par conséquent, malgré la noblesse de l'expression, ne saurait nous convenir.

Nous adopterons la définition suivante :

Le mariage est une société perpétuelle légalement formée entre deux personnes de sexe différent dans le but de créer une famille légitime.

Nous voyons par cette définition :

1° Que le mariage ne peut exister qu'entre un seul homme et une seule femme, conformément aux traditions constantes des peuples occidentaux;

2° Que la société que le mariage établit est perpétuelle dans l'intention des parties, c'est-à-dire ne peut être constituée à terme ou sous condition, quoique d'ailleurs elle puisse être dissoute du vivant des conjoints;

3° Que l'union formée par les parties doit être constatée suivant les formes légales;

4° Que l'objet ou le but final d'une telle société est la création d'une famille légitime.

3. Quelques interprètes ont posé la question de savoir si le mariage est un contrat? La question est d'autant plus

singulière que l'expression *contrahere nuptias* se rencontre à chaque instant dans les sources (1). Mais il est facile de se rendre compte des circonstances qui ont permis de soulever une difficulté aussi oiseuse.

C'est en effet, par référence à la classification des contrats admise en droit romain que la question a été posée. Selon le droit romain les contrats se formaient : *Re*, *Verbis*, *Litteris*, *Consensu*. La catégorie des contrats consensuels étant limitée à la vente, au louage, au mandat et à la société, il s'agissait de faire rentrer le mariage dans l'une des trois autres catégories. Or il n'était pas possible de le faire rentrer dans la classe des contrats formés *litteris* ou *verbis*. Restaient donc seulement les contrats *réels*. Quelques auteurs ont en conséquence admis que le mariage était un contrat *réel*, qui suppose, outre le consentement réciproque, la tradition de la femme au mari (2). Mais cela présentait encore des difficultés.

Si le mariage est un contrat, quel est l'objet précis de l'obligation qu'il engendre?

S'agit-il d'un *dare*,

D'un *facere*,

Ou d'un *præstare*?

On comprend les équivoques faciles auxquelles pouvait donner lieu une telle manière de poser la question. — En conséquence quelques écrivains ont conclu que le mariage ne pouvant exactement rentrer dans aucune des quatre catégories de contrats créées par les Romains, n'était pas en réalité un contrat, qu'il formait un lien, un *negotium juris* d'une nature tout à fait spéciale, échappant à toute réglementation extérieure.

(1) Voy. *Inst.* Just. tit. X, pr. § 1, 8, 11 (*De nupt.*) ; L. 14 § 1, D. 23, 1 (*De ritu nupt.*)., etc.

(2) Voy. ACCARIAS, *Précis de dr. Rom.*, t. I, n° 80, p. 147, texte et note 2.

Il est évident qu'une discussion ainsi conduite ne peut absolument rien prouver quant à la nature intime du mariage. Elle pourrait tout au plus démontrer que la classification arbitraire des Romains avait été conçue d'une manière trop étroite pour admettre le mariage. Mais cela n'est même pas vrai.

La discussion a été en effet transportée sur un terrain qui n'est pas le sien. On a perdu de vue que le droit romain avait d'abord établi que les diverses règles qui régissent la société humaine s'appliquent : les unes aux *personnes*, les autres aux *choses*, et d'autres encore aux *actions : Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* (1). Le mariage rentre incontestablement dans le droit des personnes; la théorie des contrats forme une notable partie du droit des choses. — Or, la question telle qu'elle a été posée, discutée et examinée, aboutissait forcément à rechercher si des règles faites uniquement pour les choses, comprenaient normalement les personnes dans leur champ d'application !

4. La négative est manifeste. Mais de ce que le mariage ne saurait, à aucun point de vue, trouver sa place dans les contrats relatifs aux choses, il ne faudrait pas en conclure qu'il ne constitue pas un contrat relatif aux personnes.

Il y a en effet, à côté des contrats ordinaires relatifs aux choses, des contrats spéciaux qui sont relatifs aux personnes, ou à l'état des personnes ; ces contrats sont : le mariage et l'adoption.

Le mariage est une convention obligatoire qui se forme par le consentement des parties légalement constaté ; c'est un contrat générateur d'obligations ; les obligations engendrées par un tel contrat sont précisément celles qui sont énumérées dans le chapitre VI de notre titre, ayant pour rubrique :

(1) GAI. Comm. 1, tit. 2, § 8; JUST. *Inst.* lib. 1, tit. 3 pr.

Des droits et des devoirs respectifs des époux, et dont on trouve le résumé dans l'art. 212 : *Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance.* Chacune de ces obligations a pour objet une prestation nettement déterminée. L'inaccomplissement de l'une quelconque de ces obligations peut constituer une injure, quelquefois un délit, et engendrer une action en divorce ou en séparation.

On voit donc que le contrat appelé mariage produit les effets ordinaires des contrats. Il y a cependant des différences entre les contrats ayant pour objet l'état des personnes, et les contrats ayant pour objet les choses, les principales sont les suivantes :

1° Les règles sur le dol admises pour les contrats ordinaires ne sont pas appliquées de la même manière aux contrats concernant les personnes, notamment pour le mariage ;

2° Les contrats concernant l'état des personnes sont incompatibles avec toute adjonction de terme ou de condition ;

3° Ils ne comportent pas les mêmes modes d'extinction que les contrats ordinaires ;

4° Les contrats ordinaires peuvent faire l'objet d'une promesse obligatoire distincte du contrat lui-même, mais devant mener forcément au contrat, si celui au profit de qui intervient la promesse l'exige. Au contraire, les contrats intéressant les personnes ne peuvent faire l'objet d'une semblable promesse obligatoire.

5. Ceci nous conduit à parler des promesses de mariages, ou *fiançailles* que l'on peut définir : *La promesse réciproque que se font un homme et une femme de se prendre plus tard pour époux.*

Les promesses de cette nature ne peuvent avoir aucune efficacité juridique, en ce sens que les fiancés ne peuvent jamais être forcés à consentir au mariage promis. Il y a deux raisons pour cela : l'une tirée de la liberté du consentement au mariage que rien ne doit amoindrir ; le consentement

au mariage doit se produire en effet au moment même où il est contracté, librement, *nullo jure cogente*, et par conséquent dégagé de l'influence que pourrait exercer une obligation antérieure. La seconde raison est tirée du but même de l'institution des fiançailles : les fiançailles sont en effet une sorte de préparation au mariage ; elles autorisent entre les fiancés une fréquentation plus familière devant avoir pour résultat de les faire mieux connaître l'un à l'autre, de manière à ce que le consentement qu'ils donneront plus tard à leur union soit plus sérieux ; mais cela implique aussi, pour chacun d'eux, la faculté de se retirer librement si les résultats d'une telle expérience ne paraissent pas satisfaisants.

L'ancien droit avait reconnu que les fiançailles ou promesses de mariage ne pouvaient engendrer aucune obligation civile quant à la célébration du mariage promis. Mais en cas d'inexécution de la promesse, on pouvait prononcer contre le fiancé qui se retirait une condamnation à des dommages-intérêts, non comme sanction d'une promesse nulle, mais comme compensation du préjudice éprouvé par l'autre partie.

6. Sous l'empire du Code civil quelques auteurs ont voulu soutenir la validité des promesses de mariage, considérées comme engendrant une obligation de faire, résoluble en dommages-intérêts en cas d'inexécution (art. 1142) (1) ; c'était encore vouloir appliquer aux *personnes* une règle faite pour les *choses*. Appelée à se prononcer dès 1814, la Cour de cassation, au nom de l'entière liberté que les futurs époux doivent avoir de se marier ou de ne pas se marier, décida que les promesses de mariage, et, par suite, les clauses pénales dont elles étaient accompagnées, étaient entachées d'une nullité d'ordre public, et qu'elles ne pou-

(1) TOULLIER, t. VI, nos 293-303 ; MERLIN, *Répert.*, v° *Peine contract.*, § 1.

vaient servir de base à une action en dommages-intérêts (1).

La jurisprudence et la doctrine ont fini par accepter le principe de cette décision qui n'est plus aujourd'hui contesté par personne. — Mais on a réussi, en ce qui touche les dommages-intérêts, à transporter la question sur un autre terrain, celui de l'art. 1382. La Cour de cassation admet aujourd'hui que c'est en vertu d'un délit civil ou d'un quasi-délit que des dommages-intérêts peuvent être prononcés contre celui qui manque à une promesse de mariage; il y est tenu, non parce qu'il a fait une promesse, mais parce que, en suite de cette promesse, l'autre partie a éprouvé un dommage soit matériel, soit moral (2). Les auteurs approuvent en général cette solution (3) qui peut mener fort loin. Ainsi il a été jugé que l'inexécution d'une promesse de mariage peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque la rupture n'a pas de motifs justifiés, et que, en exposant la femme à la malignité publique, elle rend plus difficile son établissement, et lorsqu'en outre, sur la foi de cette promesse, la femme a fait des dépenses et abandonné son ancienne profession. L'arrêt porte textuellement « que l'auteur de la promesse a brusquement et sans exprimer de motifs, fait connaître sa volonté de n'y plus donner suite, que cette rupture a été le résultat d'un pur caprice, que cette légèreté a causé à la future une grave atteinte dans sa réputation, dans ses intérêts, etc. (4). »

Mais on peut donner de semblables motifs dans toutes les espèces! Chaque fois qu'un projet de mariage est rompu, la

(1) 21 déc. 1814, S. 1815, 1, 59; *adde* Cass. 11 juin 1838, DALLOZ, *Répert.*, v° *Mariage*, n° 90, 4°.

(2) Cass. 30 mai 1838, DALLOZ, *Répert.*, v° *Mariage*, n° 82, 4°; Trib. civ. Albertville, 8 déc. 1888, *Rec.* Grenoble, 89, 51.

(3) Voy. LAURENT, t. II, n° 308.

(4) Cass. 16 janv. 1877, S. 77, 1, 165; Nîmes, 17 mai 1883, S. 83, 2, 95.

malignité publique est plus ou moins éveillée, et l'établissement des ci-devant fiancés est rendu plus difficile. Comment, d'ailleurs, les juges peuvent-ils substituer ainsi leur appréciation personnelle à celle de l'intéressé, et lui faire grief de s'être dérobé sans donner de motifs? Mais il n'a pas de motifs à donner, et cette jurisprudence provoque la réponse faite par ce Romain que l'on blâmait de vouloir répudier une femme irréprochable : « Moi seul puis savoir où mon soulier me blesse. » — On ne peut admettre de semblables décisions qu'à la condition de considérer les promesses de mariage comme obligatoires, et les artifices de rédaction ne pourront pas empêcher qu'en réalité il en soit ainsi : on fait produire à ces promesses, sous forme de dommages-intérêts, des conséquences en opposition directe avec leur caractère.

7. Nous pensons que la vraie solution consiste à n'admettre d'indemnité qu'à concurrence des dépenses motivées par la promesse de mariage; il peut y avoir lieu dans ce cas à une sorte de *condictio causa data, causa non secuta.* C'est dans ce sens, qu'après discussion, le Code civil italien a tranché la difficulté.

« La promesse mutuelle de mariage, dit l'art. 53, n'engendre pas l'obligation légale de le contracter, ni d'accomplir la prestation qui a été stipulée pour le cas d'inexécution de cette promesse. »

L'art. 54 porte :

« Si cette promesse a été faite dans un acte public ou sous seing-privé, par un majeur ou par un mineur autorisé des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage, ou bien si elle résulte des publications faites par l'officier de l'état civil, le promettant qui refuse de l'exécuter sans motif légitime, est tenu d'indemniser l'autre partie des dépenses motivées par cette promesse de mariage. — Toutefois, la demande n'est plus admissible après une année écoulée depuis le jour où la promesse devait recevoir exécution. »

En ce qui concerne les bijoux et autres objets de médiocre valeur offerts par le fiancé à la fiancée, ils ne peuvent en principe être considérés comme donnés en vue du mariage projeté ou pour servir au ménage commun, mais comme de simples marques de galanterie ou de savoir-vivre ; par conséquent, ils ne sont pas restituables (1), à moins qu'il ne soit prouvé qu'ils ont été donnés en vue de l'union projetée (2).

On voit donc que notre jurisprudence française est allée beaucoup trop loin, en admettant que la violation d'une promesse de mariage pourrait donner lieu, en cas d'inexécution, c'est-à-dire dans le cas d'une faute contractuelle, à des dommages-intérêts accordés à titre de réparation du préjudice résultant d'un quasi-délit !

8. Mais ce n'est pas tout : on a fait entrer dans les éléments du préjudice à réparer la grossesse de la fille à qui une promesse de mariage a été faite :

« Attendu, dit la Cour de cassation, qu'il ne s'agissait pas devant la Cour d'appel de rechercher quel était le père de l'enfant dont la demoiselle B... est accouchée ; que l'enfant, étranger au débat, ne peut en aucune façon ni souffrir ni profiter de la décision intervenue ; que l'unique question est celle du préjudice causé à la demoiselle B... par le sieur L... — Attendu qu'il est constaté par l'arrêt que le sieur L... a abandonné la fille B... après l'avoir séduite ; qu'il est la seule et unique cause du dommage qu'elle éprouve ; que c'est avec raison que l'arrêt attaqué a fait application de l'art. 1382, C. C., etc. (3). »

Ainsi donc voilà un homme qui n'est pas recherché comme étant le père de l'enfant, qui ne peut pas être déclaré le père de l'enfant, puisque l'art. 340 du Code civil s'y oppose, mais

(1) Bruxelles, 16 janv. 1889, S. 89, 4, 24.
(2) C. cass. Naples, 13 août 1881, S. 82, 4, 28.
(3) Cass. 24 mars 1845, D. 45, 1, 177.

qui est déclaré être *la seule et unique cause* du dommage éprouvé par la femme, c'est-à-dire de sa *grossesse !* — La Cour suprême a été suivie dans cette voie (1) ; un tribunal a décidé que la femme devenue mère a, *par ce seul fait*, le droit de réclamer des dommages-intérêts à l'auteur de sa grossesse (2).

Demolombe trouve cela fort naturel : « Il ne s'agit pas là, dit-il, d'une recherche de paternité ; la femme ne conclut pas à ce qu'un tel soit déclaré le père de son enfant ; elle demande des dommages-intérêts uniquement parce que cet homme a rompu, sans motif légitime, un projet de mariage (3). »

La Cour de cassation elle-même a réfuté depuis longtemps de pareils sophismes.

Voici comment elle s'exprimait par un arrêt du 26 mars 1806 :

« Attendu que toute recherche de paternité est abolie, non seulement par rapport aux droits successifs, mais encore relativement aux aliments pour l'enfant et aux dommages-intérêts pour la mère, par la raison que la paternité étant indivisible, un homme ne peut être père pour un cas et ne pas l'être pour un autre cas ; qu'en condamnant le sieur X... à des dommages-intérêts et aux frais de gésine le tribunal a commis un excès de pouvoir et violé l'art. 340... (4). »

Voilà la vérité, et il est impossible de comprendre la distinction admise par la jurisprudence moderne entre le fait de

(1) Bordeaux, 29 nov. 1852, D. 56, 2, 23 ; Colmar, 31 déc. 1863 ; Toulouse, 28 nov. 1871 ; Aix, 7 juin 1869.

(2) Trib. civ. Gray, 12 janv. 1886 ; *Gaz. Palais. Supp.*, 120.

(3) *Mariage*, t. I, n° 29 ; conf. trib. civ. Chambéry, 19 fév. 1889, *Mon. Lyon*, 2 avril 1889, etc.

(4) On trouve dans MERLIN, *Répert.*, v° *Fornication*, § 2, deux autres arrêts de la Cour de cassation dans le même sens, rendus sous l'empire de la loi de brumaire an XI qui avait prohibé la recherche de la paternité.

rechercher l'auteur d'une grossesse pour lui faire payer un dommage, et le fait de rechercher une paternité.

9. Quoi qu'il en soit, et demeurant le fonctionnement d'une telle jurisprudence, il reste à savoir quel est le mode de preuve admissible à l'égard d'une demande en dommages-intérêts fondée sur l'abandon, sans motifs légitimes, d'un projet de mariage. On a soutenu que les dommages-intérêts étant prononcés non en exécution de la promesse de mariage, mais en vertu de l'art. 1382, c'est-à-dire en vertu d'un délit ou d'un quasi-délit, la preuve testimoniale était admissible d'après l'art. 1348, n° 1 (1). Mais lorsque dans un délit ou quasi-délit il y a un fait dont on a pu se procurer la preuve par écrit, on rentre dans la règle générale qui est la prohibition de la preuve testimoniale; or rien n'est plus possible que de se procurer une preuve littérale d'une promesse de mariage (2). C'est donc avec raison qu'il a été jugé que pour justifier une demande en dommages pour séduction, la femme est tenue d'établir par une preuve écrite, ou par un commencement de preuve par écrit, l'existence d'une promesse de mariage antérieure à sa grossesse et employée comme moyen de vaincre sa résistance (3).

10. Mais la jurisprudence est fortement sollicitée à tenir pour prouvée une promesse de mariage chaque fois que naîtra un enfant qu'il sera possible d'attribuer à un individu recherché, non comme père, mais comme auteur d'un préjudice à réparer, c'est-à-dire de la grossesse. Voici en effet ce que nous lisons dans une *Étude* où sont nettement exposées les revendications formulées par ceux qui poursuivent l'abrogation de l'art. 340 du Code civil :

« Une femme rendue mère, c'est une femme à qui on a

(1) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. I, n° 33.
(2) LAURENT, t, II, n° 310.
(3) Toulouse, 29 mars 1889, *la Loi*, 2 août 1889.

promis le mariage; du premier fait le juge conclut *irrésistiblement* au second (1)... » « Sa maternité révèle des fiançailles, toutes simples, toutes élémentaires, si l'on veut, bégayées peut-être, mais elle les met au jour invinciblement, elle les fait présumer par elle seule (2). »

Pourquoi cela ?

« Parce que le mariage étant la situation normale de la femme, et l'immense majorité d'*entre elles*, étant faite pour la monogamie et s'y destinant, ne doit pas être présumée s'être donnée à d'autre qu'à un futur mari; qu'autrement ce serait supposer comme règle la polyandrie; et qu'ainsi le fait de la maternité ne doit en principe s'expliquer que par l'assurance auparavant donnée d'une paternité correspondante (3). »

Par conséquent « dans le cas où la preuve directe des promesses de mariage n'est pas fournie, elle doit résulter, comme dans l'ancien droit, en bonne raison, du fait de la paternité établi de quelque façon que ce soit (4). »

Aujourd'hui « la femme doit arracher pièce à pièce la réparation du préjudice souffert; on lui dispute jusqu'au premier sou. La preuve est à faire pour elle avec toutes les difficultés et les fins de non recevoir d'un système mal assis, ou d'esprits prévenus contre elle. Dans l'ancien droit, la preuve était faite pour elle dès que la question était posée; elle n'avait qu'à établir la promesse de mariage suivie de grossesse, ou même le second fait d'où découlait le premier, avec l'auteur démontré de l'un ou de l'autre; toutes les portes s'ouvraient devant elle, les cordons de la bourse se déliaient (5).

(1) M. GIRAUD, *Des promesses de mariage*, *Revue critique*, 1888, p. 674.
(2) *Ibid.*, p. 675.
(3) *Ibid.*, p. 731.
(4) *Ibid.*
(5) *Ibid.*, p. 750, 751.

C'est pour faire revivre ce bon vieux temps que des hommes ayant ou croyant avoir des idées *avancées* proposent au Corps législatif l'abrogation de l'art. 340, C. C.

« Il faut donc revenir, conclut le même auteur, aux promesses de mariage valables, *et surtout aux promesses présumées en cas de grossesse;* mais cela suppose que la question de grossesse puisse être présentée d'une façon principale et directe; c'est-à-dire que la paternité puisse être recherchée, contrairement à ce que décide le Code (1). »

On peut juger, par les citations qui précèdent, de la valeur des raisons alléguées à l'appui d'une thèse dont nous aurons à reprendre l'examen quand nous expliquerons l'art. 340.

Constatons en attendant qu'il est un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que les promesses de mariage sont nulles en tant que la prestation envisagée par les parties consisterait dans un consentement à donner, plus tard, à un mariage projeté.

11. Quand cette promesse d'un *consentement futur* au mariage émane des parties intéressées elles-mêmes, elle est nulle. A plus forte raison doit-il en être ainsi quand cette promesse émane d'un tiers, c'est-à-dire d'un entremetteur, d'un agent matrimonial, qui s'oblige, moyennant un prix, à rapporter le consentement d'une certaine personne au mariage envisagé.

L'intervention d'un tiers dans les négociations préalables à la conclusion d'un mariage, est souvent nécessaire ou utile. Mais lorsqu'un salaire a été stipulé par l'intermédiaire, une distinction doit être faite :

Si la stipulation a simplement pour objet le remboursement des frais et dépenses justifiés, et même d'un légitime salaire, elle est valable, pourvu que son effet ne soit pas subordonné au succès d'un projet de mariage déterminé. Dans ce cas, en effet, l'intermédiaire apparaît comme un

(1) *Ibid.*, p. 786.

mandataire salarié, et le mandat qu'il a reçu, lequel consiste à préparer et à faciliter un mariage, n'a rien d'illicite.

Il en est autrement de la convention par laquelle l'intermédiaire, d'une part, s'engage à faire le nécessaire pour déterminer le consentement d'une personne, s'oblige finalement à procurer ce consentement lui-même, et par laquelle l'intéressé, d'autre part, s'oblige, en cas de succès seulement, à payer une somme d'argent réglée à forfait, et calculée non sur l'importance de soins et démarches de l'entremetteur, mais sur l'importance présumée de la dot ou des avantages pécuniaires pouvant résulter du mariage envisagé. Dans ce dernier cas, la convention est nulle.

En effet, celui qui s'oblige à procurer le consentement d'un autre en matière de mariage, promet une chose qui ne peut faire l'objet d'une convention. Le mariage est en effet un acte essentiellement personnel, qui doit être le résultat de la volonté libre et spontanée des contractants eux-mêmes. On ne peut pas plus stipuler un prix pour faire réussir un mariage, qu'on ne pourrait le stipuler pour faire réussir une candidature à une fonction publique, ou à une distinction honorifique.

La jurisprudence s'est prononcée dans ce sens (1), et annule en conséquence les effets souscrits pour rémunération de la conclusion d'un mariage (2).

Mais si le forfait convenu ne peut être exigé quand il a été subordonné au succès du mariage, la justice ne pourrait-elle pas cependant accorder une indemnité calculée sur le temps employé et les dépenses faites? Une Cour a cru pouvoir le décider ainsi (3). Mais cette décision consiste à voir dans la convention autre chose que ce qu'elle contient en réalité.

(1) Cass. 1er mai 1855, S. 55, 1, 337; Poitiers, 9 mars 1853, S. 53, 2, 653; conf. trib. Annecy, 2 août 1888, *le Droit*, 13 sept.

(2) Paris, 24 août 1868; Nîmes, 22 juin 1868, S. 68, 2, 270, et les renvois.

(3) Nîmes, arrêt précité, voir la note dans D. 69, 2, 58.

CHAPITRE PREMIER.

DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE.

§ 1er. — Conditions d'existence du mariage.

12. — Distinction entre les actes *inexistants* et les actes *annulables*.
13. — Conditions requises pour qu'un mariage existe.
14. — I. *Différence des sexes:*
15. — De l'impossibilité d'engendrer.
16. — II. *Consentement*, art. 146.
17. — De l'individu judiciairement interdit.
18. — Du sourd-muet.
19. — III. *Célébration* devant un officier de l'état-civil.
20. — Célébration devant un conseiller municipal irrégulièrement délégué, ou devant un cadi, ou devant un officier incompétent.
21. — Conséquences de l'inexistence d'un mariage;
22. — Quand même un acte de célébration aurait été rédigé. — Conclusion.

12. Notre premier chapitre est consacré aux qualités et conditions requises pour le mariage. Avant de dire en quoi elles consistent, quelques notions préliminaires sont, sur ce point, indispensables.

Quand il s'agit d'apprécier un acte au point de vue juridique, il faut distinguer entre :

1° Les conditions requises pour son existence;

2° Les conditions requises pour sa validité.

En effet, il faut d'abord vérifier si l'acte existe, c'est-à-dire s'il présente tous les éléments essentiels à son existence juridique. Si cette recherche est satisfaisante, on pourra conclure que l'acte est *existant;* dans le cas contraire, on dira que l'acte est *inexistant;* il n'y aura qu'une vaine apparence d'acte; ce sera en réalité le néant juridique.

Mais il ne suffira pas d'avoir constaté qu'un acte remplit

toutes les conditions requises pour son existence, et que par conséquent, en droit, il *existe;* il faudra vérifier ensuite s'il est *valable*, s'il réunit toutes les conditions requises pour sa validité. C'est là un point de vue tout différent du premier.

Un acte peut, en effet, subsister en étant valable, mais il peut aussi subsister sans être valable, c'est-à-dire tout en étant affecté d'un vice qui pourra avoir pour conséquence de le faire annuler. On dira alors que cet acte est *nul* ou *annulable*, qu'on peut en demander la *nullité*.

Il faut donc distinguer entre les actes *inexistants* et les actes *existants* mais *annulables*.

Les premiers n'ont jamais été autre chose qu'une *apparence*, la confirmation ne peut leur donner la réalité qui leur manque; une action n'est pas nécessaire pour les faire disparaître; si la justice est appelée à se prononcer, elle se bornera à constater qu'ils n'ont jamais existé.

Les seconds, au contraire, existent tant qu'ils n'ont pas été annulés par la justice à la suite d'une action régulièrement introduite; tant qu'ils ne sont pas annulés, ils peuvent produire des effets, et s'ils ne peuvent plus être annulés parce que l'action en nullité est éteinte, ils deviennent valables. Enfin ils peuvent quelquefois être confirmés expressément ou tacitement.

C'est cette théorie qui est applicable aux mariages (1).

13. Voyons donc, en premier lieu, quelles sont les conditions requises pour qu'un mariage existe.

Dans l'état actuel de la législation, les conditions essentielles à l'existence d'un mariage sont au nombre de trois :

1° La différence des sexes;

2° Le consentement des parties;

3° Une célébration devant l'officier de l'état civil.

Avant la loi du 31 mai 1854, il fallait ajouter une quatrième

(1) ZACHARIÆ, t. III, § 450.

condition, l'existence civile qui faisait défaut au mort civilement.

14. I. *Différence des sexes.* — Il est inutile d'insister sur ce point que la différence des sexes est une condition essentielle de l'existence du mariage. Les mariages entre personnes du même sexe, contractés sciemment par l'une des parties tout au moins, sont tellement improbables qu'il est permis de considérer de telles hypothèses comme absolument impossibles. De telle sorte que cette première condition de l'existence du mariage ne correspondrait qu'à une conception purement scolastique ; on n'a jamais pu, en effet, constater sérieusement l'existence d'un véritable hermaphrodite. Mais il n'est pas impossible qu'il se soit rencontré deux personnes de bonne foi, croyant chacune s'unir à une personne d'un sexe différent du sien, mais dont l'une, trompée par de fausses apparences, s'est méprise sur son véritable sexe (1).

La méprise, en pareille hypothèse, sera toujours le résultat de quelque conformation anormale dont il conviendra d'apprécier l'importance à l'aide d'une expertise (2). Mais pour qu'un vice de conformation puisse faire déclarer un mariage inexistant, il faut qu'il se traduise par une véritable identité avec le sexe de l'autre conjoint. Il ne suffirait donc pas de constater que la partie défenderesse ne possède pas les organes du sexe qu'elle prétend être le sien (3), il faudrait encore constater l'existence des organes de l'autre sexe. Qu'adviendra-t-il si la personne dont le sexe est contesté refuse de se soumettre à l'examen des experts? Est-ce qu'il serait permis d'employer la contrainte directe, comme on l'a soutenu, ou, tout au moins, la contrainte indirecte résultant d'une condamna-

(1) JALABERT, *Revue critique*, 1873, p. 129.
(2) Montpellier, 8 mai 1872, S. 73, 2, 272.
(3) Caen, 23 mars 1882, S. 82, 2, 108; *Contra*, trib. d'Alais, 23 janv. 1873, D. 82, 3, 71.

tion à des dommages-intérêts par chaque jour de retard (1)? La négative est certaine; les juges apprécieront la résistance de la partie comme ils croiront devoir le faire d'après les documents et circonstances de la cause (2). Si le demandeur est dans l'impossibilité absolue de démontrer la vérité de ses assertions, les juges devront maintenir le mariage.

15. On peut rattacher à la question que nous venons d'examiner celle de savoir si le mariage existe lorsqu'il a été contracté par un individu privé de la faculté d'engendrer, pouvant par conséquent être, sous ce rapport, considéré comme n'ayant pas de sexe.

L'impossibilité d'engendrer peut résulter :

De l'extrême vieillesse;

De la mort imminente;

De l'impuissance radicale.

Il ne s'agit pas d'un cas où l'impuissance radicale de l'un des conjoints serait inconnue de l'autre. Il s'agit au contraire de l'hypothèse où les deux conjoints sont parfaitement renseignés, où ils savent que l'un d'entre eux, ou tous deux, sont dans l'impossibilité absolue d'engendrer. La question est de savoir si, dans de telles conditions, le mariage peut être considéré comme existant. Tout le monde est d'accord pour admettre l'affirmative quand l'impossibilité d'engendrer tient à l'extrême vieillesse ou à la mort imminente. Car si la procréation des enfants est, si l'on veut, le but principal du mariage, il n'est pas le seul. Aussi les mariages *in extremis* sont-ils aujourd'hui permis, bien qu'il soit certain que celui qui le contracte va mourir. Il peut avoir un grand intérêt à cette union, même celui de fonder une famille légitime, en légitimant un enfant naturel.

Ces considérations devraient, ce semble, conduire à la

(1) JALABERT, *loc. cit.*, p. 149.
(2) Trib. d'Alais, 23 janv. 1873, D. 82, 3, 71.

même solution pour le cas d'impuissance, car il peut arriver que l'impuissant veuille se marier précisément pour légitimer un enfant naturel qu'il aurait procréé avant l'accident qui l'a rendu impuissant. Cependant, quelques auteurs résistent (1) et prétendent que l'impuissant n'ayant pas en réalité de sexe, ne peut, sous ce rapport, être distingué de son conjoint. Cette doctrine méconnaît le caractère du mariage en exagérant l'une de ses conséquences naturelles; elle est de plus arbitraire, car elle ne repose sur aucun texte.

Il est entendu que nous avons toujours supposé que les deux conjoints avaient été, au moment du mariage, parfaitement renseignés sur leur véritable situation. Si au contraire l'un des conjoints avait été trompé ou laissé dans l'erreur par l'autre conjoint qui était impuissant, le mariage existerait toujours, mais alors se poserait la question de savoir si un tel mariage ne serait pas annulable sur l'action intentée par l'époux trompé. C'est ce que nous examinerons plus loin.

16. II. *Consentement.* — Le second élément essentiel à l'existence du mariage, c'est le consentement des parties :

ART. 146. Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement (*).

Il faut donc qu'il y ait un consentement. Quant au point de savoir quelles sont les circonstances qui peuvent vicier le consentement, c'est là une toute autre question. Il ne faut pas confondre, en effet, l'absence de tout consentement avec un consentement donné, mais vicié. Quand il n'y a pas du tout de consentement, il n'y a pas mariage. Quand il y a un consentement, il y a mariage; mais si le consentement a été vicié, le mariage pourra être annulé.

Nous nous occupons donc de l'hypothèse où il n'y a pas eu de consentement. Au premier abord il semble inutile de men-

(*) Art. 146. — L. 2, 16 § 2, D. 23, 2, *De ritu nupt.*; L. 30, 116 § 2; D. 50, 17, *De Reg. jur.*; BOECE, *Comment. sur les Topiq.*, 12, 50.
(1) Notam. ZACHARIÆ, t. III, § 451, note 4.

tionner que s'il n'y a pas eu de consentement, il n'y pas mariage. Cela va de soi. Ainsi, par exemple, admettons qu'un officier de l'état civil dresse un acte de mariage entre deux personnes qui n'ont jamais songé à se marier et n'ont pas comparu devant lui pour cela; il aura simplement commis un faux, et aucune question ne se posera concernant le mariage supposé. Aussi n'est-ce pas pour des hypothèses de ce genre que l'art. 146 a été rédigé. Il a été rédigé pour des cas où il y avait un consentement apparent, mais où en réalité le consentement n'existait pas, comme, par exemple, s'il s'agissait d'un dément conduit machinalement devant l'officier de l'état civil et prononçant la formule voulue sans avoir conscience de son acte. L'officier de l'état civil ignorant cet état de démence, que rien peut-être ne révèle, pourrait de très bonne foi procéder au mariage. Voilà pour quelles hypothèses a été fait l'art. 146. Par conséquent, celui qui se trouve dans un état mental le mettant dans l'impossibilité de donner un consentement, ne peut contracter mariage.

17. Que faut-il décider à l'égard de celui qui a été judiciairement interdit à raison de son état habituel de démence, d'imbécillité, ou de fureur? Pourrait-il se marier pendant un intervalle lucide? La question est vivement controversée. — L'art. 502 paraît tout d'abord contenir la solution bien formelle de la difficulté : tous les actes passés par l'interdit, postérieurement à l'interdiction, sont, d'après ce texte, nuls de droit. Mais l'interdiction est une mesure ayant principalement pour objet la conservation du patrimoine. L'incapacité de la personne dérivant de l'interdiction n'est que le moyen employé pour assurer la sauvegarde du patrimoine. Or, les règles faites pour le patrimoine ne peuvent pas logiquement s'appliquer au mariage; c'est ainsi que les contrats ordinaires sont annulables pour cause de dol, alors que le mariage ne l'est pas. C'est donc dans le titre même du mariage

et non en dehors de ce titre qu'il convient de chercher un principe de solution. Or, ce principe n'est-il pas contenu dans l'art. 146 lui-même? Ce texte exige seulement qu'il y ait, en fait, consentement des parties au mariage. Or, malgré l'interdiction, il peut se faire que le consentement soit donné, attendu que le dément se trouve dans un intervalle lucide. D'un autre côté, il est de principe qu'il ne peut exister d'autres causes de nullité du mariage que celles qui sont établies par un texte formel du chapitre IV du titre *Du mariage*. Or, il n'existe dans ce chapitre aucun texte qui frappe de nullité le mariage contracté par l'interdit *à raison de son état d'interdiction seul*. Le mariage échappe donc forcément à l'application de l'art. 502. Il doit être valable s'il a été contracté dans un intervalle lucide et inexistant dans le cas contraire (1).

18. Le consentement exigé par l'art. 146 n'est pas le fait purement interne de volition pouvant se produire dans l'esprit des parties, c'est un consentement exprimé. Donc le mariage n'est pas possible pour celui qui se trouve dans l'impossibilité d'exprimer un consentement quelconque, par exemple un sourd-muet qui ne saurait manifester ses sentiments ni par signes, ni par écrit.

19. III. *Célébration devant un officier de l'état civil.* — Les deux premières conditions voulues pour l'existence d'un mariage s'imposaient nécessairement au législateur qui n'avait qu'à les constater puisqu'elles dérivaient forcément de la situation même. Il en est autrement de la troisième relative à la présence d'un officier de l'état civil. Cette condition est purement contingente et aurait pu ne pas être imposée par la loi.

Tous les contrats en effet, aussi bien ceux ayant trait à l'état des personnes, tels que le mariage et l'adoption, que

(1) LAURENT, t. II, nos 285 à 288.

ceux ayant trait aux choses, tels que la donation et l'hypothèque, sont en principe purement consensuels. Mais le législateur, déterminé par des considérations suffisantes, a incontestablement le droit de soumettre à l'observation de certaines formes extérieures les contrats auxquels il ne doit accorder sa sanction que sous cette condition. Le droit du législateur n'est pas contesté pour l'adoption, la donation, l'hypothèque; serait-il contestable pour le mariage?

Quelques auteurs voudraient que le mariage put avoir lieu, en France, comme aux Etats-Unis, par le seul consentement des parties, sans l'intervention d'aucune autorité soit civile, soit religieuse, au moment de la formation du contrat. Cette opinion pourrait être admise si précisément l'exemple de ce qui se passe aux Etats-Unis ne devait pas la faire rejeter.

Si le seul consentement des parties, manifesté dans une forme quelconque, suffit pour la formation du lien conjugal, il faudra forcément accepter l'efficacité d'un consentement tacite. Il faudra admettre encore que le consentement pourra être prouvé par tous les moyens possibles, et que la preuve pourra notamment résulter d'une vie commune prolongée durant un temps plus ou moins long. Mais la vie commune peut aussi bien être la traduction d'une association irrégulière que d'un mariage sérieux, il faudra donc rétablir la vieille théorie romaine sur l'*affectio maritalis*. Avec un pareil système il pourra souvent arriver qu'un ménage légitime finisse par être considéré et traité comme un faux ménage, et plus souvent encore qu'un faux ménage usurpe la place d'une union régulière. Les droits de famille n'auront plus aucune garantie sérieuse, si ce n'est dans les circonstances où les citoyens, comblant eux-mêmes les lacunes d'une législation imparfaite, auront pris la précaution de faire constater par une autorité quelconque, dont les actes sont conservés, la preuve de leur mariage. Or il est tout naturel que le législateur, organe de la collectivité, prenne lui-même cette pré-

caution, en déclarant que la collectivité ne considérera pas comme sérieusement contractées les unions qui n'auront pas été formées en présence d'un officier de l'état civil, ainsi constitué témoin nécessaire.

20. Telle est la raison d'être de la troisième condition qui subordonne l'existence du mariage à la célébration devant un officier de l'état civil, c'est-à-dire devant le maire ou son adjoint, ou un conseiller municipal régulièrement délégué. Avant la loi du 5 avril 1884, il y avait eu de sérieuses difficultés sur le point de savoir si le mariage contracté devant un conseiller municipal irrégulièrement délégué, en dehors de l'ordre du tableau, était inexistant ou seulement annulable ou même valable. La Cour de cassation reconnut que la loi n'avait pas sanctionné par la nullité l'obligation de respecter l'ordre du tableau. (Voy. t. I^er^, n° 310).

En Algérie des difficultés d'un autre ordre peuvent se produire. Ainsi il a été jugé que le mariage contracté par un musulman naturalisé français, avec une musulmane, devant le cadi et suivant les formes de la loi musulmane est inexistant comme n'ayant pas eu lieu devant un officier de l'état civil (1). Mais comme le cadi avait compétence à l'égard de la femme, on aurait pu soutenir que le mariage était seulement annulable.

Pour que la condition voulue soit remplie, il suffit que le mariage ait lieu devant un officier de l'état civil, quand même cet officier serait incompétent; c'est-à-dire ne serait pas celui devant qui les parties auraient dû se présenter. Mais le mariage *existant* dans ce cas, serait-il *valable?* Quelle influence l'incompétence de l'officier public exercera-t-elle sur la validité du mariage? C'est là une autre question qui sera examinée plus loin.

Par conséquent l'absence de l'officier civil empêche qu'il y

(1) Alger, 26 mai 1879, S. 79, 2, 281.

ait mariage, et cela quelle que soit la bonne foi des prétendus conjoints ou de l'un deux; par exemple si on avait fait croire à l'une des parties qu'on peut se marier devant un prêtre ou un notaire, comme au théâtre, ou devant un juge de paix, etc.

21. Ainsi donc, et pour résumer toute la théorie qui précède, il faut pour qu'un mariage existe la réunion de ces trois éléments essentiels : 1° différence de sexe; 2° consentement au mariage; 3° union devant l'officier de l'état civil. — L'absence d'un seul de ces éléments empêche le mariage d'exister. Voici maintenant quelles sont les conséquences de cette inexistence :

1° Les parties entre lesquelles est intervenu ce mariage apparent ne pourront jamais le ratifier. On ne peut pas, en effet, ratifier le néant juridique, mais seulement un acte qui existe, qui a au moins un germe. Tandis que dans le cas de simple annulabilité, l'annulabilité peut quelquefois disparaître par l'effet d'une ratification;

2° Un mariage inexistant ne peut produire absolument aucun effet, quelle que soit la bonne foi des parties; nous examinerons, à propos des art. 201 et 202, les difficultés qui ont été soulevées à cet égard. — Nous verrons au contraire qu'un mariage simplement annulable peut produire des effets au profit de ceux qui ont été de bonne foi;

3° L'inexistence du mariage ne fait pas l'objet d'une action en nullité, mais peut être opposée en tout temps par toute personne intéressée. Sans doute il faudra bien que la justice intervienne, en cas de difficulté, pour constater l'inexistence du mariage, et par conséquent une action pourra être portée, dans ce but, devant les tribunaux; mais cette action qu'on peut qualifier : action en constatation d'inexistence d'un mariage, ne sera pas une action en déclaration de nullité de mariage. Au contraire, dans le cas de simple annulabilité, il y aura lieu à l'exercice d'une action en nullité, qui sera quelquefois limitée à un certain temps, qui n'appar-

tiendra qu'à certaines personnes, qui sera régie, en un mot, par le chapitre IV du titre : *Du mariage* (1).

22. Sur ce point, cependant, la jurisprudence est tombée dans une confusion regrettable. Chaque fois que, dans le cas d'un mariage inexistant, il a été dressé un acte de célébration du mariage, sous prétexte que : *provision est due au titre*, on a soutenu et jugé que, pour en faire cesser les effets, il fallait qu'un jugement en eût prononcé la nullité, et que l'action en nullité nécessaire pour obtenir un tel résultat est régie par les dispositions contenues dans le chapitre IV de notre titre consacré aux demandes en nullité (2).

Il n'y a pas d'erreur plus manifeste et plus dangereuse. Dans le cas d'inexistence du mariage pour défaut d'un élément essentiel, il n'est pas nécessaire d'intenter une action en nullité. C'est cette proposition mal comprise qui a engendré l'erreur que nous signalons. On s'est figuré que l'acte de célébration qui peut avoir été dressé, ne peut tomber que sous le coup d'une action en nullité. Il est certain qu'une action peut être nécessaire pour lever l'obstacle apparent qui résultera de cet acte de célébration. Ainsi l'officier de l'état civil refuse de procéder au mariage d'une personne, parce qu'il résulte d'un acte de célébration inscrit sur les registres, que cette personne serait déjà mariée. Dans ce cas, l'intéressé devra exercer une action tendant à faire constater que son prétendu mariage n'ayant jamais existé, l'acte de célébration qui le constate doit être déclaré non avenu. La jurisprudence admet au contraire que l'action à intenter en pareille hypothèse doit être une action en nullité. Il n'y aurait là qu'une question de mots ou de dénomi-

(1) Voy. autorités citées en note sous Bordeaux, 25 juin 1884, S. 84, 2, 201.

(2) Bordeaux, 25 juin 1884, S. 84, 2, 201 ; Cass. 9 nov. 1887, S. 87, 1, 461 ; Bastia, 8 fév. 1888, S. 89, 2, 177 et la note.

nation d'action si l'on ne prenait soin de faire remarquer qu'il s'agit d'une action en nullité proprement dite, régie par les dispositions contenues dans le chapitre IV du titre *Du mariage* consacré aux demandes en nullité (1).

Or, l'économie du chapitre IV est dominée par les deux règles suivantes :

Il n'y a de nullités et par conséquent d'action en nullité que dans les cas prévus par le Code;

L'action en nullité n'appartient qu'aux personnes à qui la loi en accorde formellement le bénéfice.

Or, dans les cas d'identité de sexe, de défaut de consentement, d'absence de célébration, il n'y a pas de texte qui prononce la nullité; et dans le chapitre IV il n'y a pas de texte qui accorde à qui que ce soit une action en nullité dans les trois cas ci-dessus rappelés.

Il résulterait donc du faux point de vue admis par la jurisprudence que dans les trois cas dont il s'agit personne ne pourrait faire tomber un mariage qui n'est qu'apparent (2)!

§ 2. — Conditions de la validité du mariage; aperçu général.

23. — Conditions requises pour qu'un mariage soit valable; empêchements dirimants.
24. — Empêchements prohibitifs.

23. Les conditions requises pour l'*existence* du mariage étant connues, il faut rechercher maintenant quelles sont les conditions requises pour sa validité.

Ces conditions sont relatives :

1° A l'âge des futurs conjoints qui doivent avoir l'âge requis;

(1) Note sous Bastia, 8 fév. 1888, S. 89, 2, 177.
(2) Voy. LAURENT, t. II, nos 440 à 444.

2° A l'indépendance personnelle de tout lien conjugal antérieur, sinon il y aurait bigamie;

3° A la pureté du consentement des parties qui doit être exempt de violence et d'erreur;

4° A la nécessité du consentement des ascendants;

5° A l'absence, entre les futurs conjoints, de toute parenté au degré prohibé.

Quand l'une des conditions ci-dessus fait défaut, il y a *empêchement au mariage*.

Mais à quel moment sera découvert cet empêchement? Il importe de le savoir. Si cet empêchement est découvert avant la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil, et que l'existence de cet empêchement ait été révélé à cet officier, ce dernier devra refuser de procéder à l'union des parties qui se présentent devant lui. Cette observation ne s'applique pas au cas d'impuissance de l'une des parties (V. *infrà*, n° 79). Cependant il arrivera souvent que l'existence d'un empêchement au mariage sera ignorée; l'officier de l'état civil constatera l'union des parties; et plus tard seulement on découvrira qu'il existait un empêchement au mariage, résultant de ce que l'une des cinq conditions ci-dessus énumérées n'était pas remplie. Alors qu'arrivera-t-il? La constatation judiciaire de cet empêchement aura pour effet de détruire le lien qui s'était formé, *vinculum dirimere*; aussi a-t-on appelé ces empêchements *dirimants*.

Les empêchements dirimants sont donc ceux dont la constatation avant le mariage empêche la célébration du mariage, et dont la constatation judiciaire après la célébration détruit le lien qui s'était formé.

24. Indépendamment des conditions dont l'absence constitue un empêchement dirimant, la loi édicte encore, pour quelques cas particuliers, certaines prescriptions simplement prohibitives.

Ainsi :

1° Quand le consentement des parents n'est plus nécessaire, la loi veut au moins des *actes respectueux;*

2° Quand une opposition est faite à un mariage, la loi veut que cette opposition, telle quelle, soit vidée avant le mariage;

3° Elle veut que le mariage soit précédé de publications;

4° Elle ne veut pas qu'une femme veuve ou divorcée puisse se remarier avant dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent, dans le but d'éviter la *confusio partûs;*

5° Elle exige pour certaines personnes une autorisation spéciale de leurs supérieurs;

6° D'après l'art. 295, les époux divorcés ne peuvent plus se réunir si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un second mariage suivi d'un second divorce;

7° D'après l'art. 298, dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut jamais se marier avec son complice (1);

8° Le conjoint présent ne peut contracter un nouveau mariage tant qu'il n'apporte pas la preuve du décès de l'absent;

9° L'adoption engendre entre certaines personnes une parenté civile qui met obstacle à leur mariage, art. 348.

Voilà donc certaines conditions nouvelles exigées par la loi. Quelle est leur influence sur le mariage? Si leur inaccomplissement est constaté avant le mariage, le mariage ne pourra avoir lieu. Si leur inaccomplissement n'est constaté qu'après, le mariage n'en aura pas moins été valablement célébré; donc ces empêchements ne sont pas *dirimants* du mariage; ils sont simplement *prohibitifs* quant à sa célébration.

Il va de soi que les empêchements dirimants sont en même temps prohibitifs.

Enfin, il convient de remarquer que dans une législation où

(1) Trib. Lyon, 27 déc. 1888, S. 90, 2, 199.

le mariage au lieu d'être célébré devant une autorité quelconque, dépendrait du seul consentement des parties, il serait impossible d'établir des empêchements simplement prohibitifs ayant une efficacité sérieuse.

Nous allons donc étudier successivement les diverses conditions requises dont l'absence constitue un empêchement dirimant.

§ 3. — Empêchements dirimants : impuberté, bigamie.

25. — I. *Impuberté.* Critique de la limite d'âge fixée par la loi, articles 144-145.
26. — Des dispenses d'âge.
27. — II. *Bigamie.* Absence de tout lien antérieur. — Influence d'un divorce prononcé à l'étranger, art. 147.
28. — Le lien résultant des fiançailles ne met pas obstacle au mariage ;
29. — Ni le lien résultant de l'engagement dans les ordres sacrés, ou d'un vœu monastique.

25.

ART. 144. L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus ne peuvent contracter mariage (*).

ART. 145. Néanmoins il est lois sible au pouvoir exécutif d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves.

Les conditions diverses dont l'ensemble doit concourir à la formation d'un mariage valable, doivent s'expliquer et se compléter l'une par l'autre, sans jamais perdre de vue le but final qu'il s'agit d'atteindre. Or c'est ce que n'a point fait le législateur quand il s'est occupé de déterminer l'âge que doivent avoir l'homme et la femme pour contracter mariage. Il s'est uniquement occupé de la question de puberté, comme si les autres questions n'existaient pas. Il ne s'agit pas en effet de savoir si une personne est arrivée à l'âge où la faculté d'engendrer est suffisamment développée chez elle;

(*) Art. 144. — Just. *Inst.* 1, 10, *De nupt.*; L. 1, 4, D. 23, 2, *De ritu nupt.*; L. 3, C. 5, 60, *Quando turores.* — Cap. 4, *Decret. Greg.*, 4, 2, *De despons. impuber*, et *tot. tit.*

mais, ce point étant supposé admis, il s'agit de savoir à quel âge une personne peut sérieusement émettre un consentement vraiment personnel pour la création d'un ménage nouveau devant produire une famille légitime. La question physiologique ne devait pas être séparée de celle du consentement personnel. Si on avait ainsi procédé, on aurait reconnu qu'à dix-huit ans et à quinze ans révolus, le mariage est bien moins l'œuvre du consentement personnel des intéressés que celle des père et mère. L'observation fut faite au Conseil d'État par Maleville (1).

Il est donc permis de regretter que la possibilité du mariage n'ait pas été reculée au moins pour l'homme, jusqu'à l'époque de la majorité.

26. Mais ce qui est vraiment singulier, c'est la faculté attribuée au pouvoir exécutif d'accorder des dispenses pour rendre possibles des mariages, même avant que l'âge de dix-huit ans ou de quinze ans ait été atteint.

On comprendrait à la rigueur le système de telles dispenses dans une législation qui reculerait le mariage jusqu'à trente ans pour les hommes et vingt-quatre ans pour les femmes, comme autrefois à Sparte, ou jusqu'à trente-cinq ans et vingt-cinq ans, comme à Athènes; mais cela paraît excessif dans un système qui a abaissé la limite d'âge autant que le permet notre climat.

Le plus grave des motifs pouvant déterminer les dispenses d'âge résulte de la grossesse d'une femme âgée de moins de quatorze ans. Mais de ce que, par exception, une femme âgée de moins de quatorze ans possède un développement physique lui permettant d'engendrer, s'ensuit-il qu'elle possède au même degré la maturité morale indispensable au mariage? Les circulaires du 10 mai 1824 et 29 avril 1832 citent d'autres cas, celui notamment où le mariage projeté doit assurer à la

(1) LOCRÉ, t. II, p. 313, nº 8.

personne qui n'a pas atteint l'âge compétent, des moyens d'existence ou mettre ses mœurs à l'abri d'un danger manifeste.

La marche à suivre pour obtenir les dispenses d'âge est réglée par un arrêté du 20 prairial an XI.

Celui qui veut obtenir une dispense d'âge doit adresser sa demande au procureur de la République de son domicile. Celui-ci la transmet avec son avis au procureur général, lequel l'envoie à son tour au ministre de la justice, sur le rapport duquel intervient, s'il y a lieu, un décret du chef de l'État. Le décret est enregistré au greffe du tribunal civil dans l'arrondissement duquel l'union doit être célébrée, et une expédition en est annexée à l'acte de mariage.

Lorsque l'âge requis pour le mariage a été atteint on peut se marier n'importe à quel âge, même dans l'extrême vieillesse ainsi que nous l'avons dit.

L'empêchement résultant du défaut d'âge est dirimant, et s'appelle l'*impuberté;* nous verrons plus tard ce qui concerne l'exercice de l'action en nullité pour cause d'impuberté.

27. II. Le second empêchement dirimant résulte de l'existence d'un mariage antérieur.

ART. 147. On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier (*).

La monogamie est en effet la loi constante des peuples occidentaux. C'est là une règle de police sociale applicable non seulement aux Français, mais encore aux étrangers qui voudraient se marier en France, quand même les lois de leur pays permettraient la polygamie. Cette règle est en même temps un statut personnel qui suit le Français même dans les pays étrangers où la polygamie est admise.

Le fait de contracter sciemment un second mariage avant

(*) Art. 147. — L. 1 *in fin.*, D. 3, 2, *De his qui not.;* L. 2, C. 5, 5, *De incest. et inutil. nup.* — Cap. 2, *Decret. Greg.*, 4, 21, *De secund. nupt.*

la dissolution du premier constitue le crime de bigamie que l'art. 340, C. P., punit des travaux forcés à temps. L'officier de l'état civil qui prête son ministère à ce mariage, connaissant l'existence du précédent, encourt la même peine.

Il faut remarquer qu'un premier mariage ne peut entraîner la nullité du second, qu'à la condition de durer encore. Or les lois qui règlent les modes de dissolution du mariage sont des statuts personnels. C'est d'après les lois de son pays que doit être appréciée la capacité de l'étranger pour contracter mariage en France. Par conséquent l'étranger légalement divorcé dans son pays pouvait contracter un autre mariage en France, même avec une Française, du vivant de son premier conjoint (1). Cela avait cependant fait difficulté (2). Le rétablissement du divorce en France a enlevé tout intérêt à la question.

A l'inverse, on avait jugé qu'un conjoint français ne pouvait se faire naturaliser en pays étranger dans le but d'éluder la règle de l'indissolubilité du mariage, pour divorcer et se remarier ensuite du vivant de l'autre conjoint (3). Cette jurisprudence ne peut pas signifier que les juges n'ont pas voulu reconnaître à un Français le droit de se faire naturaliser en pays étranger, mais seulement qu'ils ne veulent pas l'admettre à se prévaloir de sa qualité d'étranger pour briser le lien qui l'unissait à son conjoint. Depuis le rétablissement du divorce il n'en serait plus ainsi; mais ne devrait-on pas cependant maintenir le principe de cette jurisprudence pour le cas où un Français se ferait naturaliser dans un pays où le divorce peut être obtenu beaucoup plus facilement qu'en France,

(1) Cass. 15 juillet 1878, S. 78, 1, 320; Cass. 22 fév. 1860, S. 60, 1, 210; Amiens, 15 avril 1880, S. 80, 2, 172.

(2) Douai, 8 janv. 1877, S. 77, 2, 45.

(3) Cass. 18 mars 1878 (2 arrêts), S. 78, 1, 193; Bruxelles, 5 août 1880, S. 81, 4, 1.

afin, précisément de profiter de cette facilité plus grande? Cette solution a prévalu en Angleterre. En Angleterre où le divorce est admis dans certains cas, on s'est parfois refusé à reconnaître un divorce prononcé en Écosse où la loi est beaucoup plus facile. C'est ainsi que Lolley, divorcé et remarié en Écosse, fut envoyé aux galères comme bigame, par les juges anglais. Des juges français pourraient-ils agir de même et annuler le second mariage du prétendu bigame? C'est aux nations qui admettent le divorce qu'il appartient d'apprécier souverainement les conditions nécessaires à son bon fonctionnement. Les précautions insuffisantes dans un pays pour empêcher les abus de l'institution peuvent au contraire être suffisantes dans un autre pays. Il serait donc absurde que des juges français eussent la prétention de méconnaître un divorce acquis en pays étranger, sous prétexte que dans ce pays le divorce n'est pas aussi bien réglementé qu'en France.

28. Les liens résultant d'un mariage antérieur sont-ils les seuls qui puissent mettre obstacle à la célébration d'un mariage? Que faut-il penser du lien tel quel résultant des fiançailles, ou de celui qui provient d'un engagement dans les ordres sacrés, ou d'un vœu monastique?

Ainsi, une promesse de mariage échangée avec une personne déterminée formerait-elle empêchement au mariage à contracter avec une autre? Dans l'ancienne jurisprudence, les fiançailles produisaient un empêchement prohibitif, mais jamais dirimant; aujourd'hui elles ne peuvent en produire aucun. On ne peut en effet modifier son état civil qu'en se conformant aux prescriptions de la loi, c'est-à-dire par le mariage, et non par de simples pactes ou conventions.

29. Quant au lien résultant de l'engagement dans les ordres sacrés conférés par l'Église catholique, il y a deux points qui sont certains :

Le premier, c'est que dans l'ancien régime ils formaient un

empêchement radical au mariage, puisque les canons de l'Église catholique, alors reçus en France, le déclaraient formellement, et étaient obligatoires dans l'État.

Un second point également certain, c'est que la Révolution modifia complétement les principes sur ce point. Il résulte clairement de la Constitution du 3 septembre 1791, de la loi du 20 septembre 1792, et du décret du 19 juillet 1793, que les prêtres catholiques pouvaient se marier.

Toute la question est de savoir si depuis ces documents législatifs, il a été promulgué une loi quelconque de laquelle il puisse résulter qu'un prêtre catholique ne peut pas se marier. Or, il est certain que non, et nulle argutie ne pourra établir qu'il en soit autrement. La controverse qui s'est élevée sur ce point est due à des préoccupations tout à fait étrangères à l'interprétation et au respect de la loi. Elle a d'ailleurs été tranchée définitivement par un arrêt de la Chambre civile reconnaissant qu'il n'existe aucune loi interdisant le mariage au prêtre catholique (1).

Il faut adopter la même solution en faveur des personnes qui ont fait des vœux monastiques, lesquels ne peuvent produire aucun effet dans l'ordre civil (2). Les auteurs cependant signalent l'exception qui résulterait, pour les congrégations hospitalières de femmes, de l'art. 8 du décret du 18 février 1809, ainsi conçu :

« A l'âge de 21 ans, les novices pourront s'engager pour cinq ans ; ledit engagement devra être fait en présence de l'évêque ou d'un ecclésiastique délégué par lui, et de l'offi-

(1) Cass. 25 janv. 1888, S. 88, 1, 193 statuant sur un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour d'Amiens, du 30 janv. 1886 qui avait admis la même solution. On trouvera toute la jurisprudence antérieure analysée et appréciée dans un opuscule de M. L. SARRUT, ayant pour titre : *Le mariage des prêtres devant la Cour de cassation*, Paris, 1887.

(2) L. 13-19 fév. 1790.

cier de l'état civil qui dressera l'acte et le consignera sur un registre double dont un exemplaire sera déposé entre les mains de la supérieure, et l'autre à la municipalité, et pour Paris à la préfecture de police. »

Il résulterait donc de ce texte que l'engagement dont il s'agit pourrait produire pendant cinq ans un empêchement prohibitif. Mais cette réglementation singulière n'est plus observée.

§ 4. — Empêchements dirimants (*suite*); consentement de la famille.

30. — III. *Défaut de consentement des ascendants* ou de la famille. Motifs de la nécessité de ce consentement, d'abord d'après le droit romain;
31. — Doctrine du Concile de Trente.
32. — Théorie du Code civil.
33. — Application aux enfants légitimes, art. 148.
34. — Du consentement de la mère.
35. — Des ascendants déchus de la puissance paternelle; L. 24 juillet 1889, art. 1, et 17 § 2.
36. — Des ascendants mis dans l'impossibilité de manifester leur volonté, art. 149.
37. — De l'ascendant en état d'aliénation mentale,
38. — Ou d'interdiction légale.
39. — Des aïeuls et aïeules remplaçant le père et la mère, art. 150.

30. III. La loi soumet les parties qui veulent contracter mariage, à la nécessité d'obtenir le consentement de leurs père et mère.

En droit romain, les principes sur ce point n'étaient pas les mêmes que chez nous. La famille à Rome, étant une institution politique, il en résultait que la parenté civile dérivant du lien agnatique présentait plus d'importance que la parenté naturelle ou la cognation. Aussi n'était-ce pas à proprement parler le consentement du *père* selon la nature qui était exigé, mais le consentement du *pater familias*, qui, représentant au sein de la famille agnatique le pouvoir poli-

tique de la cité, se trouvait investi d'une véritable *magistrature domestique*.

De ce que la nécessité de ce consentement était motivée par la notion purement politique de la *patria potestas*, il suivait :

1° Que ce consentement devait être obtenu à tout âge (1);

2° Que ce consentement n'était pas exigé de la même manière pour les filles que pour les garçons. — Le fils de famille ayant son père et son grand-père avait besoin du consentement du chef actuel et du chef futur, puisque son mariage devait faire entrer de nouveaux membres dans la famille agnatique. Il n'en était pas de même de la fille dont le mariage ne faisait que relâcher, sans le détruire, la puissance du chef actuel, aussi n'avait-elle besoin que du consentement de celui-ci;

3° La mère ne pouvant jamais exercer la puissance paternelle, il n'était jamais question de la consulter;

4° La nécessité du consentement ne tenant qu'au lien civil de l'agnation, quand ce lien était rompu par l'émancipation, les enfants pouvaient se marier sans l'aveu de leur père;

5° Enfin, puisque le père, quand il accordait son consentement, agissait plutôt comme représentant du pouvoir politique de la cité, qu'à raison des droits qu'il tirait de la nature, il en résultait que les motifs de son refus pouvaient être appréciés par le magistrat, et même que le magistrat pouvait consentir à sa place (2).

L'union contractée sans le consentement du *pater familias* était nulle, et ne pouvait valoir que comme concubinat. L'adhésion ultérieure donnée par le chef, pouvait valider l'union pour l'avenir, mais non pour le passé.

Les idées chrétiennes ne pouvaient évidemment accepter

(1) L. 2, D. 23, 2 (*De ritu nupt.*).
(2) L. 19, D. 23, 2 (*De ritu nupt.*).

une semblable théorie sur le consentement des parents au mariage de leurs enfants. Elles en motivèrent la nécessité sur le précepte *honora patrem tuum et matrem tuam*, indépendamment de toute organisation civile de la famille. C'est ainsi qu'il fut décidé qu'une fille mineure de 25 ans, devait, quoique émancipée, obtenir pour se marier le consentement de son père, et si elle n'avait pas de père, celui de sa mère ou de ses proches (1).

31. La doctrine de l'Église catholique alla beaucoup plus loin. De ce que le mariage était un sacrement dont les parties étaient elles-mêmes les ministres et qu'elles le célébraient en cette qualité en présence du curé qui n'en était que le témoin, l'Église avait tiré cette conséquence que le consentement était inutile pour la validité du lien conjugal, mais que cependant il était bon de le demander à cause du précepte *honora patrem tuum et matrem tuam*. Le Concile de Trente consacra cette doctrine, et décida que le défaut de consentement des parents ne formerait pas un empêchement dirimant, mais seulement prohibitif.

Cette décision n'a jamais été reçue en France, et l'ordonnance de Blois, de 1579, qui reproduisait les principales dispositions du Concile de Trente, rejeta formellement le canon qui validait les mariages malgré le défaut de consentement des parents. Bien plus, l'art. 40 de cette ordonnance défendait expressément aux curés et vicaires de passer outre à la célébration des mariages des mineurs ou mineures de 25 ans, sans le consentement des pères, mères, tuteurs ou curateurs, sous peine d'être punis comme *fauteurs de rapt*.

Que le mariage, en effet, soit ou non un sacrement, la volonté des parents est chose assez respectable pour que son défaut, dans l'intérêt même des enfants, constitue plus qu'un simple empêchement prohibitif.

(1) L. 18, 20, C. 5, 4 (*De nuptiis*).

32. En conséquence le Code civil, répudiant d'ailleurs les vieilles traditions romaines, a organisé la théorie du consentement des ascendants sur les bases suivantes :

1° Le consentement des ascendants est exigé, d'abord à cause du respect et de la vénération qui leur sont dus, et en outre comme complément du consentement des parties elles-mêmes ;

2° En conséquence la mère, ou plus généralement les ascendantes devront être consultées ; ce qui est contraire au droit romain, mais conforme au droit canonique ;

3° Le défaut de consentement des ascendants constitue un empêchement dirimant, ce qui est conforme au droit romain, quoique pour d'autres motifs, mais contraire au droit canonique ;

4° La nullité résultant d'un tel empêchement pourra être couverte par une ratification postérieure de la part de ceux dont le consentement était nécessaire ; ce qui est contraire au droit romain ;

5° L'autorité publique ne peut plus intervenir pour contraindre ou suppléer la volonté des parents, ce qui est contraire au droit romain ; sauf dans un cas unique prévu par l'art. 17 de la loi du 24 juillet 1889.

33. Voyons maintenant comment cette théorie se trouve traduite par les textes en ce qui concerne d'abord les enfants légitimes :

ART. 148. Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt-et-un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère : en cas de dissentiment, le consentement du père suffit (*).

Il y a donc pour le fils une majorité spéciale en fait de mariage distincte de la majorité ordinaire, tandis que pour la fille la majorité est toujours la même. C'est qu'il importait

(*) Art. 148. — L. 2, L. 3, D. 23, 2, *De ritu nup.* ; L. 2, L. 5, 4, *De nupt.*

de ne pas trop retarder, à l'égard des filles, la majorité en fait de mariage, car pour les filles le moment où elles ne peuvent plus, à raison de leur âge, se marier que difficilement, arrivant plus vite, il fallait leur donner plutôt la libre disposition de leur sort.

34. Il résulte du texte que la mère doit être consultée; mais si, ayant été consultée, elle refuse, la loi déclare que le consentement du père suffit. Cette solution a été critiquée sous le prétexte, qu'en définitive elle ne tient pas compte de l'opinion de la mère. Mais il n'y avait que deux manières d'échapper au résultat consacré par le texte : 1° en décidant que dans le cas de dissentiment le consentement de la mère suffirait et alors on reproduirait la même objection en faveur du père; 2° en décidant que le mariage est impossible tant que le père et la mère ne se sont pas mis d'accord pour y consentir; solution qui serait contraire à la faveur que méritent les mariages. La vérité est que lorsqu'une décision doit être prise sur l'avis de deux personnes qui n'ont pas la liberté de s'abstenir, il faut bien, en cas de désaccord, suivre l'opinion de l'un ou de l'autre; c'est donc uniquement pour en finir que l'on suit l'opinion du père.

La mère, vivant avec le père, ou bien séparée de corps ou divorcée, peu importe, doit être consultée, quand même le père aurait déjà donné son consentement (1), et l'officier de l'état civil devra refuser son concours au mariage, s'il ne lui est pas justifié de l'accomplissement de cette condition. Cette justification résultera soit de la présence de la mère devant l'officier de l'état civil, et de l'interpellation qui lui sera adressée sur le point de savoir si elle consent au mariage; soit d'un acte authentique constatant son refus d'accorder le consentement qui lui a été demandé. Si la mère refusait cette constatation, il n'y aurait d'autre moyen que de la faire éta-

(1) Trib. civ. Seine, 6 juillet 1876, D. 77, 3, 92.

blir par un procès-verbal d'huissier. L'enfant, ou son mandataire spécial accompagné d'un huissier, se présenterait devant la mère pour lui demander son consentement au mariage projeté, et l'huissier présent dresserait procès-verbal de la réponse négative qui serait faite. Quelques auteurs estiment que l'enfant doit procéder par *acte respectueux* (1). Mais les notaires ne sont compétents que pour les actes respectueux qu'ils sont autorisés à signifier dans les circonstances prévues par la loi, et la demande de consentement n'est pas un acte respectueux (2).

35. Enfin, il faut noter que la nécessité pour les enfants d'obtenir le consentement de leurs père et mère n'existe plus à l'égard de l'ascendant déchu de la puissance paternelle, et par conséquent des droits résultant pour lui de l'art. 148, par application de l'art. 1er de la loi du 24 juillet 1889 sur les enfants maltraités, ou moralement abandonnés.

L'art. 17 § 2 de la même loi contient en outre la disposition suivante :

« Si des parents, ayant conservé le droit de consentement au mariage d'un de leurs enfants, refusent de consentir au mariage en vertu de l'art. 148 du Code civil, l'assistance publique peut les faire citer devant le tribunal, qui donne ou refuse le consentement, les parents entendus ou dûment appelés dans la chambre du conseil. »

Si donc le père et la mère sont vivants et présents et non déchus de la puissance paternelle, ils doivent être consultés l'un et l'autre.

36.

ART. 149. Si l'un des deux est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit (*).

Le décès doit être prouvé normalement par la présentation

(*) Art. 149. — L. 25, C. 5, 4, *De nupt.*

(1) DEMOLOMBE, *Mariage*, n° 38.

(2) LAURENT, t. II, n° 312.

d'un acte de l'état civil. Pourrait-on appliquer à l'espèce l'avis du Conseil d'Etat du 4 messidor an XIII, d'après lequel : *il n'est pas nécessaire de produire l'acte de décès des père et mère des futurs mariés lorsque les aïeuls et aïeules attestent ce décès?* Cela est fort douteux, car l'avis du Conseil d'État prévoit seulement le cas où le père et la mère sont morts tous deux et permet alors de s'en rapporter à l'attestation des aïeuls et aïeules, mais on ne voit nulle part que l'un des conjoints puisse attester le décès de l'autre (1).

L'impossibilité résultera de toute circonstance exclusive d'une manifestation extérieure de la volonté.

Il en est ainsi dans le cas d'absence déclarée et même de présomption d'absence. Si aucun jugement n'a été rendu en vertu de l'art. 112, on devra s'adresser au tribunal pour que l'absence soit judiciairement constatée. Mais quand l'existence de l'ascendant est certaine, son éloignement actuel, quelle qu'en soit la cause, ne saurait constituer une impossibilité de manifestation de la volonté.

37. L'aliénation mentale est encore une cause d'impossibilité de manifester sa volonté. Il ne peut y avoir aucune difficulté quant à la règle : il est clair que celui qui n'a plus de volonté raisonnée, ne peut manifester cette volonté. Mais la difficulté se présente dans la pratique en ce qui touche le mode de preuve. Au point de vue qui nous occupe, l'aliéné interdit doit être traité comme l'aliéné non interdit. L'interdiction ayant trait seulement aux intérêts pécuniaires de l'interdit, laisse intacte la capacité de ce dernier à tous les autres points de vue. Il peut se marier dans un intervalle lucide, il doit donc, dans un intervalle lucide, pouvoir consentir au mariage de ses enfants.

Voici maintenant comment les choses se passent : si l'aliéné est placé dans un établissement ou hospice, l'officier de l'état

(1) DEMOLOMBE, *loc. cit* , n° 40; LAURENT, *loc. cit.*, n° 318.

civil considère la production du certificat d'admission, comme établissant suffisamment l'impossibilité de consentir, et il agit en conséquence sans se préoccuper du point de savoir si l'aliéné se trouve ou ne se trouve pas dans un intervalle lucide.

Si l'aliéné est traité dans le sein de sa famille, l'officier de l'état civil à qui rien ne donne l'assurance que l'individu qu'on dit être aliéné est privé de sa raison, doit en principe exiger son consentement; si le prétendu aliéné se présente et paraît à l'officier de l'état civil en état de manifester sa volonté, l'officier de l'état civil reçoit son consentement et passe à la célébration du mariage. Si le comparant ne manifeste pas sa volonté, et que l'officier de l'état civil ne puisse distinguer si cette absence de manifestation provient de ce que le comparant ne *veut* pas, ou de ce qu'il ne *peut* pas, il devra surseoir jusqu'à ce qu'il intervienne un jugement constatant l'aliénation mentale et par suite l'impossibilité de manifester une volonté. Mais s'il est certain pour l'officier de l'état civil, que la personne qui est devant lui se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, ce qui est quelquefois facile à vérifier, surtout dans le cas d'idiotisme, l'officier de l'état civil doit exiger alors le consentement de ceux qui sont appelés à le donner, à la place des père ou mère, sans avoir besoin de réclamer d'autre justification.

38. Quant à l'interdiction légale, il ne saurait y avoir de doute; elle ne place pas celui qui en est frappé dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Néanmoins Demolombe a écrit ceci: « *Il me semble* que la loi a dû nécessairement suspendre, dans la personne du condamné qui est sous le poids d'une peine afflictive et infamante, l'exercice de cette espèce de *magistrature domestique* (arg. art. 221, C. C.) (1).» Cette opinion qui était déjà insoutenable à l'époque où elle s'est pro-

(1) *Loc. cit.*, n° 44.

duite, est aujourd'hui rétroactivement condamnée par un texte formel : l'art. 2 de la loi précitée du 24 juillet 1889, porte que les père et mère condamnés aux travaux forcés à perpétuité, ou à temps ou à la réclusion... peuvent être déchus des droits résultant de l'art. 148. Donc, s'il n'ont pas été *déclarés déchus*, ils conservent, malgré leur état d'interdiction légale, le droit, et par suite la possibilité, de consentir au mariage.

39.

ART. 150. Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent; s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. — S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement.

C'est le point de vue nouveau auquel s'est placé le Code qui a permis d'exiger le consentement des grands parents, appelés à le donner dans l'intérêt des parties intéressées elles-mêmes. L'expression *aïeuls* et *aïeules* dont se sert l'article 150, est une expression générique s'appliquant à tous les ascendants à quelque degré qu'ils se trouvent (arg. articles 173 et 174).

La première hypothèse à examiner est celle où il n'y a d'ascendant que dans une ligne. Si, dans cette ligne, il n'y a qu'un seul ascendant, le consentement de cet ascendant unique doit naturellement suffire.

S'il y a plusieurs ascendants à des degrés inégaux, le droit de consentir au mariage appartient au plus proche.

S'il y a deux ascendants mari et femme, c'est-à-dire un aïeul et une aïeule, ou un bisaïeul et une bisaïeule, l'un et l'autre doivent être consultés, et en cas de dissentiment, le consentement de l'aïeul ou du bisaïeul suffit.

S'il y a plusieurs bisaïeuls non conjoints, par exemple deux bisaïeuls ou deux bisaïeules, on devra appliquer la même règle que dans l'hypothèse qui va être examinée où il y a des ascendants dans les deux lignes. Il est en effet juri-

dique de traiter entre elles deux branches d'une même ligne, comme sont traitées, l'une vis-à-vis de l'autre, les deux lignes elles-mêmes.

Que se passera-t-il donc lorsqu'il y aura des ascendants à la fois dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle?

S'ils sont à des degrés égaux, ils sont tous appelés à consentir au mariage;

Dans chaque ligne, en cas de dissentiment, la volonté de l'aïeul l'emporte sur celle de l'aïeule;

S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement.

Si les ascendants des deux lignes se trouvent à des degrés inégaux, s'il y a, par exemple, dans la ligne paternelle un aïeul et une aïeule, dans la ligne maternelle un bisaïeul, ce dernier devra-t-il être appelé à consentir au mariage concurremment avec les aïeuls de l'autre ligne; l'affirmative est évidente, et on ne comprend pas qu'elle ait pu faire question. L'art. 150 exige en effet que les deux lignes soient consultées; or, dans l'espèce posée, si le bisaïeul n'était pas appelé à donner son consentement, la ligne à laquelle il appartient ne serait pas consultée, et l'art. 150 serait, par conséquent, violé. Mais, a-t-on dit, l'art. 150 en parlant du partage entre les deux lignes se réfère seulement au cas où, dans les deux lignes, il existe des ascendants à degrés égaux (1). Cette affirmation est arbitraire et comporte une distinction que le texte repousse (2). Ajoutons que notre solution est plus favorable aux mariages, puisque le partage entre les deux lignes emportera consentement.

Dans tous les cas, le consentement donné par les ascendants doit subsister jusqu'à la célébration du mariage; mais il n'est pas irrévocable et peut être rétracté. Dans ce dernier

(1) VALETTE sur PROUDHON, t. I, p. 397, note *a*.
(2) DEMOLOMBE, n° 49; LAURENT, t. II, n° 317.

cas, le mariage ne pourra avoir lieu. Il faut que la volonté de l'ascendant puisse en quelque sorte se joindre au mariage. Si donc l'ascendant vient à décéder après avoir donné son consentement, l'intéressé devra réclamer leur consentement à ceux qui sont, dans cet ordre d'idées, appelés à remplacer le défunt, en suivant l'ordre établi par le Code.

Il peut arriver qu'un ascendant retenu dans une résidence éloignée ne puisse pas assister de sa personne au mariage. Il pourra alors formuler, dans un acte authentique, le consentement qu'il devrait formuler sur l'interpellation de l'officier de l'état civil (art. 73). — Cela implique nécessairement que l'acte authentique doit contenir le nom du futur conjoint auquel doit s'unir celui qui obtient le consentement. Une autorisation vague et générale de *contracter mariage* ne serait, de la part de celui qui l'accorderait, qu'une attestation non dissimulée de sa parfaite indifférence, qu'une abdication de sa part du droit d'être consulté pour le mariage de son descendant, et ne saurait jamais être admise comme un consentement sérieux.

§ 5. — Des actes respectueux.

40. — Du conseil que les enfants majeurs pour le mariage doivent demander à leurs ascendants, art. 151.—Actes respectueux.
41. — De la réitération des actes respectueux, art. 152, 153, 154.
42. — En quoi consiste l'acte respectueux.
43. — Pratique notariale sur ce point.
44. — De la jurisprudence en cette matière.
45. — Forme des actes respectueux.
46. — Quand peuvent être signifiés les actes respectueux.
47. — L'acte respectueux peut être annulé pour défaut de liberté de l'enfant.
48. — Comment et à qui doit-il être signifié? Nullités.
49. — Autres causes de nullité.
50. — Marche à suivre pour faire annuler un acte respectueux.
51. — Ce que vaut la pratique des actes respectueux.
52. — Dérogations résultant de la législation coloniale.
53. — Cas d'absence de l'ascendant, art. 155.

54. — Cas de décès.
55. — Sanction des dispositions qui précédent, art. 156, 157.
56. — Ces dispositions peuvent-elles être étendues aux enfants nés hors mariage ? art. 158, 159.
57. — A défaut d'ascendants légitimes les mineurs doivent obtenir le consentement du conseil de famille, art. 160.

40. Lorsque les enfants ont atteint l'âge qui les rend majeurs pour le mariage, ils peuvent, pour se marier, se passer du *consentement* de leurs ascendants. Mais ils ne leur deviennent pas étrangers au point de pouvoir se passer de leur *conseil;* en conséquence :

ART. 151. Les enfants de famille ayant atteint la majorité fixée par l'art. 148, sont tenus, avant de contracter mariage, de demander, par un acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère, ou celui de leurs aïeuls et aïeules, lorsque leur père et leur mère sont décédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

A l'égard du père et de la mère, cette prescription est un hommage au principe que l'enfant doit, à tout âge, honneur et respect à ses père et mère (art. 371); à l'égard des autres ascendants, elle se justifie par la déférence naturelle qui leur est due et aussi par l'intérêt des enfants eux-mêmes.

Le système du Code a son origine dans une ordonnance de 1556 qui avait ordonné le fonctionnement de *sommations respectueuses*. Une déclaration du 26 novembre 1639 permettait d'exhéréder les enfants qui n'avaient pas fait signifier les sommations respectueuses. La loi du 20 septembre 1792 supprima la nécessité de ces sommations; le Code les a rétablies sous la dénomination d'*actes respectueux*. Seulement leur défaut n'entraîne plus aujourd'hui l'exhérédation, qui a disparu de nos lois, et ne constitue qu'un empêchement *non dirimant* pouvant seulement entraîner les pénalités édictées par l'art. 157; c'est là l'unique portée de la formule *sont tenus*, que présente le texte (1).

(1) Cass. 12 fév. 1833, D. 33, 1, 129; trib. civ. Seine, 22 fév. 1883, *Droit*, 2 mars 1883. Pour les mariages contractés en pays étranger, Cass. 8 mars 1875, S. 75, 1, 171.

Lorsque les ascendants accordent leur consentement, soit par acte authentique, soit par leur déclaration à l'officier de l'état civil en assistant personnellement au mariage, il est manifeste qu'il n'y a pas lieu à recourir aux actes respectueux. Mais lorsqu'ils refusent de consentir, ce procédé est indispensable pour établir la preuve que l'enfant s'est conformé à la loi et leur a demandé conseil.

L'enfant est tenu de demander ce conseil à tous les ascendants dont il devrait obtenir le consentement s'il était encore mineur quant au mariage. Donc :

L'enfant adoptif ne doit demander ce conseil qu'à sa famille naturelle, *dans laquelle il reste* malgré l'adoption (art. 348);

Donc encore, le second mariage de la mère, quand même elle n'aurait pas été maintenue dans la tutelle, ne dispense pas l'enfant de lui adresser des actes respectueux, mais il n'est pas tenu de les adresser au second mari de sa mère.

41. L'enfant qui s'est régulièrement conformé à l'art. 151, peut-il, *de plano*, sur le refus de ses parents, passer outre à la célébration de son mariage?

Les rédacteurs du Code civil semblent avoir d'abord admis cette solution. Un seul acte respectueux paraît en effet suffisant aussi bien à l'égard des ascendants qu'à l'égard des enfants. Mais plus tard ils ont cru bien faire en exigeant que les actes respectueux fussent faits trois fois par les fils âgés de plus de vingt-cinq ans et de moins de trente ans, et par les filles âgées de plus de vingt-et-un ans et de moins de vingt-cinq ans. Il convient de remarquer en effet que les art. 152 à 154 contenant cette exigence regrettable, ont été ajoutés postérieurement à la promulgation de notre titre, par la loi du 21 ventôse an XII qui forma un *Code civil* des trente-six lois successivement promulguées. Voici ces textes :

ART. 152. Depuis la majorité fixée par l'art. 148 jusqu'à l'âge de trente ans accomplis pour les fils, et jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis pour les filles, l'acte respectueux prescrit par l'article précédent, et sur lequel il n'y aurait pas de con-

sentement de mariage, sera renouvelé deux autres fois, de mois en mois; et un mois après le troisième acte, il pourra être passé outre à la célébration du mariage.

ART. 153. Après l'âge de trente ans, il pourra être, à défaut de consentement sur un acte respectueux, passé outre un mois après, à la célébration du mariage.

ART. 154. L'acte respectueux sera notifié à celui ou ceux des ascendants désignés en l'art. 151, par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins; et dans le procès-verbal qui doit en être dressé, il sera fait mention de la réponse.

Le délai d'un mois qui doit s'écouler entre chaque acte respectueux est un délai *minimum* qu'il faut calculer, non d'après l'art. 1033, C. pr. civ., fait seulement pour les actes de procédure, mais de quantième à quantième, en suivant le calendrier grégorien. Ainsi un acte respectueux fait le 3 février pourra être renouvelé le 3 mars, tandis que d'après le Code de procédure, il ne pourrait être renouvelé que le 4.

42. L'acte respectueux ne consiste en réalité que dans la démarche faite auprès de l'ascendant, démarche constatée par le procès-verbal qui en est dressé et dont copie doit être laissée à l'ascendant. C'est le notaire qui est chargé de faire cette démarche; l'art. 151 ne soumet pas l'enfant à la nécessité d'aller, *en personne*, demander à ses père et mère *le conseil* qui lui est nécessaire; le texte dit seulement qu'il doit demander ce conseil *par un acte respectueux et formel*, et l'art. 154 charge un notaire *de cet acte*. Voici donc comment les choses doivent se passer : l'enfant agissant par lui-même ou par mandataire spécial (1), requiert le notaire d'avoir à procéder, conformément à la loi, à la demande de conseil de ses père et mère, par un acte respectueux et formel. Pour faire cette réquisition l'enfant n'a besoin aujourd'hui d'aucune autorisation spéciale. Si même il était pourvu d'un conseil judiciaire, il pourrait agir sans l'assistance de son conseil puisqu'il n'a pas besoin de cette assistance pour se marier. Le notaire, déférant à cette réquisition, doit se rendre,

(1) Grenoble, 1er sept. 1863, S. 63, 2, 190.

accompagné ou non accompagné de l'enfant, au domicile de l'ascendant, c'est là qu'il formule sa demande et il en dresse immédiatement procès-verbal dont il laisse copie à l'ascendant. Tout se passe donc au domicile de l'ascendant, comme le dit M. Laurent; la demande de conseil et la notification ne font qu'un seul et même acte (1).

43. Dans la pratique notariale, au contraire, on distingue l'acte respectueux d'une part, et l'acte de notification d'autre part. Quand les notaires sont accompagnés de l'enfant qui demande conseil à son ascendant, on admet qu'un seul acte suffit pour exprimer la demande et en constater la notification. Mais quand l'enfant n'est pas présent, on exige deux actes; d'abord l'acte respectueux rédigé dans l'étude du notaire, en présence de l'enfant qui le requiert; ensuite l'acte de notification qui se fait au domicile de l'ascendant, et auquel l'enfant peut ne pas assister.

Nous admettons bien que le notaire peut préparer d'avance dans son étude, l'écrit qui devra former en quelque sorte le corps de son procès-verbal. Ce qui est inadmissible, c'est que cet écrit puisse constituer par lui-même l'acte *respectueux et formel* dont parle la loi. Supposons en effet que cet écrit soit rédigé et signé le premier février par exemple, et que les notaires ne puissent se présenter chez l'ascendant que le cinq février; l'acte respectueux résultera dans ce cas, non du document rédigé le premier février, mais de la demande adressée à l'ascendant le cinq de ce mois, et du procès-verbal dressé le même jour. C'est de cette dernière date que partira le délai d'un mois dans lequel l'acte respectueux doit, s'il y a lieu, être renouvelé. Donc le premier acte était inutile, ou tout au moins ne pourrait servir qu'à établir le mandat donné au notaire.

Supposons encore que le notaire néglige de parler au nom

(1) T. II, nº 329.

de l'enfant, et de formuler une demande directe de conseil, qu'il se borne à donner lecture du mandat qui lui a été donné à cet effet; on décide que dans ce cas il n'y a réellement pas d'acte respectueux. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point (1). Mais ne doit-il pas en être absolument de même si le notaire au lieu de donner lecture d'un mandat proprement dit se borne à donner lecture d'un acte respectueux antérieurement rédigé lequel ne peut valoir que comme mandat?

44. Néanmoins la jurisprudence accepte la discussion comme s'il était admis sans difficulté qu'il doit y avoir deux actes distincts, l'acte respectueux d'abord, et ensuite l'exploit de notification de cet acte; manière de voir qui réduit le rôle du notaire à la signification, comme pourrait la faire un huissier, de la copie d'un certain document.

Ainsi, il a été jugé par la Cour d'Amiens qu'aucune disposition de loi n'exige que *la copie de l'acte respectueux* placée en tête de la notification soit signée par l'enfant qui a requis la rédaction de cet acte; il suffit que le procès-verbal de notification, *dont la copie est signifiée à la suite de celle de l'acte respectueux*, soit signée par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins (2). Mais la difficulté sur laquelle s'est prononcée la Cour d'Amiens n'existait pas : de deux choses l'une, en effet; ou le notaire s'était borné à laisser à l'ascendant copie de l'acte respectueux, sans lui adresser au nom de l'enfant une demande directe de conseil, et alors il n'y avait pas eu, du tout, d'acte respectueux; ou bien le notaire avait adressé à l'ascendant la demande de conseil, et alors l'acte respectueux résultait de cette seule demande, consignée dans le procès-verbal de notification, et non de l'acte antérieurement préparé.

(1) MERLIN, *Questions*, v° *Acte respect.*, § 3, 1re quest.; DALLOZ, v° *Mariage*, n° 161; LAURENT, *loc. cit.*, n° 337.

(2) Amiens, 10 avril 1883, *Rec.* Amiens, 83, p. 163.

La vérité est que la demande de conseil et la notification ne constituent, par la force des choses, qu'un seul et même acte; ce qui signifie non pas que deux actes distincts, savoir : l'acte respectueux d'une part et sa signification d'autre part, doivent être considérés comme ne faisant qu'un, mais que la demande de conseil et la notification doivent résulter du même procès-verbal. La Cour d'Orléans a singulièrement équivoqué sur ce point : elle a jugé que l'acte respectueux dressé isolément et la signification de cet acte ne forment qu'un tout; d'où il suit que la signification *faite le même jour que l'acte* est valable, quoique non datée, et ne mentionnant ni la résidence du notaire, ni le domicile des témoins, si ces énonciations sont contenues dans l'acte respectueux, *dont copie est donnée en tête;* les deux actes, dont l'un se réfère à l'autre, se lient et ne forment alors en réalité qu'un acte unique (1). Dans l'espèce l'acte avait été rédigé en l'étude du notaire; le procès-verbal constatait que le même jour le notaire s'était transporté au domicile de l'ascendant, lui avait remis copie de l'acte *dont la minute précède,* et s'était ensuite retiré absolument comme un huissier qui a laissé une copie ordinaire, sans adresser à l'ascendant aucune demande de conseil, de sorte qu'il n'y avait pas eu d'acte respectueux!

L'enfant, nous l'avons déjà constaté, n'est pas obligé d'accompagner le notaire (2); il n'y a plus aujourd'hui de difficulté sérieuse sur ce point. Il fixera sa résidence à sa volonté, sans avoir à subir à cet égard d'injonctions soit de la part de sa famille, soit de la part de la justice (3).

45. Quelles sont maintenant les règles de forme à observer

(1) Orléans, 3 juin 1871, S. 71, 2, 14.

(2) MERLIN, *Répert.*, v° *Somm. respect.*, n° 3; DALLOZ, v° *Mariage*, n°s 148 et 149; LAURENT, n° 331; Toulouse, 27 nov. 1861, S. 61, 2, 67; trib. Seine, 22 juillet 1865, *le Droit*, 4 août 1865.

(3) V. LAURENT, *loc. cit.*, n° 333.

pour la validité des actes respectueux? La loi ne contient à cet égard aucune disposition spéciale; il faudra donc appliquer les principes généraux.

La pratique notariale en adoptant l'usage de dresser deux actes distincts, lorsque l'enfant n'accompagne pas le notaire chez son ascendant, a fait naître la question oiseuse de savoir si la présence réelle du notaire en second ou des deux témoins est indispensable pour la rédaction de l'acte respectueux, ou de l'acte de réquisition dressé dans l'étude du notaire. La jurisprudence décide aujourd'hui que l'art. 254 en exigeant le concours des deux notaires, et par conséquent la présence du notaire en second, ne parle que de la notification à faire aux ascendants, et que la loi du 21 juin 1843 ne contient aucune disposition qui étende à l'acte de réquisition l'obligation de la présence réelle des assesseurs (1). La présence réelle de ces derniers n'est donc exigée que pour la notification de l'acte et doit être attestée par l'apposition de leurs signatures sur l'original de la signification, et même sur la copie suivant certaines décisions qui nous paraissent excessives (2).

46. Peut-il être procédé indifféremment à toute époque à la notification des actes respectueux? Il s'agit d'un conseil à obtenir; il semble donc que le conseil ne puisse être utilement demandé qu'autant que les futurs époux pourraient se marier immédiatement. Par conséquent l'acte respectueux ne pourrait valablement se produire, si, au moment de sa date, il y avait un empêchement dirimant au mariage projeté, quand même cet empêchement serait susceptible de disparaître. Ainsi, par exemple, pourraient être annulés les actes respectueux signifiés à la requête d'un fils majeur de 25 ans,

(1) Paris, 26 sept. 1878, S. 78, 2, 325; Paris, 11 oct. 1871, S. 71, 2, 132.

(2) Trib. civ. Bourges, 4 mars 1886, *Gaz. Palais*, 86, 359; voy. DEMOLOMBE, *Mariage*, n° 77.

si au moment de la signification, la future n'avait pas encore atteint l'âge de quinze ans, ou si à cette date il n'avait pas obtenu les dispenses pour épouser une parente au degré prohibé (1). La circonstance que l'empêchement dirimant disparaîtra nécessairement avec l'âge, et éventuellement avec les dispenses, n'empêche pas que le mariage ne soit actuellement impossible, sinon, il faudrait admettre la validité des actes respectueux concernant un projet de mariage avec une personne actuellement mariée, sous prétexte que l'empêchement existant peut disparaître par le décès de son conjoint.

Il faut admettre la même solution pour les empêchements prohibitifs qui reposent sur une défense permanente du mariage entre certaines personnes, dans les cas des art. 295 et 298, C. C.

On peut au contraire adopter une solution différente pour les autres empêchements prohibitifs qui ont plutôt pour but de différer le mariage que de le défendre. Dans ces hypothèses le mariage peut être valablement envisagé et préparé durant même l'existence de l'empêchement prohibitif. Ainsi, par exemple, un militaire pourrait valablement faire signifier des actes respectueux, avant d'avoir obtenu de ses chefs hiérarchiques la permission de contracter mariage, et une veuve avant l'expiration des dix mois de viduité (2).

47. Ce qui est surtout important, c'est que l'enfant soit complétement libre dans l'exercice de la faculté qui lui est accordée de faire signifier à ses ascendants des actes respectueux. Pour assurer cette liberté quelques décisions ont admis que les actes respectueux faits par une fille qui s'est retirée dans la maison de celui qu'elle se propose d'épouser doivent être annulés ; d'autres ont cru pouvoir assigner à la fille une résidence déterminée pour y recevoir les conseils et

(1) Montpellier, 12 avril 1869, S. 69, 2, 202.
(2) Paris, 18 janv. 1873, S. 73, 2, 144.

exhortations de sa famille. Ce sont là des exagérations insoutenables; il n'est pas possible de présumer ainsi qu'une fille majeure n'est pas libre, par cela seul qu'il lui plaît de se retirer chez son futur mari (1), pas plus qu'il n'est possible de présumer que le fils habitant chez sa future, n'a plus une liberté suffisante (2).

Mais les ascendants qui soutiennent que les actes respectueux ne sont pas l'expression des véritables sentiments de leurs enfants peuvent articuler des faits précis tendant à justifier de la vérité de leur assertion. Si les faits articulés sont pertinents, les juges devront en ordonner la preuve.

Les faits articulés pourront constituer des actes de violence ou de contrainte physique dirigés contre la personne de l'enfant; il n'est pas nécessaire d'une violence caractérisée selon les termes de l'art. 1112 du Code civil; la simple violence suffit. Les mêmes faits pourront aussi consister dans une contrainte morale exercée sur l'enfant. Ils pourront également consister dans des manœuvres dolosives destinées à tromper l'enfant et à égarer son jugement.

Ce qu'il y a à remarquer, dans toutes ces hypothèses, c'est que l'ascendant est autorisé, pour faire tomber l'acte respectueux, à invoquer des faits de violence, ou de dol qui ne paraissent pas avoir été dirigés ou pratiqués envers lui-même, contrairement à la règle générale qui n'accorde l'action en nullité qu'à la partie victime de la violence, de l'erreur ou du dol. Mais les règles faites pour les contrats ne doivent pas s'appliquer de la même manière aux rapports concernant les personnes. On peut dire en outre que la violence ou le dol qui ont déterminé un acte respectueux, portent une atteinte directe au droit de l'ascendant lui-même.

Il résulte des observations précédentes que l'enfant peut

(1) Paris, 26 sept. 1878, S. 78, 2, 325.

(2) Paris, 16 sept. 1847, S. 47, 2, 527; voy. LAURENT, t. II, nos 333, 339.

donc avoir, lors de la notification des actes respectueux, une résidence nouvelle distincte du domicile qu'il avait précédemment chez ses parents. Il est convenable que cette nouvelle résidence soit indiquée aux parents, mais l'omission d'une telle indication n'entraînerait pas la nullité de l'acte, pourvu qu'il n'en soit résulté aucun obstacle à ce que les conseils des ascendants parviennent à l'enfant (1).

48. En principe, l'acte respectueux doit être signifié *en parlant à la personne de l'ascendant*, dont la réponse doit être relatée dans le procès-verbal de notification, quand même elle se produirait dans la forme d'un refus de répondre (2). Mais cela veut dire seulement que les notaires doivent faire leurs efforts pour rencontrer l'ascendant lui-même; la signification *à personne* n'est donc pas requise à peine de nullité (3). Si donc l'ascendant n'est pas trouvé à son domicile, ou ne veut pas recevoir le notaire, la copie pourra être laissée à un serviteur ayant l'âge et le discernement nécessaire (4); ou bien à un voisin (5); à leur défaut seulement à la mairie, conformément à l'art. 68, C. pr. civ. (6); et enfin au parquet si toutes les démarches ci-dessus sont demeurées infructueuses (7).

49. La nullité de l'acte respectueux peut encore être prononcée :

Pour incompétence de l'officier public;

Pour vice de forme résultant de l'inobservation de la loi du 25 ventôse an XI sur les actes notariés;

(1) Paris, 10 déc. 1872, S. 72, 2, 295; trib. civ. Seine, 12 mars 1870, D. 71, 3, 22.

(2) Chambéry, 7 juin 1886, S. 87, 2, 37.

(3) Voy. Riom, 28 janv. 1839, S. 39, 2, 212 et les renvois; Amiens, 10 avril 1883, *Rec.* Amiens, 83, p. 163.

(4) Paris, 26 sept. 1878, S. 78, 2, 325.

(5) Besançon, 19 fév. 1861, S. 61, 2, 382.

(6) Lyon, 11 mai 1886, *Pand. fr.*, 86, 2, 201; trib. civ. Seine, 24 avril 1883, *Gazette Trib.*, 21 mai.

(7) Orléans, 3 juin 1871, S. 71, 2, 114.

Pour défaut de remise d'une copie distincte à chaque ascendant à qui l'acte respectueux est adressé ;

Pour irrévérence dans la rédaction de l'acte.

50. L'ascendant qui veut faire prononcer la nullité d'un acte respectueux n'a qu'à faire opposition au mariage (art. 173). L'officier de l'état civil est alors obligé de surseoir jusqu'à ce que l'enfant ait obtenu mainlevée de l'opposition. C'est au cours de l'instance en mainlevée d'opposition que l'ascendant fera valoir ses moyens de nullité contre l'acte respectueux. Ces moyens de nullité peuvent être considérés comme une défense à l'action principale en mainlevée d'opposition, ils peuvent donc être proposés pour la première fois en appel (1).

Les ascendants ne sont pas obligés pour former opposition au mariage, d'attendre l'expiration du mois qui doit suivre le dernier acte respectueux; ils ont intérêt à agir plus tôt afin d'éviter que le mariage se fasse le dernier jour du mois. Mais l'enfant, au contraire, est tenu d'attendre l'expiration du mois pour demander la mainlevée de cette opposition; car vis-à-vis de lui le délai tout entier est nécessaire puisqu'il lui est donné pour réfléchir (2).

Si les actes respectueux sont annulés, ils n'auront produit aucun effet, et le mariage ne pourra être célébré; mais l'enfant pourra procéder à de nouvaux actes respectueux.

51. Le fonctionnement des actes respectueux a-t-il obtenu dans la pratique les bons résultats que le législateur en attendait? D'une manière générale il est permis de répondre négativement. Ces actes, qui ne sont en réalité qu'une mise en demeure bien caractérisée, n'apportent aucune modification heureuse à la situation qu'ils supposent, et leur réitération rend bien difficile tout rapprochement entre les enfants et leurs ascendants.

(1) Paris, 27 nov. 1876, D. 77, 2, 156; Besançon, 19 fév. 1861, D. 61, 2, 98.

(2) Paris, 18 janv. 1873, S. 73, 2, 184.

Les enfants qui acceptent résolument la nécessité de réitérer trois fois les actes respectueux, savent qu'ils vont consacrer en quelque sorte une rupture définitive avec leurs père et mère. Il en est un grand nombre qui reculent devant une aussi triste éventualité; ils renoncent au mariage. Mais le plus souvent, surtout dans les centres de population ouvrière, le mariage est remplacé par l'*union libre*.

En présence de tels résultats, il y avait lieu de se demander s'il convenait de maintenir pour la France l'institution des trois actes respectueux, déjà condamnée par plusieurs législations de l'Europe. Une proposition de loi a été faite en 1888 pour modifier les art. 151, 152 et 153 du Code civil; il suffirait d'un seul acte respectueux et de l'expiration du délai d'un mois pour passer outre au mariage, à défaut du consentement des parents ou aïeuls; en cas d'indigence, l'acte respectueux serait enregistré gratis (1). Cette proposition, reprise par M. Thellier de Poncheville, a été adoptée en première lecture par la Chambre des députés en juin 1890. Elle ne soulève qu'une seule objection :

Dans le système du Code, le fonctionnement des actes respectueux se rattachait au divorce. On multipliait les garanties destinées à conserver au mariage son caractère élevé et sérieux, de manière à rendre plus rares les cas de divorce. Si la loi cesse de protéger suffisamment les enfants contre leur inexpérience de la vie, et les entraînements de la passion, le divorce deviendra pour eux comme un remède nécessaire en cas d'union imprudemment contractée. La suppression des trois actes respectueux aura donc pour résultat de rendre plus nombreux les cas de divorce.

La réponse est facile : d'abord il est arbitraire de supposer que les mariages contractés sans l'aveu des ascendants don-

(1) Chambre, exposé des motifs, *Doc.* 1888, p. 916; *rapport sommaire*, p. 1003, *rapport*, *Doc.*, 1889, p. 701.

neront lieu plus fréquemment que les autres au divorce; en outre l'expérience démontre que le jeune homme ou la jeune fille qui n'a pas hésité à faire signifier le premier acte, hésite encore moins pour faire signifier le second et le troisième, de sorte que l'obligation relative au renouvellement des actes n'offre presque jamais de résultat utile.

52. La législation coloniale nous offre déjà un exemple de dispense de recourir aux actes respectueux. Un décret du 27 janvier 1883 dispense les personnes résidant en Cochinchine et dont les ascendants ont leur domicile dans un autre pays, de l'obligation de signifier des actes respectueux. Cette disposition se justifie d'elle-même. Mais voici qui dépasse la mesure : Lorsque le consentement de ces ascendants, ajoute le même décret, sera nécessaire à la validité du mariage, il pourra être suppléé à ce consentement par une autorisation du Conseil privé de la colonie. Nous ne comprenons pas que l'on fasse intervenir en pareille matière une autorité étrangère à la famille. Un décret du 29 janvier 1890 rend applicable aux Français habitant l'Annam, le Tonkin et le Cambodge, le décret précité du 27 janvier 1883. Les dispenses autorisées par ce dernier décret seront accordées aux Français résidant au Cambodge par le Conseil privé de la Cochinchine, et à ceux qui résident en Annam ou au Tonkin par le Conseil du protectorat du Tonkin.

53.

ART. 155. En cas d'absence de l'ascendant auquel eût dû être fait l'acte respectueux, il sera passé outre à la célébration du mariage, en représentant le jugement qui aurait été rendu pour déclarer l'absence, ou, à défaut de ce jugement, celui qui aurait ordonné l'enquête, ou, s'il n'y a point encore eu de jugement, un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant a eu son dernier domicile connu. Cet acte contiendra la déclaration de quatre témoins appelés d'office par ce juge de paix (*).

Cette disposition concerne seulement l'absence du dernier

(*) Art. 155. — Arg. ex. L. 5, 9, § 1, 10, 11, D. 23, 2, *De ritu nupt.*, L. 25, C. 5, 4, *De nupt.*

ascendant; si d'autres existent, et qu'ils soient présents et en état de manifester leur volonté, ils remplacent l'absent, art. 151.

54. L'art. 155 est complété par l'avis du 4 thermidor an XIII qui permet de prouver le décès des père et mère par l'attestation des aïeuls et aïeules. D'après cet avis, lorsque tous les ascendants sont morts ou absents, s'il s'agit du mariage d'un majeur, il peut être passé outre à la célébration nonobstant le défaut de présentation des actes de décès ou des autres documents indiqués dans l'art. 155 pourvu que le futur époux déclare sous la foi du serment à l'officier de l'état civil que le lieu du décès et celui du dernier domicile de ses ascendants lui est inconnu. Cette déclaration doit être confirmée, également sous la foi du serment, par les quatre témoins du mariage et mentionnée dans l'acte de célébration. S'il s'agit du mariage d'un mineur l'autorisation du conseil de famille remplace celle des ascendants et suffit à prouver leur disparition ou leur mort.

55. L'officier de l'état civil qui célèbre un mariage, doit donc s'assurer du décès des ascendants dont le consentement aurait été nécessaire, ou de l'impossibilité où se trouvent ces derniers de manifester leur volonté. Si les ascendants existent, et peuvent manifester leur volonté, l'officier de l'état civil doit s'assurer de l'existence de leur consentement; sinon il est passible d'un emprisonnement de six mois à un an, et d'une amende de 16 à 300 francs (art. 193, C. pr.). — Mais il ne suffit pas de s'assurer de l'existence du consentement requis; il faut encore énoncer dans l'acte de célébration que ces consentements ont été donnés :

ART. 156. Les officiers de l'état civil qui auraient procédé à la célébration des mariages contractés par des fils n'ayant pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, ou par des filles n'ayant pas atteint l'âge de vingt-et-un ans accomplis, sans que le consentement des pères et mères, celui des aïeuls et aïeules, et celui de la famille, dans le cas où ils sont requis, soient énoncés dans l'acte de mariage, seront, à la diligence des parties intéressées

et du procureur de la République près le tribunal de 1re instance du lieu où le mariage aura été célébré, condamnés à l'amende portée par l'art. 192, et, en outre, à un emprisonnement dont la durée ne pourra être moindre de six mois.

ART. 157. Lorsqu'il n'y aura pas eu d'actes respectueux, dans les cas où ils sont prescrits, l'officier de l'état civil qui aurait célébré le mariage sera condamné à la même amende, et à un emprisonnement qui ne pourra être moindre d'un mois.

Trois observations doivent être faites sur ces deux articles :

D'abord l'emprisonnement dont parle l'art. 156 et *dont la durée ne pourra pas être moindre de six mois*, est en réalité un emprisonnement d'une durée fixe de six mois, puisque la loi n'a pas établi de maximum ;

En second lieu, il ne s'agit que des pénalités pouvant atteindre l'officier de l'état civil, et non de la nullité du mariage qui pourrait résulter du défaut de consentement ;

Enfin, dans le cas de l'art. 157, la loi est moins sévère et s'applique seulement au cas où les actes respectueux n'ont pas été faits, mais non au cas où il a été seulement omis d'en faire mention.

56. Les règles concernant les actes respectueux, faites pour les enfants légitimes, peuvent-elles être étendues aux enfants nés hors mariage ?

Il est d'abord certain que ces règles ne peuvent être appliquées aux enfants adultérins ou incestueux, alors même que leur filiation serait constatée d'une manière quelconque ; mais il doit en être autrement des enfants naturels, reconnus, sauf que ces derniers n'ayant d'autres ascendants que leurs père et mère, il ne saurait être question à leur égard d'aïeuls ou aïeules, c'est pour cela que l'article suivant ne renvoie pas à l'art. 150 :

ART. 158. Les dispositions contenues aux art. 148 et 149, et les dispositions des art. 151, 152, 153, 154 et 155, relatives à l'acte respectueux qui doit être fait aux père et mère dans le cas prévu par ces articles, sont applicables aux enfants naturels légalement reconnus.

ART. 159. L'enfant naturel qui n'a point été reconnu, et celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester

leur volonté, ne pourra, avant l'âge de vingt-et-un ans révolus, se marier avant d'avoir obtenu le consentement d'un tuteur *ad hoc* qui lui sera nommé (*).

L'enfant légitime qui se trouve dans les mêmes conditions doit obtenir, comme nous le verrons sous l'article suivant, le consentement de son conseil de famille. Pourquoi exige-t-on pour l'enfant naturel le consentement d'un tuteur *ad hoc?* On répond très judicieusement, parce que l'enfant naturel n'a pas de famille, et que l'assemblée qui en tiendrait lieu, composée d'indifférents, ne présenterait aucun caractère sérieux. Mais quand on demande alors à qui appartient la nomination de ce tuteur *ad hoc*, on répond : au conseil de famille, ou plutôt à cette assemblée qui en tient lieu, et qui n'a rien de sérieux. Cela nous paraît inadmissible. Puisque la loi ne décide pas la question, c'est aux tribunaux, plus compétents que ce prétendu conseil de famille, qu'il appartient de statuer et de servir ainsi de protecteurs à l'enfant qui n'en a pas (1).

57. Un enfant légitime, avons-nous dit, peut se trouver dans la même situation :

ART. 160. S'il n'y a ni père, ni mère, ni aïeuls ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt-et-un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille.

Si les actes de décès des ascendants ne sont pas représentés, il faudra recourir à l'acte de notoriété prescrit par l'art. 155; si l'ignorance du lieu de leur dernier domicile ne le permet pas, il faudra admettre l'attestation faite sur ce point par le conseil de famille, par application de l'avis du Conseil d'État du 4 messidor an XIII; en cas d'absence ou de disparition des ascendants, les jugements dont parle l'art. 155 pourront être produits, ou bien un jugement spécial constatera l'impossibilité où se trouvent les ascendants de mani-

(*) Art. 159. — L. 25, C. 5, 4, *De nupt.*
(1) LAURENT, t. II, n° 342.

fester leur volonté (1), et alors le mineur pourra se marier avec le consentement du conseil de famille.

Dans l'hypothèse examinée, le conseil de famille se réunit, non pour donner un *avis*, mais pour exprimer, au lieu et place des ascendants qui font défaut, *le consentement* nécessaire au mariage d'un mineur. Il suit de là que la délibération du conseil de famille n'est pas régie par l'art. 883, C. pr. civ., qui statue dans un tout autre ordre d'idées. Par conséquent, le refus du conseil de famille ne doit jamais être motivé, et il ne peut jamais y avoir lieu à un recours contre ce refus (2). Le contraire est cependant jugé quelquefois (3). C'est plus qu'une erreur ordinaire, c'est la méconnaissance flagrante de ce principe que dans notre droit moderne l'autorité publique ne peut plus intervenir, comme autrefois, pour suppléer le consentement au mariage des parents ou de la famille (V. *suprà*, n° 32); c'est une manifestation de cette tendance insupportable qui pousse certains esprits à favoriser toujours l'envahissement du domaine privé par l'autorité publique.

§ 6. — Empêchements dirimants (*suite*). Inceste.

58. — IV. *Inceste.* De la parenté et de l'alliance. Computation civile et computation canonique.

59. — Prohibition du mariage entre parents et alliés en ligne directe, art. 161.

60. — Prohibition du mariage entre certains parents et alliés collatéraux, art. 162.

61. — Comment s'établit la parenté naturelle dans les cas des art. 161 et 162.

62. — Un commerce irrégulier entre deux personnes produit-il

(1) Pau, 15 oct. 1872, S. 74, 2, 308.

(2) MERLIN, *Répert.*, v° *Empêchement de mariage*, § 5, art. 2; DEMOLOMBE, *Mariage*, n° 86; LAURENT, t. II, n° 344.

(3) Trib. civ. Seine, 6 août 1869, S. 70, 1, 189.

une sorte d'alliance mettant obstacle au mariage entre l'une de ces personnes et les parents de l'autre?

63. — Prohibition du mariage entre l'oncle ou la tante et la nièce ou le neveu, art. 163.

64. — Des dispenses dans le cas des art. 161 et 162.

65. — *Quid*, du lien résultant de l'adoption?

58. IV. L'absence de parenté ou d'alliance jusqu'à un certain degré, doit constituer l'une des conditions requises pour la validité des mariages.

« En fait de prohibition de mariage entre parents, dit Montesquieu, c'est une chose très délicate de bien poser le point auquel les lois de la nature s'arrêtent et où les lois civiles commencent (1). » On peut conclure des aperçus du même auteur que, sauf ce qui concerne la prohibition en ligne directe, il faut pour la ligne collatérale tenir compte des habitudes domestiques de chaque peuple.

Il faut donc, avant d'entrer dans les détails, formuler quelques notions préliminaires sur la parenté et l'alliance.

La *parenté* est le rapport qui existe entre les descendants d'un auteur commun.

L'*alliance* est le rapport qui existe entre l'un des conjoints et les parents de l'autre conçus avant la dissolution du mariage. Elle naît du mariage, et produit quelques empêchements à l'union que l'époux devenu veuf ou divorcé voudrait contracter avec les plus proches parents de l'autre époux défunt ou divorcé. Mais l'alliance s'arrête là; elle n'existe pas entre l'un des époux et les alliés de l'autre époux.

La *ligne directe*, ascendante ou descendante, est la série des parents qui descendent les uns des autres; c'est une ligne simple.

La *ligne collatérale* est une ligne double présentant les séries des parents qui ne descendent pas les uns des autres, mais qui descendent d'un auteur commun.

(1) *Esprit des lois*, lib. 26, ch. 14.

Le *degré* est la distance qui existe entre deux parents, calculée par le nombre des générations.

En ligne directe, il y a autant de degrés que de générations (art. 737).

En ligne collatérale, les degrés se comptent par les générations, depuis l'un des parents jusques et non compris l'auteur commun, et depuis celui-ci jusqu'à l'autre parent; ainsi deux frères sont au deuxième degré, l'oncle et le neveu sont au troisième, les cousins-germains au quatrième, et ainsi de suite (art. 738).

Cette manière de calculer les degrés nous vient du droit romain. Selon les principes du droit romain le mariage était prohibé en ligne directe à l'infini, et en ligne collatérale entre deux parents dont l'un touchait immédiatement à l'auteur commun.

L'influence du droit canonique modifia cet état de choses. En effet, les empêchements que le droit cononique avait tirés de la parenté et de l'alliance furent reçus en France par la loi civile. Il en résulta que le droit civil suivit sur ce point les fluctuations du droit canonique. Au VIII^e^ siècle la parenté et l'alliance étaient, à quelque degré que ce fût, une cause d'empêchement. Cela avait des résultats fâcheux, et amenait, surtout dans les familles princières, des nullités à volonté; aussi on réduisit la prohibition au neuvième degré. Mais cette prohibition ne fit pas disparaître les abus qui furent signalés en 1215 au quatrième concile de Latran. Le concile réduisit les empêchements au quatrième degré. Mais il importe de remarquer qu'en ligne collatérale, le droit canonique calculait les degrés autrement que le droit civil. En effet, quand les deux collatéraux sont également éloignés de l'auteur commun, au lieu de remonter de l'un des collatéraux à l'auteur commun pour redescendre ensuite jusqu'à l'autre collatéral, ainsi que le veut le droit civil, le droit canonique compte, entre les collatéraux, autant de degrés seulement qu'il en

existe entre l'auteur commun et l'un deux; quand les deux collatéraux sont inégalement éloignés de l'auteur commun, on compte autant de degrés qu'il y en a du plus éloigné à l'auteur commun.

On voit tout de suite que cette manière de calculer d'un côté seulement, diminue le nombre des degrés, et rapproche en apparence la parenté. Dans ce système, deux cousins-germains étaient parents au deuxième degré, alors qu'ils l'étaient au quatrième d'après le calcul civil. Ainsi encore entre un oncle et une nièce la parenté était au deuxième degré, tandis qu'elle était au troisième d'après le droit civil. Les partisans du calcul du droit romain furent condamnés, leur opinion fut déclarée hérétique et constitua ce qui fut appelé : *l'hérésie des incestueux.*

Le concile de Latran fixa donc les empêchements au quatrième degré, ce qui formait le huitième du droit civil, ce qui atteignait par conséquent les petits-enfants des cousins-germains. Mais pourquoi avoir choisi précisément le quatrième degré? Le concile, par l'organe du pape Innocent III en donna la raison suivante :

Quaternarius vero numerus bene congruit prohibitioni conjugii... quia quatuor sunt humores in corpore, qui constant ex quatuor elementis (1).

Les prohibitions du droit canonique étaient évidemment trop rigoureuses. Néanmoins les choses demeurèrent ainsi jusqu'à la Révolution.

La loi du 20 septembre 1792 ne prohiba le mariage qu'entre ascendants et descendants, et entre le frère et la sœur. En ligne collatérale, il n'y eut plus d'empêchements pour cause d'alliance.

59. Quand il fut question de rédiger un Code civil, il n'y eut pas de difficulté pour les prohibitions entre ascendants et descendants.

(1) Cap. 8, *Decret. Greg.*, 4, 14 (*De consang. et adfin*).

ART. 161. En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne (*).

« La loi naturelle, dit Pothier, a formé cet empêchement et tous les peuples se sont accordés à regarder comme incestueuse et abominable l'*union charnelle* entre des parents de cette ligne. » — « Dans tous les temps, dit Portalis, le mariage a été prohibé entre les enfants et les auteurs de leurs jours ; il bouleverserait entre eux tous les droits et tous les devoirs, il ferait horreur. » Les auteurs reproduisent ces affirmations (1), mais ne songent pas à se demander pourquoi elles sont vraies, pourquoi l'union charnelle, pour employer l'expression de Pothier, répugne si fort aux hommes.

Chez les animaux, il n'y a que des *unités*. L'homme seul possède une *individualité* dont il a conscience. La conscience de cette individualité se continuant durant toute l'existence produit le sentiment de *l'identité*. L'homme sait donc qu'il jouit d'une individualité toujours identique à elle-même, et il reconnaît et respecte cette individualité chez ses semblables. Celui qui est père, demeure tel jusqu'à la fin de sa vie ; jusqu'à la fin il conserve le sentiment d'une qualité que le temps ne saurait amoindrir. Il en est de même chez les enfants qui, *à ce titre*, doivent à tout âge honneur et respect à leurs père et mère, comme le dit l'art. 371. Il n'en est pas de même des êtres inférieurs qui n'ont pas conscience de leur individualité, et chez qui le sentiment de l'identité n'existe pas. La qualité de générateur et d'engendré s'efface et disparaît bientôt chez les animaux, qui, les uns par rapport aux autres, ne sont plus que des unités semblables. Voilà pourquoi n'existe pas chez eux cette répulsion invincible, que soulève chez les hommes les unions entre parents en ligne directe.

(*) Art. 161. — GAI., *Comm.*, I, § 59 ; PAUL, *Sent.*, 2, 19, § 10, 11 ; JUST. *Inst.*, 1, 10, *De nupt.*, L. 63, D. 23, 2.

(1) Voy. DEMOLOMBE, *Mariage*, n° 103 ; LAURENT, t. II, n° 354.

Ces considérations démontrent que la prohibition de semblables unions devait être édictée aussi bien dans le cas de parenté naturelle que dans le cas de parenté légitime. Le mariage est donc défendu en ligne directe entre les enfants naturels et tous leurs ascendants. La loi reconnaît ainsi une sorte de parenté entre un homme et les enfants naturels de son fils, mais uniquement sous le rapport envisagé (art. 756).

L'art. 161 met en outre les alliés en ligne directe sur la même ligne que les ascendants; ainsi un veuf ne pourrait épouser les ascendantes de sa femme décédée, ni une de ses descendantes d'un autre lit. Cette prohibition s'étend même aux alliés naturels; ainsi un veuf ne peut épouser la fille ou la mère naturelle de sa femme décédée, ni la veuve de son père naturel ou de son fils naturel.

60. Si le mariage entre parents en ligne directe paraît contraire à la nature de l'homme, il est certain qu'en ligne collatérale il n'en est pas ainsi. La morale abstraite ne s'oppose pas à ce qu'un frère épouse sa sœur, car il a bien fallu que les choses aient d'abord commencé ainsi, aussi bien dans l'hypothèse de l'existence d'un seul couple primitif, que dans celle de plusieurs *centres de création*. Ce sont les mœurs publiques, l'*honestas publica*, qui devront servir de règle. Dans une société où tous les parents demeurent, durant plusieurs générations, groupés autour de l'auteur commun, le mariage pourra être défendu, même entre cousins issus de germains, car l'espoir du mariage pourrait favoriser certains désordres, et, dans l'intérêt des mœurs, il faut inspirer l'horreur de l'inceste. Au contraire, dans une société où les frères se séparent bientôt, il n'y a aucun inconvénient à permettre le mariage entre cousins germains qui n'ont jamais vécu ensemble. Tous les peuples se sont plus ou moins conformés à ces données théoriques, et le Code civil ne s'en est pas écarté; il a admis que le mariage devait être prohibé en ligne collatérale toutes les fois qu'il n'y a qu'un degré

d'intervalle entre l'un des futurs et l'auteur commun.

ART. 162. En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré (*).

La prohibition va donc jusqu'au deuxième degré comme sous l'empire de la loi de 1792; mais le Code va plus loin en y ajoutant la prohibition pour alliance. Ainsi un veuf ne peut épouser la sœur légitime de sa femme, ni la sœur de son frère naturel, ni la sœur naturelle de sa femme, ou de son frère légitime.

61. Il résulte donc des art. 161 et 162, que tant en ligne directe qu'en ligne collatérale la parenté naturelle fait obstacle au mariage. Mais pour qu'il en soit ainsi la parenté naturelle doit être prouvée; d'où la question de savoir si, lorsqu'il s'agit de faire obstacle au mariage, la parenté naturelle peut être établie par toute espèce de preuves, ou seulement suivant le mode et dans les limites tracés par les art. 334, 335 et 340? La raison de douter, dont on a voulu faire une raison de décider, vient uniquement de ce que les art. 161 et 162 prohibent le mariage entre tous les ascendants et descendants légitimes ou *naturels*, entre le frère et la sœur légitimes ou *naturels* sans ajouter le mot *reconnus*. Mais le Code a organisé pour la preuve de la filiation naturelle, un système restrictif, qui doit être appliqué chaque fois qu'une question de filiation naturelle se pose, et qui a été créé précisément pour recevoir une telle application. Quant aux conséquences monstrueuses qu'on allègue, un père pouvant épouser sa fille, un frère pouvant épouser sa sœur, elles n'existent qu'à la condition de commencer par ajouter foi aux commérages de quartier, et d'accepter comme justifiées des rumeurs le plus souvent chimériques.

(*) Art. 162. — GAI., *Comm.* I, § 61; JUST., *Inst.* 1, 10, § 2, *De nupt.*; L. 2, C. Théod. *De incest. nupt.*; L. 5, C. 5, 5.

62. Une autre question plus sérieuse est celle de savoir s'il peut résulter du commerce illicite qui s'est établi entre deux personnes, lorsque d'ailleurs ce commerce est antérieurement établi par la reconnaissance d'un enfant naturel commun, ou par un jugement qui aurait annulé un mariage contracté de mauvaise foi, une sorte d'alliance ou quasi-affinité entre l'un de ces conjoints irréguliers et les parents de l'autre? Pothier nous dit qu'on admettait dans ce cas une sorte d'affinité avec des effets moins complets que la véritable alliance ; elle était bornée en ligne collatérale au 2e degré. L'empêchement qui en résultait avait pour motif l'immoralité de l'union qu'un homme voudrait contracter avec la mère, la fille ou la sœur de sa concubine. Mais que décider sous l'empire du Code? Le Code parle de l'alliance mais ne la définit pas. Il faut donc entendre l'alliance comme elle était entendue en droit canonique ; c'est là un procédé légitime d'interprétation. Or le droit canonique, ainsi d'ailleurs que l'ancien droit, considérait l'alliance comme dérivant d'un commerce illicite. Il faut donc, sous l'empire du Code, admettre une telle solution. Plusieurs auteurs l'entendent ainsi (1), et pendant longtemps nous avons partagé cette opinion. Un examen plus attentif nous a fait changer d'avis. L'argument tiré du sens historique du mot *alliance* aurait une portée décisive si l'alliance n'avait existé qu'en droit canonique. Mais elle existait aussi en droit romain où elle ne dérivait que du mariage. Le droit canonique avait principalement pour but la direction de la conscience individuelle, et par ce côté il confinait à la morale. Toute personne qui avait eu commerce avec une autre devait donc s'abstenir du mariage avec les proches de cette dernière. Or le Code civil ne peut avoir entendu l'*alliance* que dans le

(1) DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, sur l'art. 161 ; DEMANTE, t. I, nº 217 *bis*, I et II; MARCADÉ, t. Ier, p. 409; ZACHARIÆ, t. III, § 461, note 12; Nîmes, 3 déc. 1811, D. *Répert.*, vº *Mariage*, nº 229.

sens où elle intéressait la vie sociale, c'est-à-dire dans le sens romain, et non dans le sens où elle intéressait la conscience individuelle. Le Code civil présente d'ailleurs une détermination implicite de l'expression *alliance* qui résulte de la portée qu'elle doit avoir dans tous les textes où elle est contenue. Ainsi, par exemple, l'art. 975 défend de prendre pour témoins d'un testament, ni les légataires, ni leurs parents ou alliés *jusqu'au quatrième degré inclusivement*. L'alliance dont parle le Code civil est évidemment l'alliance proprement dite supposant le mariage, et non la quasi-affinité introduite avec tant de rigueur par le droit canonique. Les art. 268 et 283, C. pr. c., fournissent un argument semblable. Enfin, la Cour de cassation en décidant que l'adoptant et le mari de l'adopté sont alliés, et ne peuvent dès lors faire ensemble partie d'un même conseil municipal (1), montre qu'à son point de vue, le législateur moderne s'est éloigné des traditions canoniques, puisqu'elle trouve les éléments de l'alliance dans une institution inconnue du droit canonique.

L'alliance et l'empêchement qui en résultent continuent de subsister malgré la dissolution du mariage sans enfants survivants. Il est reconnu par la jurisprudence et la doctrine que cette dissolution fait cesser seulement l'obligation de fournir des aliments aux beaux-pères et belles-mères, mais qu'elle laisse subsister tous les autres effets de l'alliance (2).

63.

ART. 163. Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu (*).

Cette prohibition ne peut concerner que l'oncle et la nièce

(*) Art. 163. — GAI., *Comm.*, I, § 62; JUST. *Inst.*, 1, 10, § 3; ULP., *Frag.*, 5, § 6; L. 39, D. 23, 2, *De rit. nupt.*; C. THEOD., *De incest. nupt.*

(1) Cass. 30 nov. 1842, S. 42, 1, 916.

(2) Cass. 4 nov. 1868, S. 69, 1, 18; Caen, 11 août 1868, 6, 68, 2, 146; Cons. d'État, 16 déc. 1881, D. 84, 3, 23; Dijon, 26 déc. 1888, 30 janv. 1889, *la Loi*, 1er fév. 1889.

légitimes, la tante et le neveu légitimes. Le frère, par conséquent, peut épouser la fille naturelle de sa sœur.

D'un autre côté l'art. 163 ne parlant pas des alliés, il paraît évident que le mariage est permis entre oncle et nièce, entre tante et neveu par alliance (1).

De même, l'art. 163 ne parlant que de l'oncle et de la nièce, il semble arbitraire d'étendre la prohibition au grand-oncle et à la petite-nièce (2). Tel avait été l'avis exprimé par le Conseil d'Etat le 23 avril 1808. Mais comme cet avis ne fut pas approuvé par le chef de l'Etat, et comme il y a parité de raison pour admettre à l'égard du grand-oncle et de la petite-nièce la même solution que pour l'oncle et la nièce, la jurisprudence, faisant l'office du législateur, corrige le texte de l'art. 163, et l'étend au grand-oncle et à la petite-nièce (3).

64. Cette extension est d'autant plus irrationnelle que la pratique des dispenses autorisées par l'article suivant, enlève aux prohibitions de la loi toute efficacité sérieuse :

ART. 164. Néanmoins, il est loisible au chef du pouvoir exécutif de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées par l'art. 162, aux mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, et par l'art. 163, aux mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.

Primitivement le texte ne donnait pas au gouvernement le droit d'autoriser les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs. Le Code paraissait en cela plus sévère que le droit canonique. Cette sévérité se justifiait par cette considération, que, le divorce étant admis, il ne fallait pas que l'espérance du mariage, après un divorce scandaleux, favorisât de mauvaises passions. Mais le divorce ayant été aboli, il n'y avait plus de motif pour refuser aux beaux-frères et belles-sœurs le bénéfice des dispenses. Cependant, ce ne fut qu'en 1832

(1) Cass. 11 nov. 1858, D. 59, 1, 467.
(2) Nîmes, 13 août 1872, S. 72, 2, 115; LAURENT, t. II, nº 357.
(3) Caen, 15 août 1876, S. 78, 2, 170; Cass. 28 nov. 1877, S. 78, 1, 337.

que la loi du 16 août étendit aux beaux-frères et belles-sœurs le système des dispenses et amena le remaniement de l'article 164.

Le rétablissement du divorce aurait donc dû avoir pour conséquence, soit l'abrogation de la loi du 19 août 1832, et le rétablissement du texte primitif de l'art. 164, soit l'adoption d'une disposition analogue à celle de la loi belge, portant que les dispenses ne peuvent être accordées que lorsque le mariage est dissous par la mort.

La procédure à suivre pour obtenir les dispenses est réglée par l'arrêté du 20 prairial an XI, que nous avons cité plus haut (n° 26).

65. Le lien civil résultant de l'adoption n'est pas une véritable alliance; néanmoins il produit aussi des empêchements au mariage, entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants; entre les enfants adoptifs du même individu; entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant; entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté (art. 348). On s'accorde pour reconnaître que ces empêchements sont purement prohibitifs. L'art. 184 en effet ne prononce la nullité du mariage que s'il y a violation des prohibitions contenues dans les art. 161, 162 et 163; il n'y est pas fait mention de l'article 348.

§ 7. — Empêchements dirimants (*suite*). Vices du consentement.

66. — V. *Vices du consentement;* art. 180.
67. — Pourquoi le mariage n'est-il pas annulable pour cause de dol?
68. — De la violence.
69. — De l'erreur; — Il faut qu'il s'agisse d'une erreur *dans la personne.*
70. — 1re opinion : la loi a entendu parler d'une erreur sur l'identité physique de la personne.
71. — Réfutation.

72. — 2e opinion : la loi a entendu parler d'une erreur sur l'identité physique et sur l'identité civile.
73. — Réfutation.
74. — 3e opinion : il s'agit d'une erreur sur les qualités dont la gravité est appréciée par les juges du fait; réfutation.
75. — Système proposé : distinction entre les *attributs* et les *qualités*.
76. — L'erreur sur les attributs peut être une cause de nullité.
77. — Application aux divers attributs; personnalité civile, nationalité, religion;
78. — Laïcité de la personne;
79. — Faculté d'engendrer.
80. — L'erreur sur les qualités ne peut être une cause de nullité.
81. — Application à la fortune et à la vertu de la personne;
82. — A sa santé et à sa probité.
83. — Critique de la doctrine contraire.
84. — Raison de la rigueur apparente de la loi.

66. La cinquième condition requise pour que le mariage soit valable, est celle qui concerne la pureté juridique du consentement que doivent échanger les parties au moment de la célébration du mariage.

Nous avons déjà vu que, d'après l'art. 146, le défaut absolu de consentement empêchait le mariage d'exister. Il faut pour qu'il y ait mariage un consentement *tel quel*. Lorsque ce consentement a été donné, le mariage *existe*, mais il n'est pas sûr qu'il soit *valable*. Si le consentement a été vicié par la *violence* ou *l'erreur*, ce consentement n'est pas valable; le mariage est entaché de nullité, et il pourra être annulé; c'est ce qui résulte de l'art. 180 dont nous plaçons ici l'explication, et qui est ainsi conçu :

ART. 180. Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre.

Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur.

Nous avons déjà énoncé plus haut (n° 41), que les règles sur le consentement admises pour les contrats ordinaires, ne sont pas applicables de la même manière aux contrats concernant les personnes, et par conséquent au mariage.

67. Ainsi les contrats ordinaires sont annulables pour cause de violence, d'erreur et de dol, et même dans certains cas, pour cause de lésion.

Mais pourquoi le mariage n'est-il pas annulable pour cause de dol? On fait souvent à cette question une réponse cynique. En fait de mariage, dit-on, on trompe si souvent et on est si souvent trompé, que si le législateur avait fait de ces tromperies une cause de nullité, l'institution même du mariage en eût été ébranlée ; et on ne manque pas de citer le proverbe du bon vieux temps, rapporté par Loysel, *en mariage trompe qui peut.*

Nous pensons que la décision du législateur peut être justifiée d'une autre manière.

Si le dol peut être une cause de nullité, c'est parce qu'il fait naître une erreur sous l'empire de laquelle la personne trompée a contracté. Or, même pour les contrats ordinaires, il n'est pas vrai que cette erreur vicie le consentement au point d'engendrer nécessairement une action en nullité. S'il en était ainsi, le dol, comme la violence, devrait permettre de demander l'annulation de l'engagement, même lorsqu'il émane d'un tiers. Or, il n'en est pas ainsi : le dol engendre seulement le droit de réclamer des dommages-intérêts en réparation d'un préjudice causé. — Voilà pourquoi, lorsqu'une telle réclamation est dirigée contre la partie contractante, on peut obtenir, sous le nom impropre de nullité, que les choses soient remises en l'état antérieur. — Mais ce rétablissement dans l'état antérieur ne peut être admis pour le mariage comme pour les contrats ordinaires. L'état nouveau créé par le mariage ne peut être détruit que par une véritable action en nullité, et non par une action en dommage déguisée sous le nom d'action en nullité (1).

D'un autre côté, si le législateur voulait étendre au ma-

(1) DEMOLOMBE, *Mariage*, n° 255.

riage les règles du dol, il faudrait admettre que, dans le cas où le dol ayant déterminé le mariage émane d'un tiers sans que le conjoint y ait participé, la partie trompée pourra agir en dommages contre ce tiers, alors qu'elle ne pourrait pas agir contre son conjoint! On verrait l'un des époux réclamer des dommages à une personne en réparation du préjudice que lui aurait causé cette personne en lui faisant contracter mariage; c'est-à-dire que l'un des époux aurait le droit d'intenter contre un tiers une action qui serait une injure flagrante contre son conjoint! Il faudrait encore admettre que, dans le cas de dol incident, l'époux trompé aurait contre l'autre, sinon l'exercice actuel d'une action en dommage, tout au moins le principe d'une telle action qui deviendrait utile lors de la dissolution du mariage!

Tout cela prouve qu'il y avait des raisons juridiques suffisantes pour ne point étendre au mariage la théorie du dol, et la suite de nos explications achèvera de le démontrer. D'ailleurs, les tromperies qui se produisent le plus ordinairement dans la conclusion des mariages, ont trait le plus souvent à la fortune de l'un ou de l'autre des conjoints, ou aux conventions pécuniaires sur lesquelles repose le contrat de mariage. Or, le contrat de mariage, distinct du mariage lui-même, et ayant pour objet de régler les intérêts pécuniaires des futurs époux, peut être annulé pour cause de dol, comme aussi pour cause de violence ou d'erreur, par application des principes du droit commun, sans que la validité du mariage soit par elle compromise (1).

68. A la différence du dol, la violence, ou plutôt la crainte (*metus*) résultant de la violence, est tout au moins un vice du consentement. « Ce n'est pas, dit-on, que la personne violentée n'ait point consenti; au contraire! et c'est bien pour cela qu'il y a mariage, et qu'elle est engagée, et qu'il faut

(1) RODIÈRE et PONT, *Contrat de mariage*, t. I, n° 38.

venir à son secours. Entre deux maux, elle a choisi le moindre : elle a choisi! donc elle a voulu. « *Qui mavult, vult.* » — « *Quamvis, si liberum essem, noluissem, tamen coactus volui.* » L. 21, § 5, D. *Quod metus causa*, 4, 2 (1). Tout cela est absolument faux. Le jurisconsulte Paul ne formule les aphorismes précités que pour les repousser. Ils étaient en effet une application des doctrines stoïciennes qui n'admettaient pas que la crainte ou la douleur eussent le pouvoir d'enlever à l'homme sa liberté. Sans doute, lorsqu'on place l'homme en présence de deux éventualités agréables pour lui à des degrés différents, de deux choses par conséquent qu'il voudrait faire; si on lui impose par la violence un choix que, libre, il n'aurait pas fait, il est exact de dire que cet homme a voulu, quoique dominé par la crainte : *Qui mavult, vult : coacta voluntas est voluntas.* Mais si au contraire on place l'homme en présence de deux éventualités qui lui sont l'une et l'autre répugnantes, en présence de deux maux, et que par la violence il soit forcé à se prononcer pour le moindre, on pourra bien voir dans cette résignation un bien faible exercice de la volonté, mais il ne sera pas vrai de dire : *Qui mavult, vult*..... Aussi le préteur, que touchaient fort peu les maximes transcendantes des stoïciens, venait-il au secours de la partie violentée : *Sed*, continue Paul, *per pretorem restituendus sum.*

Donc, théoriquement, on peut concevoir que la violence soit complétement destructive du consentement. Mais, dans la pratique, et avec une législation qui assure tout au moins la liberté extérieure des futurs conjoints quand ils comparaissent devant l'officier de l'état civil, on peut admettre qu'avec un peu de fermeté ils peuvent se soustraire à l'influence de la terreur et reconquérir leur liberté morale; si donc ils sont impuissants à produire l'effort qui serait néces-

(1) DEMOLOMBE, *Mariage*, n° 248 ; LAURENT, t. II, n° 299.

saire pour y arriver, on peut jusqu'à un certain point reconnaître qu'ils ont donné un consentement, mais un consentement incomplet. Voilà comment la violence peut être une cause de nullité du mariage.

Le fonctionnement abstrait du consentement humain dans les actes juridiques, est évidemment indépendant de l'objet du consentement lui-même, c'est-à-dire de la nature de la convention. Dans le *duorum consensus in idem placitum*, le *consensus* sera toujours influencé de la même manière quel que soit le *placitum*.

Or, en ce qui concerne la violence morale, c'est-à-dire la crainte, le Code ne dit pas quels doivent être ses caractères pour qu'elle vicie le consentement au mariage; mais au titre *des obligations* et dans les art. 1111-1114, il indique au contraire les caractères que doit présenter la violence pour vicier le consentement dans les contrats ordinaires. La plupart des auteurs sont d'avis qu'on doit appliquer les art. 1111-1114 au mariage, et que si un tribunal décidait, en droit, qu'il n'y a pas lieu d'en faire l'application au mariage, son jugement serait sujet à cassation. — Cela est fort douteux. Les règles contenues dans les art. 1111-1114 ne sont qu'une application spéciale à la matière des contrats ordinaires des principes supérieurs qui dominent le fonctionnement intrinsèque du consentement; c'est ce qui explique que les articles dont s'agit supposent toujours des rapports de créancier à débiteur. Mais il convient de tenir compte de ces articles, dans la matière du mariage, non comme contenant une règle générale, mais comme révélant les principes dont ils présentent une application, principes qui seront expliqués en leur lieu.

Pour le moment bornons-nous à dire que la violence doit être définie : *une contrainte extérieure*, c'est-à-dire émanée d'un tiers, *exercée sans droit, sur la volonté*. Cette contrainte doit produire son effet au moment où le consentement

est manifesté. Ainsi, le *rapt de violence*, ou enlèvement ne sera pas une cause de nullité, si la personne ravie avait recouvré sa liberté au moment de la célébration du mariage. Quant à la *séduction*, elle ne peut jamais entraîner la nullité du mariage, quand même elle serait frauduleuse, car alors elle se confondrait avec le dol qui ne vicie pas le mariage. L'ancien régime admettait une solution différente dans le but d'empêcher les mésalliances et de maintenir les distinctions des castes.

69. Arrivons à l'erreur :

On peut verser dans l'erreur, en fait de mariage, de trois manières :

1° L'erreur d'une partie peut porter sur l'identité physique de l'autre partie ; hypothèse à peu près impossible ;

2° L'erreur peut porter sur l'identité de la personne civile, quand un individu se produit avec un état civil qui, en réalité, n'est pas le sien ;

3° L'erreur peut porter sur les qualités physiques ou morales de la personne.

La question est de savoir si ces trois genres d'erreur vicient le consentement, et rentrent dans la formule de l'art. 180 : *Lorsqu'il y a erreur dans la personne, le mariage peut être attaqué.*

70. Quelques personnes ont pensé que l'art. 180 par ces mots : *erreur dans la personne*, se référait uniquement à la première hypothèse, celle où l'erreur porte sur l'identité physique de l'individu ; que c'était le cas unique prévu par cet article, que par conséquent le mariage est dans ce cas *annulable*, et qu'il ne l'est pas au contraire si l'erreur porte seulement sur l'identité de la personne civile ou sur les qualités.

Cette opinion est tout à fait erronée :

L'article 180 suppose qu'il y a eu consentement ; or quand l'erreur porte sur l'identité physique, elle est destructive du

consentement et ce cas rentre dans l'art. 146. Cette distinction fut faite à plusieurs reprises dans la discussion, notamment par le premier Consul qui insista sur ce qu'il n'y avait pas du tout de consentement dans le cas d'erreur sur l'identité physique, tandis qu'il y avait consentement, mais consentement vicié lorsque l'erreur avait porté sur un autre point. Il est très vrai que, malgré ces observations, plusieurs continuèrent encore dans la discussion à confondre ces deux genres d'erreur. Mais il n'en est pas moins vrai qu'en définitive l'art. 180 fut rédigé comme l'entendait le premier Consul, c'est-à-dire comme excluant précisément l'erreur *sur l'individu*, hypothèse rentrant dans l'art. 146, et admettant seulement l'erreur *dans la personne*, ce qui fait allusion à l'individualité morale ou civile. Ce qui le prouve, c'est que le tribunal de cassation qui avait proposé de substituer les mots, *erreur sur l'individu* à la formule : *erreur dans la personne* ne fut pas écouté. Par conséquent Portalis se trompait lorsqu'il disait dans l'exposé des motifs de l'art. 180 :

« L'erreur en matière de mariage ne s'entend point d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s'unit, mais d'une erreur qui a pour objet la personne même (1). »

Cette opinion a été reprise et soutenue avec force par M. Laurent. « S'il faut appliquer les principes généraux au mariage, dit-il, il est certain que l'erreur sur l'individu physique rend le mariage inexistant... Mais la question est précisément de savoir si l'on peut appliquer les principes généraux sur le consentement au mariage..... Quand je vous vends le fonds A et que vous croyez acheter le fonds B, il est évident qu'il n'y a pas de vente; il ne saurait y avoir l'ombre d'un doute sur notre intention, aucun de nous ne veut contracter. Au contraire quand j'épouse Jeanne alors que je crois

(1) FENET, t. IX, p. 167.

épouser Marie, l'une des parties veut contracter; et qui peut savoir si l'autre ne le veut pas? Celui-là seul qui est dans l'erreur. Dès lors, il faut qu'il fasse connaître sa vraie volonté, il faut qu'il déclare s'il s'est trompé ou s'il ne s'est pas trompé. Et il faut qu'il le déclare dans un bref délai. — Telle est la théorie consacrée par les art. 180 et 181, C. C. N'est-elle pas mille fois plus raisonnable que la théorie du mariage inexistant? Quoi! vous avez épousé Jeanne, croyant épouser Marie; cela ne vous empêche pas de cohabiter avec elle pendant des années, et après cela vous viendrez dire : il n'y a pas de mariage! Telle serait en effet la conséquence du mariage inexistant. Il y en a une autre tout aussi absurde. Un mariage inexistant peut être attaqué par toute partie intéressée. Donc un collatéral viendra demander que votre mariage soit déclaré inexistant, alors que vous, malgré l'erreur qui vous l'a fait contracter, vous vouliez le maintenir? Pourquoi ne pas permettre à l'époux qui a été dans l'erreur de confirmer son mariage? Cela n'est pas juridique, nous le savons, car on ne confirme pas le néant. Mais si cela n'est pas juridique, cela est moral, ce qui vaut mieux (1). »

71. Cette argumentation est seulement spécieuse.

D'abord nous avons déjà eu occasion de remarquer que les règles sur la manière dont fonctionne le consentement dans les rapports juridiques, sont forcément les mêmes, quelle que soit la nature du rapport envisagé. On fait remarquer que lorsque, dans une vente, les parties ne s'entendent pas sur l'identité de la chose vendue, *aucune d'elles ne veut contracter*, tandis qu'au contraire quand un individu épouse Jeanne alors qu'il croit épouser Marie, *l'une des parties veut contracter!*..... Mais en quoi cette remarque peut-elle présenter une utilité quelconque? Qu'est-ce que cela fait à celui qui a été dans l'erreur, que l'autre partie ait voulu ou n'ait

(1) T. II, n° 291.

pas voulu contracter? On insiste cependant et on dit : Mais peut-être que lui-même a voulu contracter; lui seul peut le savoir, donc il faut qu'il fasse connaître sa vraie volonté, et cela dans un bref délai..... Mais certainement il faudra qu'il en soit ainsi, et le vice du raisonnement que nous combattons consiste à se placer en présence d'une situation imaginaire qui n'a rien de commun avec la réalité. Il ne s'agit pas d'un individu qui, *après des années de cohabitation* avec la femme qu'il a épousé, viendra demander la nullité du mariage sous prétexte d'erreur ayant porté sur l'identité physique de la personne, *attendu qu'il n'a pu confirmer le néant...* On lui répondrait qu'il n'y a même pas lieu d'examiner son allégation, attendu que les faits démontrent qu'il n'y a pas eu erreur. La longue cohabitation qui s'est produite lui sera opposée, non comme étant la ratification d'un acte inexistant, mais comme étant au contraire une reconnaissance de l'existence de l'acte. Il faut donc écarter cette hypothèse impossible et prendre celle où l'erreur sur la personne étant découverte presque immédiatement après la célébration du mariage, les deux parties se séparent sans qu'il y ait eu cohabitation commune. La question se présente alors entière, dégagée de tout élément étranger, et les résultats signalés ne peuvent se produire. Mais ajoute-t-on, *un collatéral pourra demander que votre mariage soit déclaré inexistant, malgré vous, alors que vous, malgré l'erreur qui vous l'a fait contracter, vous vouliez le maintenir!...* Cela n'est pas possible; un tel débat ne peut se produire en l'absence du conjoint que l'on soutient s'être trompé; il devra être mis en cause, et s'il veut *maintenir* le mariage, l'attitude qu'il prendra dans l'instance démontrera au contraire qu'il n'y a pas eu erreur de sa part.

Enfin il faut convenir que dans une législation qui ne reconnaît pas les mariages par procureur, qui exige la comparution personnelle des parties accompagnées de leurs témoins

respectifs, devant un officier de l'état civil, qui soumet ces mêmes parties à la nécessité de répondre clairement à une interpellation personnelle et directe, il est véritablement impossible de comprendre comment une substitution de personne pourrait avoir lieu. Pour imaginer une pareille substitution, il faut recourir à des suppositions qui seraient improbables, même sur la scène. Par conséquent vouloir limiter la disposition de l'art. 180 à l'erreur sur la personne physique, c'est en réalité lui enlever toute application.

72. Il est donc indispensable de trouver pour l'art. 180 un champ d'application plus large, et une seconde opinion s'est produite aux termes de laquelle *l'erreur dans la personne*, dont parle l'art. 180 se réfère à la fois, à l'erreur sur l'identite physique, et à l'erreur sur l'identité civile de la personne (1).

On commence par établir, dans cette opinion, que les cas distincts d'erreur sur la personne physique et sur la personne civile se réduisant l'un et l'autre à une erreur sur une identité, doivent être traités de la même manière. S'il y avait absence de consentement dans le cas d'erreur sur la personne physique, il faudrait admettre aussi qu'il y a absence de consentement, et par suite mariage inexistant, dans le cas d'erreur sur la personne civile. Or, quand l'erreur a porté seulement sur la personne civile, il n'est pas possible d'admettre que le consentement fait absolument défaut, que le mariage est inexistant, tout ce qu'on peut faire, c'est reconnaître que le consentement est vicié et le mariage annulable; il faut donc admettre la même solution pour le cas d'erreur sur la personne physique.

La jurisprudence a consacré cette solution. La Cour de Paris a d'abord jugé que, d'après l'art. 180, l'erreur dans la personne n'est une cause de nullité de mariage, qu'autant

(1) DEMANTE, t. Ier, sur l'art. 180, nº 262, *bis* III ; AUBRY et RAU, t. V, § 462, note 6 ; GLASSON, *Consent. des ép. au mariage,* nº 134.

qu'elle porte sur une personnalité complète, soit physique, soit civile, et qu'elle soulève, dans l'un comme dans l'autre cas, une question d'identité (1). La Cour de cassation a également admis que l'art. 180 s'applique d'abord au cas de l'erreur provenant d'une substitution frauduleuse de personne au moment de la célébration, mais qu'il ne doit pas être restreint à ce cas unique, et qu'il doit également recevoir son application quand l'erreur porte sur la personne civile, c'est-à-dire quand l'un des époux s'est fait agréer en se présentant comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne, c'est-à-dire en prenant un état civil qui ne lui appartient pas : « Mais, ajoute la Cour suprême, le texte et l'esprit de l'art. 180 écartent les erreurs d'une autre nature... La nullité pour erreur dans la personne reste sans extension possible aux simples erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne, sur des flétrissures qu'elle aurait subies (2). »

73. Si la solution consacrée par cette jurisprudence devait prévaloir définitivement, il faudrait tenir pour certain que, en mettant de côté l'hypothèse assez chimérique de l'erreur sur l'identité physique, un mariage ne peut être annulé que lorsque l'erreur a porté sur l'état civil de la personne, car cette hypothèse est la seule où l'erreur, pour employer le langage des décisions précitées, *soulève une question d'identité de la personne civile*. Or, est-il présumable que la loi n'ait voulu permettre l'annulation d'un mariage pour cause d'erreur que dans cette hypothèse unique?

Il faut d'abord écarter cette idée bizarre que, dans le même individu, il y a deux identités ou deux personnalités distinctes, l'une physique, l'autre civile. Il n'y a qu'une seule identité, celle que révèle la personne physique. Toute erreur

(1) Paris, 4 fév. 1860, S. D. 60, 2, 88.

(2) Cass. 24 avril 1862, S. 62, 1, 341 ; *Adde,* Montpellier, 1er fév. 1866, S. 66, 2, 325 ; Bordeaux, 21 mars 1866, S. 66, 2, 209.

sur l'identité de la personne physique implique forcément une erreur sur l'état civil de cette même personne, par la raison bien simple que celui qui s'est substitué à un autre ne peut pas avoir le même état civil que l'individu dont il a pris la place. Mais la réciproque n'est pas vraie ; l'erreur sur l'état civil d'un individu, n'implique pas une erreur sur l'individu lui-même ; l'erreur a porté sur un attribut de la personne, mais non sur l'identité de la personne. Voilà pourquoi dans un cas il y a absence de consentement, et consentement vicié dans l'autre. L'opinion que nous repoussons a donc le tort d'assimiler deux situations devant demeurer différentes, et de vouloir soumettre à l'art. 180 un cas régi manifestement par l'art. 146.

D'un autre côté, où voit-on, dans l'art. 180, qu'il faut que l'erreur soulève une question d'identité civile? Cette interprétation est divinatoire et arbitraire ; elle a en outre pour effet de restreindre l'application de l'art. 180 dans des limites encore trop étroites.

74. Demolombe a tenté de les élargir ; mais il a rompu la digue, et s'est trouvé entraîné de telle façon qu'il n'a pu se marquer à lui-même un point d'arrêt.

Il part en effet de cette idée inexacte que l'erreur sur la personne *civile*, sur la personne *sociale*, n'est en réalité qu'une erreur sur des qualités civiles et sociales. Or, dit-il : « Dès qu'on admet une fois une certaine erreur sur les qualités comme cause de nullité, et on ne fait pas autre chose en accordant cet effet à l'erreur sur la personne civile, dès ce moment on ne peut plus faire de la difficulté une question de droit, mais uniquement une question de fait..... Les tribunaux auraient à considérer toutes les circonstances du fait, la position de l'époux trompé, *son caractère personnel*, toute la situation enfin, pour décider en fait si cette erreur a ou n'a pas altéré d'une manière profonde et essentielle son consentement ; si elle a enfin ou si elle n'a pas produit ce que

l'art. 180 appelle *erreur dans la personne*. Et j'attendrais ainsi, pour les résoudre en fait, toutes les hypothèses qu'on pourrait proposer (1). »

« C'est une doctrine déplorable, dit avec raison M. Laurent, que celle qui abdique ainsi devant les faits..... En disant que le mariage est nul quand il y a erreur dans la personne, les auteurs du Code civil ont-ils voulu que les tribunaux pussent annuler le mariage en se fondant sur le *caractère personnel de l'époux?* Non, évidemment non....; il est dangereux de convier les juges à laisser là les lois pour ne se guider que d'après des impressions individuelles. Si tel était le pouvoir du juge, à quoi servirait la science du droit (2)? »

Nous croyons, en ce qui nous concerne, que les termes de l'art. 180, interprétés d'après une saine tradition, permettent d'adopter une doctrine ferme et précise, plus large que celle de Portalis et de M. Laurent, sans tomber dans l'arbitraire de Demolombe.

75. D'abord nous ferons remarquer que l'art. 180 ne parle pas d'une erreur *sur* la personne, mais d'une erreur *dans* la personne, locution assez particulière, puisqu'on dit toujours : j'ai commis une erreur *sur* tel point, et jamais : j'ai commis une erreur *dans* tel point.

En second lieu, ce qui a contribué beaucoup à empêcher l'accord entre les auteurs qui ont examiné la question, c'est le défaut d'une suffisante précision dans la terminologie; on n'a pas distingué entre les attributs de la personne et les qualités de la personne.

Les *attributs* sont des propriétés ou manière d'être de la personne; ils ne sont susceptibles ni de plus, ni de moins; ils existent dans la personne ou ils n'existent pas.

Les *qualités* sont au contraire certaines modifications que

(1) *Loc. cit.*, n° 253.
(2) *Loc. cit.*, n° 292.

la personne peut éprouver; elles sont susceptibles de plus ou de moins; c'est pour ce motif qu'elles peuvent être exprimées par un adjectif qualificatif comportant ce qu'on a appelé un superlatif, un comparatif et un positif.

Ces points étant indiqués, nous ajouterons que, dans notre matière, il faut tenir compte de la doctrine des canonistes. Le droit canon, sur cette matière, ayant été civilement obligatoire, les canonistes ont exercé une grande influence sur la doctrine des civilistes. Ainsi c'est le droit canon qui va nous expliquer pourquoi l'art. 180 au lieu de parler d'une erreur *sur* la personne, parle d'une erreur *dans* la personne.

Les canonistes avaient d'abord distingué quatre sortes d'erreur : 1° l'erreur sur la personne physique; 2° sur sa condition sociale; 3° sur sa fortune; 4° sur ses qualités. Au fond, ces quatre erreurs pouvaient se réduire à deux : l'erreur sur l'identité de la personne, et l'erreur sur ses qualités.

Quant à l'erreur sur l'identité physique, ils reconnaissaient qu'elle rendait le consentement impossible. Mais pour les qualités, ils distinguaient entre les qualités substantielles ou essentielles, qu'ils disaient être *redundantes in personam* et les qualités *secondaires*. L'erreur sur les premières viciait le consentement; l'erreur sur les secondes ne produisait aucun effet.

Dans le premier cas, l'erreur portait sur un élément qu'on avait cru exister dans la personne alors qu'il n'y était pas; l'erreur portait donc sur un élément *redundantem in personam*, et c'est la doctrine que le Code civil a exprimée par la locution correspondante : *erreur dans la personne*.

Mais remarquons tout de suite que les éléments appelés par les canonistes *qualités substantielles* ou *essentielles*, ne sont pas en réalité des *qualités*, mais des *attributs*. Cette équivoque dans la terminologie a faussé dans son application une doctrine qui, sans cela, eût été d'une netteté par-

faite. Tout ce que les canonistes ont dit des qualités substantielles est vrai en l'entendant des *attributs*.

76. Les attributs dont nous parlons sont certaines manières d'être de la personne; leur présence est tellement naturelle que l'esprit ne s'en préoccupe jamais spécialement, étant toujours porté à la présumer. Mais précisément à cause de cela, précisément parce que la présence de ces attributs *va de soi*, tant elle est naturelle, leur absence fait qu'on n'aurait pas épousé la personne si l'on avait su qu'elle en était privée. Un canoniste célèbre a formulé cette idée avec un rare bonheur d'expression, tout en désignant l'attribut par l'expression *qualité* suivant l'usage de son temps :

« *Error circa qualitatem dicitur redundare in personam*, dit Van Espen, *quando animus contrahentis sic fertur in certam qualitatem, ut* IMPLICITE *nolit personam, si ipsi desit qualitas in qua errat* (1). »

Quels sont donc les attributs qui présentent ce caractère?

Tout homme est rattaché par sa naissance :

A une famille,

A un pays,

A une religion.

La naissance nous révèle donc immédiatement trois attributs; chez l'homme :

1° L'état civil;

2° La nationalité;

3° La religion.

Mais quand l'homme est envisagé spécialement quant au mariage, c'est-à-dire comme *personne mariable*, on découvre chez lui un quatrième attribut :

4° La faculté d'engendrer.

Enfin dans le milieu social actuel, tel qu'il a été façonné

(1) *Juris ecclesiast., pars secunda*, tit. XIII, cap. III, n° 5.

par des influences dont il faut tenir compte, on peut en trouver un cinquième :

5° La liberté de tout engagement religieux, ou en d'autres termes : *la laïcité.*

L'erreur qui porterait sur l'un des cinq attributs ci-dessus énoncés doit pouvoir, en principe, entraîner la nullité du mariage (*in thesi*), à moins que les circonstances du fait ne démontrent que l'attribut sur lequel on s'est trompé était indifférent (*in hypothesi*).

En effet, quand un mariage se conclut, les investigations préliminaires ne portent pas en général sur ces attributs. Leur présence est si ordinaire, si naturelle, qu'on ne suppose jamais leur absence. — Quand un individu jouit d'un état civil apparent ; qu'à cet état civil correspondent une nationalité et une religion déterminées, qu'il vit comme les personnes laïques, qu'enfin rien ne fait douter de sa faculté d'engendrer, on sera porté à tenir tout cela pour constant; on n'ira pas faire d'enquête pour s'assurer de la présence d'attributs aussi naturellement inhérents à la personne. Donc l'erreur sur ces attributs tombe véritablement *dans la personne.*

Au contraire les qualités ne sont jamais que des accidents; elles peuvent être aussi bien absentes que présentes, et elles sont susceptibles de plus ou de moins. Elles ont trait à la fortune de la personne, à son honnêteté, à sa probité, à sa santé, etc. Dans les mariages, les investigations des parties ne portent que sur la présence de ces qualités, précisément parce qu'elles peuvent n'exister pas, ou n'exister qu'à un degré insuffisant. Tant pis pour celui qui se trompe ou qui s'est trompé, l'événement prouve qu'il n'a pas su ou voulu se renseigner. Le dol ici ne fait rien à l'affaire ; plus l'erreur sera grave, moins elle sera excusable... A quel degré d'avilissement le mariage ne tomberait-il pas, si, pour faire rompre une union, il suffisait de dire : je me suis trompé.

77. Reprenons maintenant l'examen de ces cinq attributs au point de vue de la jurisprudence.

En ce qui concerne l'erreur portant sur la personnalité civile, ou en d'autres termes sur l'état civil d'une personne, nous avons déjà vu ci-dessus (n° 72) que le dernier état de la jurisprudence la considère comme suffisante pour vicier le consentement. Mais les arrêts déclarent en même temps qu'il n'est pas possible d'aller plus loin.

En ce qui touche l'erreur portant sur la nationalité ou la religion, les tribunaux français n'ont jamais eu l'occasion de se prononcer. Les tribunaux italiens ont au contraire été plusieurs fois saisis de la question, et ils l'ont tranchée dans le sens de la doctrine que nons avions produite depuis plus de vingt ans (1). Par application de l'art. 105 du Code civil italien, qui reproduit textuellement notre art. 180, la Cour de cassation de Turin et la Cour de Brescia ont jugé que l'erreur sur la personne doit s'entendre de l'erreur sur les qualités constitutives de la personne civile, et notamment de l'erreur sur la nationalité et le statut personnel. Ainsi, par exemple, doit être annulé pour erreur dans la personne, le mariage d'une femme qui croyait s'unir à un Italien (ou à un Français) régi par la loi de la monogamie, et qui a épousé un israélite ottoman, auquel son statut personnel permet la polygamie (2).

Remarquons que, dans l'espèce, le mari en exigeant que sa femme le suive en Afrique, pour y être reçue et traitée avec tous les égards voulus par le statut personnel ottoman, n'aurait fait qu'user de son droit, et par conséquent ne se serait rendu coupable d'aucun procédé contraire à la dignité de la femme et pouvant autoriser contre lui soit une demande en divorce, soit une demande en séparation de corps.

78. L'erreur portant sur la liberté de l'une des parties

(1) V. notre *Code civil italien*, etc., p. 58 et suiv.
(2) Cass. Turin, 21 juill. 1883 ; Brescia, 10 oct. 1883, S. 86, 4, 1.

quant à tout engagement antérieur, c'est-à-dire sur sa laïcité, a été l'objet, en France, de plusieurs décisions.

Nous avons décidé ci-dessus que, selon la loi française, le prêtre catholique peut valablement se marier. C'est là une pure question de capacité. Donc le mariage contracté sciemment avec un prêtre catholique, ne peut être attaqué ni par l'une ni par l'autre des parties. Mais en sera-t-il de même du mariage contracté par erreur avec une personne engagée dans les liens de la prêtrise, ou de vœux analogues à ceux qu'entraîne la prêtrise? Ce mariage ne peut-il pas être argué de nullité par la partie qui a versé dans l'erreur? L'affirmative n'est pas en contradiction avec la solution précédente, car il s'agit ici d'une pure question de consentement.

Pour trancher les questions de ce genre, il faut tenir compte du milieu social dans lequel fonctionne la loi qu'il s'agit d'appliquer; car c'est pour ce milieu que la loi a été faite, et non pour un milieu idéal. Or, en France où il y a des laïques et des non laïques, il est incontestable que, pour la grande majorité des individus, même pour ceux qui sont le plus affranchis de toute préoccupation religieuse, la qualité de prêtre catholique n'est pas indifférente au point de vue d'un mariage à contracter. Quand un individu se présente comme laïque, et recherche en cette qualité une jeune fille en mariage, jamais la jeune fille recherchée n'ira se poser la singulière question de savoir si, par hasard, le poursuivant ne serait pas un prêtre dissimulant son *état*. Le poursuivant sera donc accepté comme laïque; mais *implicitement* il est repoussé s'il ne l'est pas : *implicite nolit personam si ipsi desit qualitas in qua errat*. La Cour de Colmar a rendu une décision en ce sens en 1811 (1). On peut trouver l'arrêt mal rédigé; mais la solution qu'il consacre n'a rien d'étrange. Une femme avait épousé par erreur un individu antérieure-

(1) 6 déc. 1811, D. *Répert.*, v° *Mariage*, n° 71.

ment engagé dans des vœux monastiques. « Cette erreur, a-t-on dit, ne prouve qu'une chose, c'est que la femme attachait une importance extrême à telle croyance religieuse. Qu'est-ce que ces préjugés ont de commun avec la loi civile. La loi ignore les croyances religieuses et n'en tient aucun compte, puisqu'à ses yeux le mariage est un contrat purement civil. Qu'importe donc que les époux soient imbus de tel ou tel préjugé religieux? Est-ce que des scrupules de conscience sont des causes de nullité du mariage (1)? »

La loi, répondrons-nous, doit ignorer les croyances religieuses et n'en tenir aucun compte, *quand il s'agit de régler les droits et la capacité des personnes*. Mais, nous le demandons, en quoi ce principe est-il méconnu par la décision de laquelle il résulte qu'une jeune fille, même sans préjugés, n'a pas entendu épouser un curé défroqué ?

79. Le cinquième attribut que doit posséder une personne pour être *mariable*, est la faculté d'engendrer. Cette faculté est tellement essentielle que certains maîtres de la science du droit n'hésitent pas à déclarer que l'absence de cette faculté, c'est-à-dire l'impuissance, entraîne l'inexistence du mariage (2).

Mais, comme le dit fort bien Pothier : l'union des corps n'est pas précisément et absolument de l'essence du mariage (3). — « Nous disons aujourd'hui, avec le Premier Consul, ajoute M. Laurent, que le mariage est l'union des âmes; cette union-là peut exister malgré l'impuissance, comme elle peut exister malgré la stérilité, comme elle peut exister malgré le grand âge des futurs époux (4). »

Tout cela est fort juste lorsque les deux futurs connaissent

(1) MERLIN, *Répert.*, v° *Empêchements de mariage*, § 5, art. 1, n° 5; LAURENT, t. II, n° 296.
(2) ZACHARIÆ, t. III, § 451, note 4.
(3) *Contrat de mariage*, n°s 96, 97.
(4) *Loc. cit.*, n° 298.

la réalité des choses ; mais lorsque l'un des deux a été trompé sur la condition physique de l'autre, quand il est obligé de renoncer à tout espoir de paternité ou de maternité, parce qu'il a été trompé, alors l'union des âmes est rendue aussi impossible que l'union des corps, et le mariage doit pouvoir être annulé pour cause d'erreur *redundantem in personam*, il y a eu véritablement erreur dans la personne, et l'art. 180 est applicable (1).

Demolombe admet pareillement que l'impuissance est une cause de nullité, toutes les fois qu'elle est extérieure et manifeste, sans qu'il y ait à distinguer si elle résulte d'un défaut naturel de conformation, ou d'un accident. Il applique son système général d'après lequel les tribunaux ont le pouvoir d'apprécier dans quels cas l'erreur sur les qualités présente un degré de force assez considérable pour devenir erreur dans la personne (2). Cette raison est impuissante à justifier la solution. L'erreur dont il s'agit, objecte M. Laurent, ne porte que sur une qualité. « Or, l'erreur sur les qualités, quelque substantielles qu'on les suppose, ne vicie jamais le consentement (3). » Mais la faculté d'engendrer n'est pas une qualité, c'est un attribut de la personne, qui existe ou qui fait défaut, mais n'est pas susceptible de plus ou de moins.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence décide que l'impuissance naturelle ne constitue pas une erreur dans la personne de nature à entraîner la nullité du mariage (4).

La jurisprudence a surtout été entraînée dans cette voie par le désir d'éviter les difficultés que présenterait la preuve de l'impuissance si elle était admise comme cause de nullité. Il n'est pas possible en effet de ne point recourir, en cas pareil,

(1) MERLIN, *Répert.*, v° *Impuissance*, n° 2.
(2) *Loc. cit.*, n° 254.
(3) *Loc. cit.*, n° 298.
(4) Riom, 7 juin 1876 ; 2 août 1876, S. 77, 2, 153.

à une visite corporelle, et d'un autre côté, quoi qu'en dise Demolombe, on ne saurait en cas de refus, employer la force publique vis-à-vis de la partie qui résiste. Mais d'abord il peut se faire que la partie arguée d'impuissance consente à la vérification ordonnée par le juge, et dans ce cas toute difficulté disparaît. Dans le cas contraire, les faits et les documents versés aux débats, les circonstances dans lesquelles s'est produite la demande ou la résistance à l'expertise ordonnée, etc., pourront fournir aux juges des éléments de décision; sinon la demande pourra être repoussée, *actore non probante reus absolvitur; non deficit jus sed probatio.*

Du reste, il ne faut pas exagérer ces difficultés; elles n'ont pas empêché les rédacteurs du Code civil italien de déclarer dans l'art. 107 que : « L'impuissance de l'un des conjoints, quand elle est manifeste, permanente, et qu'elle remonte à une époque antérieure au mariage, peut être proposée par l'autre conjoint comme cause de nullité. »

Enfin il convient de remarquer que, même dans l'opinion qui considère l'impuissance ignorée de l'une des parties comme constituant une cause de nullité, l'impuissance, quels qu'en soient la cause et le caractère, n'est pas un empêchement prohibitif à la célébration, dès que les futurs époux eux-mêmes y consentent (1).

La doctrine que nous venons d'exposer sur l'interprétation de l'art. 180, présente ce caractère particulier qu'elle ne laisse aucune prise à l'arbitraire ou à la fantaisie, et se limite elle-même par l'impossibilité de l'étendre aux simples qualités, toutes susceptibles de plus ou de moins. La doctrine au contraire qui repose sur une prétendue distinction entre les qualités substantielles et celles qui ne le sont pas, livre aux hasards des appréciations individuelles, sans règle et sans frein, les difficultés qu'elle se propose de résoudre.

(1) Voy. DEMOLOMBE, *Mariage*, n° 12.

80. Les qualités proprement dites, distinctes des attributs dont nous venons de parler, peuvent être distribuées en quatre groupes et elles se réfèrent :

1° A la fortune;

2° A la santé;

3° A la vertu;

4° A la probité.

Ces qualités n'étant pas l'apanage de tout le monde, personne, quand il s'agit d'un mariage à conclure, n'est supposé les posséder au degré voulu. Aussi est-ce sur leur existence que portent les investigations des parties. Comme ces qualités sont susceptibles de plus ou de moins, il n'était pas possible d'accueillir comme étant une cause de nullité du mariage, l'erreur pouvant se produire à leur occasion. Il aurait fallu, en effet, pouvoir mesurer en quelque sorte l'intensité de l'erreur, et établir une échelle dont il est impossible de déterminer les degrés. Ainsi, par exemple :

81. 1° *La fortune.* Un individu croyait épouser une femme ayant un patrimoine d'un million, et il est vérifié qu'elle ne le possédait pas..... Combien devra-t-il lui manquer de mille francs pour que l'erreur soit considérée comme assez grave?...

2° *La santé.* On découvre que l'un des conjoints, que l'on croyait d'une santé parfaite, est en réalité affecté par la lèpre, ou atteint d'épilepsie. Il est des jurisconsultes qui n'ont pas hésité dans ce cas à prononcer la nullité du mariage..... Mais pourquoi limiter cette solution au cas de la lèpre ou de l'épilepsie? Il est bien d'autres maladies présentant pour la vie commune des ennuis, des dangers ou des inconvénients analogues; il n'y a pas de raison pour s'arrêter à un point déterminé quelconque, et avec ce système le mariage ne formerait bientôt plus qu'un lien dérisoire.

82. 3° *La vertu.* Que dirons-nous de l'erreur portant sur les qualités morales? Un individu a épousé une femme qu'il croyait vertueuse, il découvre ensuite qu'elle était déjà en-

ceinte au moment de la célébration du mariage; pourra-t-il obtenir la nullité d'une telle union? Oui, a répondu un tribunal, il y a eu erreur *dans la personne morale* (1). Pour être logique, il faudrait évidemment admettre la même solution si l'on découvrait qu'elle a eu, autrefois, un enfant naturel, quand même cet enfant serait mort, ou encore qu'elle a fait une fausse couche. Mais alors ne faudrait-il pas admettre aussi la nullité du mariage contracté, par erreur, avec une femme qui n'a pas eu d'enfant, mais qui a vécu dans la prostitution? Ne doit-il pas en être de même si la femme a vécu antérieurement en état de concubinage successif avec plusieurs personnes? Mais que fait à la moralité le nombre et la durée des liaisons? N'y aurait-il eu qu'une seule liaison, et cette liaison n'aurait-elle duré qu'un jour, l'erreur est la même; on a épousé une femme que l'on croyait vertueuse et qui en réalité ne l'était pas..... Nous croyons inutile d'insister.

4° *La probité.* On a fait grand bruit, il y a déjà quelque temps, au sujet du mariage contracté par une femme avec un forçat libéré dont la condamnation était ignorée au moment de la célébration de l'union. La demande en nullité fut d'abord repoussée (2). Cette décision fut cassée, parce qu'elle posait en principe que l'erreur doit porter sur une personnalité complète (3). La Cour de renvoi rejeta aussi la demande en nullité (4); et enfin la Cour de cassation, toutes Chambres réunies, déclara que : « La nullité pour erreur dans la personne reste sans extension possible aux simples erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne, sur des flétrissures qu'elle aurait subies (5). »

Dans l'espèce, il s'agissait d'une condamnation à quinze

(1) Trib. Chaumont, 9 juin 1858, S. 58, 2, 543.
(2) Paris, 4 fév. 1860, D. 69, 2, 88.
(3) Cass. 11 fév. 1861, D. 61, 1, 56.
(4) Orléans, 6 juill. 1861, D. 61, 2, 132.
(5) Cass. 24 avril 1862, D. 62, 1, 159.

années de travaux forcés. Mais la question eût été la même si la condamnation avait seulement entraîné la réclusion, ou même seulement cinq ans de prison pour vol. La question, disons-nous, ne change pas. La femme avait cru épouser un honnête homme, elle a épousé un individu déjà condamné pour vol; or, une condamnation pour vol peut aller depuis seize francs d'amende jusqu'aux travaux forcés à perpétuité. Dans les milieux où la dignité humaine est le plus assurée de trouver le respect qui lui est dû, la plus légère condamnation pour cause d'improbité suffit à *disqualifier* un homme..... faudrait-il accueillir la demande en nullité formée par la femme qu'il aurait réussi à épouser en dissimulant sa condamnation? Ce n'est pas possible.

83. Quels sont donc les motifs qui ont pu conduire des esprits distingués à soutenir la doctrine que nous repoussons?

C'est d'abord une sensibilité déplacée : On a été ému de pitié à l'aspect d'une femme liée pour toujours à un lépreux, à un épileptique, à un forçat libéré; à l'aspect d'un homme associé pour la vie à une créature avilie, et on a voulu chercher à rompre un lien insupportable. Mais les questions de droit positif ne peuvent pas être tranchées avec le sentiment. Il faut reconnaître que celui qui est trompé sur la santé de son conjoint, sur sa vertu, sur sa probité, a agi avec une légéreté suspecte, et a négligé de recourir à des moyens efficaces d'information.

En second lieu on a subi l'influence exercée par les doctrines canoniques dont le point de vue purement individuel n'a pas été compris :

Chaque fois en effet, que le mariage n'a pas encore été consommé par la cohabitation des deux époux, l'église catholique se montre facile pour prononcer la nullité. Mais pourquoi? Parce que l'église se place toujours au point de vue individuel; elle examine la question au regard de la situation personnelle des parties intéressées, et elle est dominée par

la préoccupation de faire disparaître les obstacles qui pourraient entraver leur salut. Aussi lorsque le mariage, quoique célébré, n'a pas encore été consommé, s'il y a eu erreur portant sur la probité, ou la vertu de l'une des parties, l'église préfère l'inconvénient résultant de l'annulation aux inconvénients résultant du maintien.

Mais la loi civile ne peut pas se placer ainsi au point de vue individuel, et elle n'a pas pour mission de statuer en vue d'assurer le salut des âmes. Le droit civil doit veiller, dans un intérêt général supérieur, à ce que les mariages soient sérieusement contractés, après que toutes les informations nécessaires ont été prises, et il ne doit pas favoriser les unions irréfléchies en accordant trop facilement l'action en nullité.

Cette sévérité du législateur de 1804 a été critiquée après l'abolition du divorce, sur le fondement même de cette abolition, et critiquée encore après le rétablissement du divorce, sur le fondement même de ce rétablissement. C'est un point assez curieux à signaler :

84. Pourquoi, a-t-on dit, le législateur de 1804 s'est-il montré si rigoureux? — Parce qu'il admettait le divorce... Il y avait dans la possibilité du divorce un correctif à la sévérité de la loi en matière de nullités de mariage. Or, on s'est borné à supprimer plus tard le divorce sans apporter au Code aucune autre modification. Le système primitif du Code a donc été dérangé dans son économie. La sévérité de la loi quant aux causes de nullité a été conservée, après que le correctif de cette même sévérité a disparu. Donc, la suppression du divorce devait provoquer nécessairement une révision des causes de nullité dans le sens de leur extension. En conséquence on proposait d'admettre la nullité des mariages dans certains cas favorables où l'erreur avait porté sur la santé, la probité, la vertu de l'une des parties.

Nous répondions, dès 1868, qu'il était inexact de voir dans

le divorce un correctif à la sévérité de la loi en matière de nullités du mariage; attendu qu'il n'existait aucune espèce de relation entre les causes de nullité, et les causes de divorce (1).

Depuis cette époque le divorce a été rétabli; donc ceux qui voyaient dans le divorce un correctif à la sévérité de la loi, devaient, à ce point de vue tout au moins, se déclarer satisfaits. Il n'en a pas été ainsi : Voici comment s'exprimait devant le Sénat M. Allou au sujet d'une proposition concernant les *nullités de mariage*, et certaines *modifications au régime de la séparation de corps :*

« Lorsque la loi du divorce fut votée, il avait été répété, à différentes reprises, par les défenseurs de la loi nouvelle, que la séparation de corps restait toujours réservée aux *scrupules religieux*. C'est sur la foi de cette déclaration que quelques-uns de nos collègues avaient pensé à apporter à la séparation de corps elle-même, certaines améliorations..... Dans le même ordre d'idées, les auteurs de la proposition avaient abordé l'examen et étendu le nombre des nullités de mariage..... Le Conseil d'Etat (à qui la proposition avait été renvoyée), a traité la question des nullités de mariage, pour écarter absolument toute modification à la loi actuelle; il a pensé que les cas nouveaux de nullité qu'il s'agissait d'introduire dans la loi, étaient tout à fait exceptionnels, et qu'il y aurait quelque danger à remanier d'ensemble toute cette législation, à l'heure surtout où une loi récente rétablit le divorce; qu'il convenait de respecter la fixité des lois constitutives de la famille. Votre commission s'est rangée de l'avis du Conseil d'Etat... Nous maintenons donc les dispositions actuelles de l'art. 180, C. C., sans aucune modification (2). »

(1) V. notre *Code civil italien*, p. 61.
(2) *Sénat*, annexe ou procès-verbal de la séance du 11 nov. 1886.

CHAPITRE II.

DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

85. — But et utilité de la publicité des mariages.

85. Il va être question dans ce chapitre de la *publicité*, qui constitue une sixième condition requise pour la validité du mariage et de la *compétence* de l'officier de l'état civil qui forme une septième condition. C'est à propos des dispositions contenues dans ce chapitre et dans le chapitre suivant, que nous aurons à examiner les art. 63 à 69, dont nous avons renvoyé l'explication à ce moment.

La publicité des mariages constitue d'abord une garantie de plus que la volonté des parties est sérieuse, puisque cette volonté devra être manifestée publiquement. La contrainte et la surprise deviennent ainsi fort difficiles. Il importe en outre que le public n'ignore pas l'existence de ce lien nouveau qui va modifier profondément l'état des personnes, et restreindre la capacité civile de la femme.

Enfin la publicité donnée aux projets de mariage pourra avoir cet effet de révéler aux parties elles-mêmes qui l'ignorent l'existence d'un empêchement dirimant. — Si on suppose que les parties sont de mauvaise foi, la nécessité de cette publicité pourra rendre impossible des unions prématurées, ou entachées d'inceste on de bigamie.

La publicité dont il s'agit est double; elle est d'abord antérieure au mariage et a pour but d'en révéler le projet au public; ensuite elle est concomitante du mariage lui-même.

§ 1er. — Publicité précédant le mariage.

86. — Origine des publications de mariage ; leurs formes, art. 63 et 64.

87. — Réitération des publications, art. 65.

88. — Dispense de publications, art. 169.
89. — Où doivent être faites les publications, art. 166, 167, 169.

86. Cette publicité résulte de dénonciations faites au public. L'idée en a été empruntée au droit canonique. De tout temps en effet, l'Eglise avait prescrit la publicité des mariages; le curé devait les annoncer en chaire quelque temps à l'avance, afin que dans l'intervalle les causes d'empêchement pussent être révélées et aussi pour que les oppositions pussent être formulées par qui de droit. Cependant l'Église ne considéra pas tout d'abord les mariages *clandestins* comme nuls, mais seulement comme ne pouvant produire aucun effet dans l'ordre civil. Ils étaient valables *quant au lien;* la femme avait le titre d'épouse, et les enfants étaient légitimes, mais n'avaient aucun droit de succession. Un édit de Henri II, du mois de février 1556, reproduisit complétement cette doctrine.

Cette situation bizarre faite aux mariages clandestins, valables *quoad fœdus*, nuls quant aux effets civils, ne pouvait que produire des inconvénients. L'Eglise modifia donc sa doctrine, et décida, dans le Concile de Trente, qu'à l'avenir la clandestinité serait une cause de nullité. Seulement il faut remarquer que la clandestinité, ainsi que nous le verrons d'ailleurs, ne résultait pas de la seule omission des publications. Les dispositions du Concile de Trente furent reproduites presque textuellement dans l'Ordonnance de Blois de 1579, et le droit qui nous régit aujourd'hui a pareillement maintenu la nécessité des publications.

Voyons donc comment doivent être faites ces publications :

ART. 63. Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera deux publications, à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, devant la porte de la maison commune. Ces publications, et l'acte qui en sera dressé, énonceront les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux, leur qualité de majeurs ou de mineurs, et les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères. Cet acte énoncera en outre, les jours, lieux et heures où les publications auront été faites ; il sera inscrit sur un seul registre, qui sera coté et paraphé comme il est dit en l'art. 41, et déposé, à la fin de chaque année, au greffe du tribunal de l'arrondissement.

Les publications dont parle la loi sont des *bans* ou proclamations orales. Dans les petites communes les proclamations de ce genre peuvent produire une publicité efficace; mais elles n'en peuvent produire aucune dans les grandes villes. Aussi l'usage en a-t-il été abandonné dans les grandes villes d'abord, et finalement à peu près partout. De sorte que la publicité résulte uniquement de cette circonstance que l'acte qui est dressé, lequel ne correspond à aucune publication orale, demeure affiché conformément à l'article suivant :

ART. 64. Un extrait de l'acte de publication sera et restera affiché à la porte de la maison commune, pendant les huit jours d'intervalle de l'une à l'autre publication. Le mariage ne pourra être célébré avant le troisième jour, depuis et non compris celui de la seconde publication.

On a dit : à quoi servent des affiches pour ceux qui ne savent pas lire? Nous répondrons : à quoi servent les proclamations orales pour ceux qui ne se trouvent pas à la porte de la maison commune quand elles sont faites? La vérité est qu'il n'est possible d'organiser qu'une publicité *formelle*, et que le seul élément de cette publicité est la permanence de l'affiche d'un dimanche à l'autre.

L'officier de l'état civil dresse l'acte de publication et l'affiche d'après les notes que les futurs lui remettent. Ces derniers ne sont pas tenus de produire à ce moment les pièces justificatives de leurs assertions. (Avis du Cons. d'État des 19-30 mars 1808).

Il résulte de ce qui précède que la première publication consiste uniquement dans l'affichage de l'acte, et que la seconde publication dérive uniquement de ce que l'affiche déjà faite se trouve maintenue; il n'est pas nécessaire de la renouveler.

87. Mais l'effet attendu de ces deux publications idéales, et de l'affiche qui s'y réfère, ne peut pas être considéré comme pouvant se produire indéfiniment; si les futurs n'ont pas dans un certain délai réalisé leur projet d'union, on peut supposer qu'ils l'ont abandonné, et par conséquent s'ils

veulent le reprendre ils doivent en informer le public qui a perdu le souvenir de l'affiche déjà faite; d'où la prescription suivante :

ART. 65. Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année à compter de l'expiration du délai des publications, il ne pourra plus être célébré qu'après que de nouvelles publications auront été faites dans la forme ci-dessus prescrite.

Le *délai des publications* paraît être celui dont parle l'article 64 duquel il résulte que le mariage ne pourra être célébré avant le troisième jour depuis et non compris celui de la seconde publication, c'est-à-dire le mercredi. Ce troisième jour étant compris dans le délai des publications, il en résulte que le mariage ne pourrait plus être célébré le mercredi de l'année suivante (1).

88. Le délai nécessité par l'observation des règles concernant ce qu'il est convenu d'appeler : la première et la seconde publication, est susceptible d'être abrégé :

ART. 169. Il est loisible au chef de l'Etat ou aux officiers qu'il préposera à cet effet, de dispenser, pour des causes graves, de la seconde publication.

L'officier préposé à cet effet, est le procureur de la République près le tribunal dans l'arrondissement duquel le mariage doit être célébré (arrêté du 20 prairial an XI, art. 3). — Les causes graves qui peuvent justifier la dispense de la seconde publication sont souverainement appréciées par le ministère public, sans qu'il appartienne aux tribunaux d'exercer à cet égard un contrôle quelconque (2).

Quand il y a eu dispense de la deuxième publication, le mariage pourra être célébré le mercredi suivant. Mais il ne pourra pas être célébré plus tôt. Il a été jugé cependant que le mariage célébré moins de trois jours après les publications préalables pouvait être déclaré valable, si l'intervalle

(1) LAURENT, t. II, n° 423.
(2) Aix, 18 août 1870, S. 72, 2, 69.

entre ces deux faits est jugé suffisant pour que les oppositions aient pu se produire (1).

89. Dans quelles communes les publications doivent-elles être faites?

ART. 166. Les deux publications ordonnées par l'art. 63 au titre des actes de l'état civil, seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile.

Le domicile dont parle cet article est le domicile de droit dont parle l'art. 102. La loi s'occupe d'abord de l'hypothèse, la plus simple et la plus naturelle, celle où les deux futurs ont un domicile de fait qui se confond avec leur domicile de droit.

Mais il peut se faire qu'il n'en soit pas ainsi; il peut arriver que les parties, tout en conservant leur domicile de droit, aient acquis, par six mois de résidence (art. 74), un domicile spécial pour le mariage qui devient dès lors un nouveau domicile. La publicité ne serait pas complète si les publications ne devaient être faites qu'à ce nouveau domicile de six mois, il faut de plus qu'elles soient faites au *dernier* domicile, c'est-à-dire au domicile de droit, tel est le sens qu'il faut donner à l'article suivant :

ART. 167. Néanmoins, si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites, en outre, à la municipalité du dernier domicile.

Le domicile *actuel* dont parle le texte est celui qui résulte uniquement d'une résidence de six mois, et qui ne produit d'effet utile que pour le mariage, les parties ayant en effet conservé leur ancien domicile de droit. Mais si les parties avaient légalement transporté leur domicile de droit dans le lieu où elles ont ensuite résidé six mois, l'art. 167 cesserait d'être applicable, et il n'y aurait plus lieu de faire les publications à l'ancien domicile.

Si les parties ayant transporté leur domicile de droit dans une autre commune, veulent se marier dans cette commune

(1) Aix, 18 août 1870, S. 72, 2, 69.

avant d'y avoir résidé durant six mois, elles devront faire les publications à la municipalité de leur dernier domicile (1).

Enfin, lorsque elles ont besoin pour se marier du consentement de certaines personnes, c'est-à-dire jusqu'à vingt-cinq ans pour les fils, et vingt-et-un ans pour les filles, le projet de mariage doit également être publié dans les communes où habitent les personnes dont le consentement est nécessaire :

ART. 168. Si les parties contractantes, ou l'une d'elles, sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications seront encore faites à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent.

Il peut résulter du système organisé par la loi que les publications soient nécessaires dans huit communes différentes. Les futurs, en effet, peuvent avoir chacun deux domiciles, l'un réel et l'autre spécial pour le mariage ; ils peuvent en même temps avoir chacun deux ascendants domiciliés séparément dans des communes distinctes.

Si les parties sont mineures de vingt-et-un ans et n'ont plus d'ascendants, elles sont alors, quant au mariage, sous la puissance du conseil de famille, et on admet que la publication a lieu dans la commune où siège ce conseil. Il se peut qu'aucun des membres du conseil n'ait son domicile dans cette commune. Mais le système de la loi ne comporte pas des avertissements individuels. On présume que l'affichage de l'acte de publication suffira pour leur donner connaissance du projet de mariage.

Il ne peut être, dans la métropole, accordé aucune dispense pour les publications à faire en conformité des deux articles qui précèdent. Mais pour les personnes résidant en Cochinchine, et à cause de l'éloignement, un décret du 27 janvier 1883, confère au Conseil privé de la colonie le droit de les dispenser des publications prescrites par les art. 167 et 168. Le décret déjà mentionné à l'occasion des actes res-

(1) Circ. min. just., 21 déc. 1871, S. 71, 2, 283.

pectueux (V. ci-dessus, n° 52) du 29 janvier 1890 a rendu applicable aux Français habitant l'Annam, le Tonkin et le Cambodge, le décret précité du 27 janvier 1883. Les dispenses autorisées par le dernier décret seront accordées aux Français résidant au Cambodge par le Conseil privé de la Cochinchine, et à ceux qui résident en Annam ou au Tonkin par le Conseil du protectorat du Tonkin.

§ 2. — Célébration du mariage.

90. — Où doit être célébré le mariage, art. 74, 165.
91. — Il peut être notamment célébré au domicile réel, sans qu'il y ait eu six mois de résidence.
92. — Comment est célébré le mariage ; l'officier de l'état civil peut se transporter au domicile des parties.
93. — La compétence de l'officier de l'état civil est territoriale et non personnelle.
94. — Prohibition à l'égard des ministres du culte, résultant des art. 199 et 200, C. P.

90.

ART. 74. Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile. Ce domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune.

ART. 165. Le mariage sera célébré publiquement, devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties.

Le mariage, d'après l'art. 165, doit donc être célébré devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une des deux parties. Or, d'après l'art. 74, le domicile, quant au mariage, s'établit par six mois d'habitation continue dans la même commune ; donc il semblerait légitime d'admettre que le mariage ne peut être célébré que dans la commune où l'une des parties a une résidence de six mois. Telle est en effet l'opinion admise par quelques jurisconsultes (1). D'après cette opinion on ne peut se marier à son domicile réel ou d'origine qu'à la condition d'y avoir six mois de résidence.

(1) Notam. LAURENT, t. II, nos 412 et suiv.

91. Cependant cette doctrine n'est pas sûre. L'art. 166 exige en effet que les deux publications soient faites au domicile de chacune des parties contractantes, au domicile pour le mariage bien entendu. Or, l'art. 167 ajoute : *néanmoins* si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites en outre à la municipalité du dernier domicile. C'est donc là une disposition exceptionnelle en vue du cas où le domicile n'est établi que par six mois de résidence ; ce qui suppose bien que le domicile réel est celui où se fera le mariage. C'est dans le cas contraire que le texte exige des publications au domicile réel, autrement on ne pourrait expliquer l'utilité de l'art. 167 parlant du même domicile que les art. 165 et 166.

On peut donc se marier soit au domicile réel, soit au domicile de fait établi conformément à l'art. 74. La discussion au Conseil d'Etat prouve l'exactitude de cette solution, car sur une question du Premier Consul, Tronchet déclara formellement qu'il en était ainsi (séance du 4 vendémiaire an X). Cette solution était d'autant plus naturelle qu'elle était conforme à la règle déjà en vigueur au moment de la rédaction du Code. En effet, le texte de la loi de 1792 ne paraissait admettre, pour le mariage, que le domicile de six mois. Mais la question fut soumise à la Convention nationale qui répondit par un décret interprétatif du 22 germinal an II, portant que les parties peuvent aussi se marier au domicile réel. La réponse de Tronchet prouve donc que les rédacteurs du Code n'ont pas voulu changer ce qui existait. *Néanmoins*, quand le mariage doit être célébré au domicile de fait, comme la résidence de six mois ne garantit pas une publicité entière, l'art. 167 exige que les publications soient faites en outre au domicile réel. Donc, si le mariage est célébré à un domicile réel où l'on n'a pas en même temps six mois de résidence, il faudra faire encore les publications à la municipalité *du dernier domicile*. Par conséquent *le dernier domicile* dont parle

l'art. 167 sera le domicile *réel* quand le domicile *actuel* n'est établi que par six mois de résidence, et le précédent domicile réel quand le domicile réel actuel ne comporte pas encore six mois de résidence.

L'exactitude de cette solution a été consacrée officiellement, sinon législativement. En 1871, les représentants de l'Alsace et de la Lorraine saisirent l'Assemblée nationale d'un projet de loi ayant pour but d'autoriser les Alsaciens-Lorrains ayant opté pour la nationalité française à se marier au lieu de leur nouveau domicile après une résidence d'un mois seulement. La commission chargée d'examiner la question, déclara que les textes du Code autorisant le mariage au lieu du domicile réel, alors même qu'on n'y a pas une résidence de six mois, le projet de loi était sans objet.

En conséquence le ministre de la justice publia une circulaire portant que les Français en général, et notamment les Alsaciens et les Lorrains peuvent se marier dans le nouveau domicile qu'ils se sont choisi, quel que soit le temps qui s'est écoulé depuis qu'ils ont acquis ce domicile, sans avoir besoin d'attendre l'expiration d'un délai de six mois de résidence dans leur nouveau domicile, sauf à justifier de publications faites à l'ancien domicile aussi bien qu'au nouveau (1).

92. Les publications voulues ayant été régulièrement faites, les parties remettront à l'officier de l'état civil qui doit célébrer le mariage les diverses pièces et documents destinés à justifier que toutes les prescriptions de la loi ont été observées (Voy. t. I^er^, n^os^ 341 à 344), et alors il pourra être procédé à la réalisation de l'union projetée.

Où et comment y sera-t-il procédé? C'est, d'après l'art. 75, *dans la maison commune*, où les futurs conjoints doivent se présenter en personne (V. t. I^er^, n^o^ 345). Lors de la rédaction de l'art. 75, la section de législation avait ajouté au projet un

(1) Circ. min. just., 21 déc. 1871, S. 71, 2, 283.

article ainsi conçu : « En cas d'empêchement le sous-préfet pourra autoriser l'officier de l'état civil à se transporter au domicile des parties pour recevoir leurs déclarations et célébrer le mariage. » Mais cet article ne fut pas maintenu parce qu'on ignorait à ce moment si les mariages *in extremis* seraient prohibés ou non. Or, ces mariages n'ayant pas été prohibés sont permis, et tout le monde admet aujourd'hui que l'officier de l'état civil peut, sans néanmoins y être tenu, se transporter au domicile des parties, et par conséquent procéder à l'union hors de la maison commune, dans une maison privée, mais les portes ouvertes pour assurer une publicité suffisante (1).

93. On est allé plus loin; on a voulu soutenir que l'officier de l'état civil était investi d'une compétence personnelle et non territoriale; que par conséquent il pourrait se transporter même hors de sa commune pour y procéder au mariage d'un de ses administrés se trouvant dans l'impossibilité de rentrer dans la commune. Cette opinion s'appuie sur la généralité des termes de l'art. 165 portant que le mariage sera célébré devant l'officier de l'état civil *du domicile* de l'une des parties; et sur cette considération qu'à défaut d'une telle faculté, les mariages *in extremis* qui sont permis, seraient souvent impossibles.

Les termes formels de l'art. 74 ne permettent pas d'adopter cette opinion. L'officier de l'état civil n'est investi d'une mission officielle que dans l'enceinte de sa commune. En dehors de sa commune il n'a plus qu'un titre auquel ne correspond aucune attribution. Les mariages *in extremis* ne seront impossibles que pour les moribonds qui se trouvent hors de la commune. C'est comme un cas fortuit qui atteint certains individus. Remarquons d'ailleurs que l'argument tiré des mariages *in extremis* est détruit par ce fait que l'of-

(1) Aix, 18 août 1870, S. 72, 2, 69.

ficier de l'état civil n'est jamais tenu de se transporter à domicile.

Le mariage ne peut être célébré que dans la commune, et en règle générale, dans la maison commune, le jour qu'il plaît aux parties de désigner; mais à l'heure choisie par l'officier de l'état civil lui-même, ou acceptée par lui. Il est procédé à l'union conformément à l'art. 75 (V. t. Ier, nº 345), et l'acte de mariage est immédiatement rédigé (V. t. Ier, nº 346).

94. D'après les art. 199 et 200, C. P., il est interdit aux ministres du culte de procéder aux cérémonies religieuses du mariage sans avoir reçu la preuve que l'union civile a déjà eu lieu. Rien de plus légitime et surtout de plus moral que cette prescription qui a pour but d'empêcher le rétablissement indirect de l'institution aristocratique du *concubinat* romain ou des unions *morganatiques*. Si une telle prescription n'existait pas, on verrait souvent des personnes de condition inégale, du moins d'après certaines idées qui persistent toujours, se borner à faire bénir par l'Église, pour mettre leur conscience en repos, des unions qu'elles chercheraient d'ailleurs à dissimuler par respect pour les préjugés dont nous parlons. Il n'y a rien là de contraire à la liberté de conscience (1).

§ 3. — Mariages contractés à l'étranger par des Français, et en France par des étrangers.

95. — De la loi à appliquer quand deux personnes se marient hors de leur pays ; distinction entre les règles du fond et les règles de forme, art. 170.
96. — Précision quant aux règles du fond.
97. — Précision quant aux règles de forme.
98. — Mariages des Français devant les agents diplomatiques.
99. — Des publications préalables en France. Controverses sur les conséquences de leur omission.

(1) V. notre *Code civil italien*, p. 43.

100. — Jurisprudence sur ce point.
101. — Transcription en France de l'acte de mariage célébré à l'étranger, art. 171.
102. — Mariage des étrangers en France selon leur statut personnel.
103. — Restrictions résultant de l'ordre public.
104. — Des prohibitions résultant de la loi étrangère.
105. — Ces mariages doivent avoir lieu suivant les formes de la loi française.
106. — *Quid* des mariages consensuels?

95. Lorsque deux personnes se marient dans un pays qui n'est pas le leur, quelle est la loi qu'il faut appliquer pour que leur union soit valablement contractée?

En Angleterre, on décide que le mariage doit toujours être régi par la loi du lieu où il est contracté, sans qu'il y ait à distinguer entre les règles de fond et les règles de forme. Ce système ne reconnaît aucune autorité à la loi nationale. Ainsi un mariage conclu en Angleterre par deux Français, en violation des dispositions de la loi française, et annulé en France pour ce motif (1), sera maintenu en Angleterre.

Le Code civil italien (art. 102), reconnaît que la capacité de l'étranger pour contracter mariage est déterminée par la loi du pays auquel il appartient; il déclare néanmoins que l'étranger est en outre soumis aux empêchements d'ordre public édictés par la loi italienne. C'est là une restriction légitime au principe posé.

Le premier système méconnaît la règle que les lois d'un pays ne peuvent avoir aucune autorité sur les nationaux d'un autre État. Mais la réciproque de ce principe est également vraie : les lois d'un pays sont obligatoires pour ses nationaux, même en pays étranger. Dans quelle mesure une loi nationale peut-elle ainsi être obligatoire pour ses sujets en pays étranger? Évidemment en ce qui touche les règles du fond; quant aux règles de forme, la force des choses

(1) Paris, 1854 (Simonin-Malac).

impose l'observation de la loi en vigueur au lieu où le mariage est contracté. Ces principes ont été adoptés par la loi française :

ART. 170. Le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étranger sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63, au titre des actes de l'état civil, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent.

96. Les Français peuvent donc librement se marier en pays étranger, sans aucune condition de résidence, à la charge de ne point contrevenir aux dispositions du chapitre Ier du titre du mariage. C'est l'application de l'art. 3 posant le principe que la loi française régit l'état et la capacité du Français à l'étranger. Le mariage contracté par un Français à l'étranger est donc soumis à toutes les règles de fond qui sont édictées par la loi française. Il ne peut y avoir aucun doute à cet égard. Ainsi, par exemple, un mariage contracté à l'étranger par un Français âgé de moins de vingt-cinq ans est nul, s'il l'a été sans le consentement des parents (1), qu'il s'agisse d'un mariage entre deux Français, ou d'un mariage entre deux personnes appartenant l'une à la nationalité française, l'autre à une nationalité étrangère (2). Néanmoins, d'après une certaine doctrine, lorsque les deux futurs n'ont pas la même nationalité, il faudrait, pour éviter le conflit entre deux lois différentes, appliquer la loi du mari. Ainsi, une Française épousant un étranger en pays étranger devrait, dans cette opinion, être régie, pour sa capacité de contracter mariage, par la loi de son futur mari. Cela est inadmissible : il n'y a pas dans ce cas conflit, mais seulement concours dans l'application de deux lois différentes; chacune des deux parties contractantes devra observer sa loi nationale, et aux yeux de la loi française, le mariage sera valable, quoique la Française

(1) Besançon, 4 janv. 1888, D. 89, 2, 69 et les notes.
(2) Voy. DEMOLOMBE, *Mariage*, n° 230 et les autorités citées.

n'ait pas rempli les conditions imposées par la loi de son futur mari, laquelle n'avait pas prise sur elle.

97. La loi française laissant à ses nationaux la liberté de se marier dans tous les pays étrangers sans exception, devait nécessairement leur reconnaître le droit de se marier suivant le mode autorisé par la loi du lieu, sans les formes qu'elle prescrit sur le territoire français. C'est ce qui résulte clairement des termes de l'art. 170.

Cependant cette solution a été contestée : L'art. 170, a-t-on dit, porte que le mariage contracté à l'étranger sera valable « s'il a été *célébré* dans les *formes* usitées dans le pays. » Donc il faut une *célébration* et des *formes* pour que le mariage soit valable, et même l'art. 171 exigeant la transcription en France de l'acte de mariage suppose que la rédaction d'un écrit est nécessaire. La conséquence d'une telle interprétation serait que le mariage contracté par simple consentement en Ecosse ou aux États-Unis, ou même par réunion de fait comme au Paraguay, ne serait pas valable en France. Ainsi donc une disposition ayant pour but d'assurer aux Français la liberté de se marier dans tous les pays, suivant les modes *usités*, se trouverait restreinte parce que le législateur aurait employé des expressions se référant à l'*id quod plerumque fit!* La jurisprudence repousse avec raison un pareil système (1). L'argument tiré de l'art. 171 n'a pas plus de valeur, car cet article n'exige pas la transcription à peine de nullité, et s'il n'y a pas eu d'acte de mariage, une simple mention faite sur le registre suffira.

98. L'art. 170, qui déclare le mariage valable *s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays*, ne fait pas obstacle à ce que le mariage soit célébré *conformément aux lois françaises par les agents diplomatiques ou par les consuls*, ainsi que le dit l'art. 48 ; mais il faut pour cela qu'il s'agisse d'un

(1) Paris, 30 janv. 1873, S. 73, 2, 177.

mariage *entre Français* (1) et non d'un mariage entre Français et étranger (2).

Enfin l'art. 170 exige qu'il soit procédé aux publications prescrites par l'art. 63, lesquelles devront être effectuées partout où elles devraient l'être si le mariage était célébré en France. Ces publications sont nécessaires quand même elles ne seraient pas ordonnées par la loi locale. La règle *locus regit actum* que l'art. 170 applique au mariage, ne s'oppose pas à ce que la loi française détermine les formalités préalables qui sont de nature à être accomplies sur le territoire français.

Nous ferons remarquer à cet égard, que lorsqu'il s'agira d'un mariage entre Français devant l'autorité consulaire française, l'art. 17 de l'ordonnance du 12 novembre 1833, autorise les consuls à dispenser dans un cas grave, dont l'appréciation est laissée à leur prudence, de la seconde publication, lorsqu'il n'y aura pas eu d'opposition à la première, ou qu'une mainlevée leur aura été présentée.

L'art. 18 de la même ordonnance autorise également les consuls généraux résidant dans les pays situés au-delà de l'Océan Atlantique à accorder des dispenses d'âge, à la charge de rendre compte immédiatement au ministre des affaires étrangères des motifs qui les auront portés à accorder ces dispenses. Les mêmes pouvoirs, ajoute le texte, pourront être conférés par ordonnance spéciale, aux consuls de première et seconde classe résidant au-delà de l'Océan Atlantique, lorsque cela sera jugé nécessaire.

99. Les publications faites en France d'un mariage qui doit être contracté en pays étranger ont une importance toute particulière. Au lieu de constituer simplement l'un des éléments de la publicité, comme cela a lieu pour le mariage

(1) Ord. 23 oct., 12 nov. 1833, art. 15.
(2) Trib. civ. Epinal, 14 août 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 507.

célébré en France, elles sont l'unique moyen de le faire connaître en France. Cette considération rapprochée du texte de l'art. 170 : *le mariage sera valable... pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites...* a permis de soutenir que le défaut de publications en France entraîne nécessairement la nullité du mariage contracté par un Français en pays étranger (1).

Mais l'argument *a contrario* tiré des termes de l'art. 170 ne pouvant équipoller à une déclaration de nullité, il est manifeste que l'art. 170 ne peut fournir par lui-même le principe d'une action en nullité. Le principe d'une telle action ne peut se trouver que dans le chapitre VI *Des demandes en nullité de mariage*. Or, dans ce chapitre, le législateur ne fait aucune allusion à la nullité qui pourrait résulter de l'omission des publications prescrites par l'art. 170. Il faut donc reconnaître qu'une telle omission n'est pas une cause de nullité (2).

Il s'est néanmoins produit une opinion intermédiaire d'après laquelle le mariage n'est pas nécessairement valable puisque la condition de sa validité n'a pas été accomplie; il n'est pas non plus nécessairement nul, puisqu'aucun texte n'en prononce la nullité. Donc les tribunaux auront un pouvoir discrétionnaire.

Mais le pouvoir discrétionnaire qui permettrait aux tribunaux de prononcer la nullité d'un mariage ne peut pas résulter ainsi d'un raisonnement ou d'une induction; en conséquence Demolombe déclare qu'il appartient aux magistrats d'apprécier toutes les circonstances du fait, et de maintenir ou d'annuler les mariages en vertu de l'art. 193 suivant que les con-

(1) MARCADÉ, t. II, art. 170, n° 2.

(2) MERLIN, *Répert.*, v° *Bans de mariage*, n° 2; *Quest. de dr.*, v° *Public. de mar.*, § 1 et 2; ZACHARIÆ, t. III, p. 312, 314; LAURENT, t. III, n° 31.

ditions de publicité leur paraîtront satisfaites ou violées (1).

Voici l'économie de ce procédé :

D'après l'art. 191 : tout mariage qui n'a pas été *contracté publiquement* peut être argué de nullité comme clandestin ou entaché d'un défaut de publicité.

Or le défaut des publications voulues par l'art. 170 peut équivaloir à un défaut de publicité. Les juges pourront, s'ils l'estiment ainsi, prononcer la nullité du mariage;

Mais ils peuvent aussi, en vertu de l'art. 193, décider que cette contravention *n'est pas suffisante pour faire prononcer la nullité du mariage.*

Le pouvoir discrétionnaire du juge, quant à la difficulté qui nous occupe, repose donc sur un texte.

Nous admettons bien que l'art. 193 accorde au juge un certain pouvoir discrétionnaire. Mais ce pouvoir ne peut s'exercer que dans la sphère d'action de l'art. 193 lui-même. Or cet article place le juge en présence d'une contravention qui pourrait, *en vertu d'un autre texte,* être jugée suffisante pour faire prononcer la nullité du mariage. Il faudrait donc commencer par établir que l'art. 170, tout seul, permet de prononcer la nullité du mariage pour défaut de publications en France; ce point établi, on pourrait admettre que l'art. 193 donne au juge le pouvoir de le maintenir dans le même cas; on arriverait ainsi à constater utilement l'existence d'un véritable pouvoir discrétionnaire. Mais commencer par établir l'existence de ce pouvoir discrétionnaire uniquement pour arriver à donner au juge le pouvoir d'annuler un mariage dans un cas où la loi n'en prononce pas la nullité et en vertu d'un texte destiné à lui permettre de maintenir ce même mariage, c'est véritablement se donner beaucoup trop de peine pour élargir le champ déjà trop vaste de l'arbitraire.

Voici du reste comment, d'après Demolombe, doit fonc-

(1) DEMOLOMBE, *Mariage,* n° 225.

tionner le système qu'il préconise; les juges se demanderont, par exemple : « Quel est ce mariage? est-il raisonnable ou extravagant? aurait-il eu lieu en France? Aurait-on osé le contracter? Aurait-on osé lutter publiquement contre l'opposition d'un père, qui aurait dénoncé ce honteux mariage (1)? »

Ainsi donc : étant donnés deux mariages contractés à l'étranger dans des conditions identiques, et sans publications préalables en France, les juges sont invités à déclarer l'un clandestin s'il est à leurs yeux extravagant ou honteux, et a déclarer l'autre non clandestin s'il leur paraît raisonnable!

Même procédé pour les fins de non recevoir par lesquelles les magistrats pourront repousser, s'il y a lieu, la demande en nullité. L'art. 193 suffit : « Les magistrats, en effet, appelés à statuer sur le sort d'un mariage célébré en pays étranger, et confirmé ensuite par la possession d'état des époux, par le consentement des parents, par la naissance d'enfants, etc., appréciateurs des faits nouveaux comme des faits anciens, déclareront finalement, *non pas*, si vous voulez, *que le vice de clandestinité a été purgé, mais que ce vice n'existait pas!* »

Ainsi le même mariage pourra être déclaré avoir été clandestinement ou non clandestinement contracté suivant qu'il aura ou non produit des enfants! Et l'auteur conclut avec satisfaction : « Rien ne sera plus logique, à la fois, et plus légitime (2)! »

100. La jurisprudence, qui a d'abord donné raison à cette doctrine, paraît aujourd'hui vouloir en restreindre l'application au cas où l'omission des publications en France aurait entraîné la clandestinité du mariage, et au cas où le mariage aurait été contracté à l'étranger dans le but d'éluder l'appli-

(1) *Loc. cit.*, n° 225, p. 353.
(2) *Ibid.*, p. 355.

cation de la loi française (1). Les dernières décisions rendues sur la question portent que le mariage de deux Français célébré à l'étranger n'est point nul pour n'avoir pas été précédé en France des publications exigées par la loi, lorsqu'il appert que cette omission procède d'une erreur, d'une négligence ou de toute autre circonstance fortuite; mais qu'il en est autrement lorsqu'il est démontré que c'est avec préméditation, et dans un esprit de fraude à la loi française que les publications n'ont pas été faites (2). Nous avons déjà eu occasion de nous expliquer sur cette théorie de la *fraude à la loi* imaginée pour faire admettre la nullité dans des hypothèses où la loi ne la prononce pas.

101. Le vœu de la loi, en prescrivant les publications préalables de tout projet de mariage devant être célébré à l'étranger, est que ce projet soit connu en France de tous les intéressés. Mais il importait aussi que ce mariage, lorsqu'il a été célébré, soit également connu en France. Parallèlement à la publicité préalable, la loi a donc organisé une publicité subséquente.

ART. 171. Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire de la République, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile.

Le soin de faire procéder à une telle transcription ne pouvait évidemment être imposé qu'au Français lui-même, et le délai dans lequel la formalité doit être remplie ne pouvait, évidemment encore, commencer à courir que du jour de la rentrée en France du Français intéressé. Or, il peut arriver que le Français intéressé tarde très longtemps à rentrer en France, ou même n'y rentre pas du tout. Il n'était donc pas

(1) Cass. 28 déc. 1874, S. 75, 1, 340; Cass. 8 mars 1875, D. 75, 1, 482; Rennes, 27 août 1879, D. 80, 2, 189.

(2) Cass. 15 juin 1887, S. 90, 1, 446; Cass. 20 avril et Orléans, 14 avril 1886, *Gaz. Pal.*, 86, 877 et S. 86, 2, 191; Trib. civ. Seine, 20 mai 1889, *Droit*, 25 mai 1889.

possible de sanctionner d'une manière efficace la prescription de l'art. 171. Il pourra donc arriver souvent que cette prescription ne soit pas observée. Que résultera-t-il de cette omission?

D'abord il est certain que la validité intrinsèque du mariage ne saurait être compromise par le défaut de transcription. Par conséquent, les tribunaux ont tort d'introduire cet élément, comme ils le font quelquefois, dans l'appréciation des causes de nullité d'un mariage contracté à l'étranger (1). La transcription n'étant qu'une formalité de publicité, intéresse seulement les tiers. Or, étant donnés les termes de la loi, est-il possible de soutenir que le mariage non transcrit n'étant pas réputé légalement connu en France, n'aura aucun effet à l'égard des tiers (2), ou tout au moins aucun des effets que le mariage ne produit qu'à raison de la publicité dont il est entouré (3), sauf les cas où les tiers ont connu l'existence du mariage (4)?

Toutes ces solutions sont arbitraires; aucune d'entre elles n'est autorisée par le texte de l'art. 171. Tout ce qu'on peut faire, c'est d'accorder aux tiers lésés par le défaut de transcription une action en dommages et intérêts contre les époux, fondée sur l'art. 1382 (5).

Par conséquent, et en fait, la seule sanction qui assure dans une certaine mesure l'observation de l'art. 171 concerne seulement les époux et leurs enfants; elle consiste dans les difficultés plus grandes que présentera la preuve du ma-

(1) Ex : jug. précité du trib. civ. de la Seine; arrêt de Besançon, 4 janv. 1888, S. 90, 2, 165.

(2) DELVINCOURT, t. I, p. 68, note 6.

(3) ZACHARIÆ, t. III, p. 315-316; DUVERGIER, sur TOULLIER, t. I, n° 580, note 6.

(4) DEMANTE, t. I, p. 340.

(5) Cass. 28 déc. 1874, S. 75, 1, 347; Conf. DEMOLOMBE, *Mariage*, n° 229.

riage, lorsqu'il n'aura pas été régulièrement transcrit sur les registres français (1).

102. Puisque les Français peuvent se marier en pays étranger, les étrangers doivent aussi pouvoir se marier en France. Mais de même que le Français à l'étranger demeure soumis à la loi française, de même un étranger en France ne peut être soumis qu'à sa loi personnelle et nationale.

Donc, pour savoir si un étranger peut se marier en France, il faudra consulter sa loi nationale. Mais comment savoir si celui qui veut se marier remplit les conditions voulues par la loi de son pays? Une circulaire du garde des sceaux du 4 mars 1831 (2) a cru lever la difficulté en exigeant que tout étranger, voulant se marier en France, produise un certificat délivré par l'autorité compétente, et attestant qu'il peut, d'après sa loi nationale, contracter mariage. Mais comme il n'existe nulle part d'autorité compétente pour délivrer un tel certificat, le résultat de cette circulaire pouvait être de rendre impossible le mariage des étrangers en France. Aussi vit-on plusieurs États, la Prusse notamment, prendre immédiatement, par rétorsion, une mesure semblable vis-à-vis de la France. De sorte que le mariage devint pour les Français impossible en Prusse, puisqu'il n'y a pas en France de fonctionnaire pouvant délivrer le certificat exigé. C'est donc avec raison que le tribunal de Rouen a dispensé un étranger de la production d'un tel certificat (3). Dans certains tribunaux, on remplace ces certificats par des actes de notoriété; mais ces actes n'ont évidemment aucune valeur et ne peuvent être produits que comme renseignements. C'est à l'étranger à fournir, comme il le pourra, la preuve qu'il est capable de se marier d'après la loi de son pays. En cas de difficulté, les tribunaux apprécieront.

(1) MOURLON, *Revue de dr. fr. et étr.*, 1844, t. I, p. 885 et suiv.
(2) D. 1839, 3, 155.
(3) 26 janv. 1842, D. 42, 3, 155.

103. La circulaire du 4 mars 1831, quoique manquant son but au point de vue pratique, est néanmoins importante en ce qu'elle contient une juste interprétation de la loi, en déclarant qu'un étranger ne peut se marier en France qu'en obéissant aux prescriptions de sa loi nationale.

Nous avons vu que le Code civil italien proclamait également ce principe (n° 95), mais qu'il le restreignait en même temps en soumettant l'étranger aux empêchements d'ordre public édictés par la loi italienne.

Nous pensons que la même solution doit être adoptée en France. Les lois réglant la capacité des étrangers pour le mariage ne peuvent recevoir d'application en France que tout autant que cette application n'est pas de nature à troubler chez nous l'arrangement social qu'on appelle l'ordre public (1). L'art. 3 suffit pour justifier cette solution.

On a cependant contesté cette solution par les raisons les plus singulières. Ainsi on a prétendu que « jamais l'on ne peut dire que l'ordre public soit troublé par *le fait de la célébration* du mariage. Quand un mariage viole l'ordre public ce n'est pas le fait matériel du contrat, c'est la situation qui en dérive qui viole l'ordre public... il faudrait donc déclarer nul en France un mariage valablement contracté en pays étranger par des individus à qui leur loi nationale permettait un semblable mariage (2). »

C'est précisément tout le contraire qui est vrai. L'ordre public n'est jamais troublé que par *le fait de la célébration d'un mariage*, et jamais par la vie commune pouvant en être la conséquence. Ce qui serait grave en effet, ce serait l'intervention d'un représentant officiel de la loi française venant consacrer une union que cette même loi française réprouve. C'est ce démenti que la loi française aurait l'air de se donner

(1) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. I, n° 234.
(2) DURAND, *Essai de dr. intern. pr.*, p. 305 et note 310.

à elle-même qui compromettrait l'arrangement social dont elle a posé les bases, et qui pourrait porter le public à douter de sa légitimité. Quant à la vie commune entre deux individus, on n'a pas plus à s'en préoccuper dans ce cas que dans les autres hypothèses où la morale privée peut se trouver offensée.

C'est donc avec raison qu'une circulaire ministérielle du 10 mai 1824 décide qu'un beau-frère et une belle-sœur, à qui leur loi nationale permet de se marier, ne peuvent se marier en France qu'avec une dispense du gouvernement;

De même une autre circulaire ministérielle du 29 avril 1832 impose aux étrangers à qui leur loi personnelle permet de se marier avant quinze ou dix-huit ans, l'obligation de demander une dispense d'âge.

104. Que faut-il penser des dispositions prohibitives de la loi étrangère mettant obstacle à un mariage qui pourrait être valablement contracté selon les principes de la loi française?

La question est oiseuse; du moment en effet qu'il est certain et non contesté que les mariages des étrangers en France sont régis, quant aux conditions de capacité, par leurs lois personnelles, et qu'on a cru pouvoir exiger d'eux la production d'un certificat *d'aptitude au mariage*, le bon sens exige qu'on ait égard, en France, aux prohibitions contenues dans les lois de leur pays.

Cependant cela est encore contesté; on soutient que la France ne doit tenir aucun compte des prohibitions politiques ou religieuses que certains peuples conservent encore, sous prétexte que ces prohibitions surannées ne sont plus en harmonie avec nos principes modernes. Mais nous n'avons pas à juger les lois étrangères, pas plus que les étrangers n'ont à juger notre loi nationale. Si nous ne voulons pas, par exemple, tenir compte du statut personnel de l'israélite barbaresque qui lui défend de se marier avec une catholique, pourquoi

limiter cette solution à l'hypothèse où la prohibition présente un caractère politique ou religieux? Si nous ne respectons pas le statut personnel étranger sur un point, de quel droit irions-nous prétendre, pour nos nationaux, au respect de leur statut personnel, en pays étranger (1)?

105. En ce qui touche la forme extérieure les mariages des étrangers en France sont régis par les lois françaises.

Les étrangers qui n'ont pas six mois de résidence sont donc tenus, aux termes de la circulaire du 4 mars 1831, de faire publier leur mariage à leur dernière résidence en pays étranger. Les publications font en effet partie des formes prescrites par la loi française.

L'observation des formes françaises est impérative et obligatoire dans le cas du mariage d'un étranger avec un Français, ou dans le cas du mariage en France de deux étrangers appartenant à des nationalités différentes.

106. En est-il de même lorsque deux étrangers ayant la même nationalité ont la possibilité de contracter mariage en France en se conformant à leur statut personnel qui n'exige l'intervention d'aucun officier public?

Il s'agit de savoir si, dans ce cas, l'observation de la règle *locus regit actum* est simplement facultative.

Nous appliquerons les principes que nous avons déjà formulés (t. I, n° 170). Les mariages purement consensuels sont en usage dans plusieurs États. Il peut donc arriver que des individus appartenant à ces États, et voulant se marier en France, aient intérêt à se marier consensuellement, comme ils pourraient le faire chez eux, précisément pour se soustraire aux lenteurs résultant de l'emploi des formes françaises, et surtout aux ennuis que pourrait leur causer l'impossibilité de produire le certificat d'aptitude exigé par la circulaire de 1831. Donc, théoriquement les personnes dont

(1) *Contrà*, note sous Cass. Turin, 21 juillet 1883, S. 86, 4, 1.

la loi nationale n'exige aucune solennité pour contracter mariage, peuvent se marier en France consensuellement. Leur union, cela n'est pas douteux, sera reconnue valable par les tribunaux de leur pays. Mais pourra-t-elle être reconnue valable par les tribunaux français? Ainsi posée, la question change de face et devient une question de preuve. Les mariages contractés en France entre étrangers, sont régis, quant au mode de preuve, par la loi française (1), c'est la règle générale pour tous les actes juridiques accomplis en France. En outre l'admissibilité de la preuve elle-même est déterminée par la loi du pays où le fait juridique qu'il s'agit d'établir s'est passé (t. Ier, nº 174). Or, d'après l'art. 194, nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets du mariage s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil. — Cette disposition est générale et s'applique à tous les mariages que l'on prétend avoir été célébrés en France. Les étrangers ne sauraient se soustraire à l'application de cette règle. Par conséquent la faculté que nous leur reconnaissons théoriquement de contracter en France un mariage consensuel, se trouve à peu près paralysée, dans la pratique, par la nécessité d'observer les règles locales sur la preuve. Il faudrait, pour qu'il en soit autrement, que la loi française contînt une disposition analogue à celle du projet belge, cité plus haut, portant que si les lois nationales de toutes les parties autorisent de plus amples moyens de preuve, ils seront admis (t. Ier, nº 175).

(1) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. I, nº 234.

CHAPITRE III.

DES OPPOSITIONS AU MARIAGE.

107. — Notion de l'opposition au mariage.
108. — Droit du conjoint, art. 172.
109. — Droit des ascendants, art. 173; *quid* de la mère?
110. — Des aïeuls, aïeules, etc.
111. — L'opposition des ascendants n'a pas besoin d'être motivée.
112. — Droit des collatéraux, art. 174;
113. — Spécialement en cas de démence.
114. — Droit du tuteur, art. 175.
115. — Pourquoi toutes les personnes qui ont le droit de provoquer l'interdiction, ne peuvent-elles faire opposition au mariage pour cause de démence?
116. — Le droit d'opposition n'appartient pas au ministère public.
117. — Forme des oppositions, art. 66; — A qui elles doivent être signifiées.
118. — Enonciations que doit contenir l'opposition.
119. — Mention à faire sur le registre des publications; art. 67.
120. — Mainlevée de l'opposition.
121. — Effet de l'opposition quant à l'officier de l'état civil.
122. — Certificat de non-opposition, art. 69; — Instance en mainlevée, art. 177, 178.
123. — Responsabilité de l'opposant qui succombe, art. 179.

107. L'opposition est l'empêchement que met une personne à un mariage projeté, au moyen d'un acte signifié dans les formes légales tant à l'officier de l'état civil qu'aux futurs époux.

Cet acte a pour but de prévenir les mariages qui seraient sur le point d'être contractés malgré l'existence d'un empêchement dirimant ou prohibitif, et quelquefois de forcer les futurs époux à réfléchir plus sérieusement au sujet d'une union vue avec défaveur par leurs ascendants.

L'effet direct de l'opposition est d'empêcher l'officier de l'état civil, sous peine d'une amende et de dommages-intérêts, de procéder au mariage tant qu'il n'a pas été donné

mainlevée de l'opposition soit par l'opposant lui-même, soit par le tribunal compétent.

Il est manifeste que la théorie des oppositions au mariage ne peut trouver place que dans une législation exigeant l'intervention d'un représentant de la loi pour la formation du lien conjugal. Pour ce motif, il ne pouvait en être question à Rome où le mariage se concluait par le seul consentement.

Sont admis à former opposition :

1° L'époux du vivant duquel son conjoint veut se remarier, art. 172;

2° Les ascendants, art. 173;

3° Certains collatéraux, art. 174;

4° Le tuteur et le curateur, art. 175.

108.

ART. 172. Le droit de former opposition à la célébration du mariage appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes.

En formant opposition le conjoint, même séparé de corps, défend son droit et son titre. Les fiançailles, ou l'union célébrée devant un prêtre ne peuvent attribuer la faculté de faire opposition. La qualité d'ancien conjoint ne saurait avoir plus d'effet; ainsi l'époux qui a obtenu le divorce pour cause d'adultère de son conjoint n'a pas qualité pour former opposition au mariage projeté entre celui-ci et son complice, contrairement à la prohibition de l'art. 298. Les termes formels de l'art. 172 ne le lui permettent pas (1).

109.

ART. 173. Le père, et à défaut du père, la mère, et à défaut de père et mère, les aïeuls et aïeules, peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, encore que ceux-ci aient vingt-cinq ans accomplis.

La mère non consultée peut-elle former opposition? L'affir-

(1) Le contraire a été jugé à tort par le trib. de Dieppe, le 26 juin 1890, S. 90, 2, 200.

mative semble tout d'abord naturelle, car l'enfant qui ne consulte pas la mère viole la loi, art. 148. D'un autre côté les termes de l'art. 173 ne peuvent être invoqués en sens contraire, car ce texte suppose que le père représente la mère quant au droit d'opposition; mais lorsque les intérêts du père et de la mère sont séparés, quand il y a eu, par exemple, divorce ou séparation de corps, il semble qu'on ne puisse pas aller jusqu'à dépouiller la mère de son droit. Dans ce cas elle n'a pas été représentée par le père, et on peut dire dès lors que ce dernier fait défaut dans le sens de l'art. 173. Cependant la négative est préférable; il ne faut pas perdre de vue en effet qu'il s'agit de savoir si l'officier de l'état civil sera tenu de s'arrêter devant l'opposition ainsi faite par la mère, s'il pourra être condamné à une peine dans le cas où il célébrerait le mariage malgré l'opposition de la mère. Or, les termes de l'art. 173 ne le permettent pas. Il y a donc une lacune dans la loi; seulement la mère pourra faire savoir officieusement à l'officier de l'état civil qu'elle n'a pas été consultée.

110. Le droit de s'opposer à un mariage étant admis dans la théorie générale de la loi, il était naturel de l'accorder au père et à la mère. Mais il était excessif de l'étendre aux aïeuls et aïeules. Cette extension a fait naître plusieurs questions controversées.

On se demande si l'aïeule pourrait former opposition du vivant de l'aïeul dans la même ligne? Non, car d'après l'art. 150 il suffit du consentement de l'aïeul, et on ne saurait traiter l'aïeule mieux que la mère.

L'ascendant d'une ligne peut-il former opposition si l'autre ligne a consenti? L'affirmative peut invoquer le texte de notre art. 173 qui paraît accorder le droit d'opposition concurremment aux aïeuls et aïeules de l'une et de l'autre ligne; or ce droit ne leur appartiendrait pas concurremment si la ligne qui refuse était empêchée de l'exercer par celle qui consent. Mais

on répond facilement que les ascendants ne peuvent pas en même temps faire opposition au mariage et y consentir; or, d'après l'art. 150, le dissentiment entre les deux lignes emporte consentement; donc celle qui refuse n'a pas le droit de faire opposition. Mais il en serait autrement si elle n'avait pas été du tout consultée.

A défaut d'aïeuls et aïeules le droit d'opposition passe aux bisaïeuls.

Ce droit existe, encore que les enfants et descendants aient vingt-cinq ans accomplis, c'est-à-dire un âge quelconque au-dessus de vingt-cinq ans, et il peut être exercé même après la signification des actes respectueux et l'expiration des délais qui s'y réfèrent.

111. Nous devons remarquer que les ascendants ne sont pas tenus de motiver leur opposition. Mais le tribunal auquel la mainlevée de l'opposition sera demandée, ne devra pas la maintenir si elle n'est fondée sur aucune cause légale, quelque graves d'ailleurs que paraissent, en fait, les raisons déduites par l'opposant (1).

Mais alors, dira-t-on, que devient le droit qu'a l'ascendant de ne pas motiver son opposition, et de quoi lui sert-il? Mais que deviendrait le droit de l'enfant de se marier librement quand il a vingt-cinq ou vingt-et-un ans, sauf à faire des actes respectueux, si l'opposition sans cause légale formée par un ascendant devait avoir pour résultat nécessaire d'entraver indéfiniment le mariage? La vérité est qu'il ne saurait y avoir un conflit sérieux entre une simple faculté, créée fort arbitrairement par la loi en vertu de considérations dont la justesse est fort contestable, et le droit de contracter mariage que l'enfant tient de lui-même.

L'opposition sans cause légale ne peut donc, dans la théorie

(1) Cass. 30 juin 1879, S. 79, 1, 410. — Voy. MERLIN, *Répert.*, v° *Opposition*, art. 173, n° 4; DALLOZ, *Répert.*, v° *Mariage*, n°s 264, 265.

de la loi, avoir d'autre but que de retarder le mariage; mais elle peut avoir pour résultat de faire manquer tout à fait le mariage, car l'enfant reculera peut-être devant la nécessité d'engager contre son ascendant un procès en mainlevée d'opposition, et si personnellement il est disposé à agir, c'est peut-être l'autre partie qui préfèrera abandonner le projet d'union. Ces résultats possibles, envisagés avec satisfaction par quelques auteurs (1), suffisent pour faire juger une institution qui méconnait en même temps le droit de l'enfant et l'intérêt de la société.

112. Dans les cas que nous allons maintenant examiner l'opposition ne peut être faite que pour cause déterminée.

ART. 174. A défaut d'aucun ascendant, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains, majeurs, ne peuvent former aucune opposition que dans les deux cas suivants : — 1° Lorsque le consentement du conseil de famille, requis par l'art. 160, n'a pas été obtenu ; — 2° lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux: cette opposition, dont le tribunal pourra prononcer mainlevée pure et simple, ne sera jamais reçue qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer l'interdiction, et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement.

Le droit de former opposition, dans les cas prévus par cet article, appartient, à défaut seulement d'aucun ascendant, individuellement et concurremment aux collatéraux parents du futur époux dans la personne duquel l'empêchement au mariage existe et non aux parents de l'autre. Il faut qu'ils soient majeurs, c'est-à-dire en état d'exercer personnellement ce droit.

Pour trouver des applications du premier cas prévu par l'art. 174, il faut imaginer des hypothèses qui ne sont pas de nature à se présenter souvent, celle par exemple où il a été présenté un acte de consentement simulé, où le consentement a été d'abord donné puis rétracté; l'officier de l'état civil peut en effet ignorer le retrait, etc.

Le second cas, au contraire, est de nature à se présenter

(1) Notamm. DEMOLOMBE, *Mariage*, t. I, n° 140.

plus fréquemment. Il peut tout d'abord paraître singulier que les collatéraux ne soient pas admis à former opposition dans les autres cas d'empêchement dirimant. La jurisprudence du Parlement de Paris le permettait et le tribunal de cassation avait demandé qu'il en fut ainsi. Mais on se défia des collatéraux; on n'a voulu leur accorder le droit d'opposition que dans les deux cas, faciles à vérifier tout de suite, prévus par notre article, alors surtout qu'ils ont toujours la faculté de dénoncer l'empêchement pouvant exister.

113. L'état de démence du futur conjoint allégué par ses collatéraux opposants doit être de nature à faire prononcer l'interdiction s'il était justifié; il faut donc qu'il soit habituel (art. 489).

Si le futur époux demande la mainlevée de l'opposition, l'opposant devra alors articuler devant le tribunal les faits de démence, d'imbécillité ou de fureur; le tribunal appréciera et pourra au besoin procéder à un interrogatoire de l'intéressé. S'il estime que l'opposition est sérieuse, le tribunal rendra un jugement portant que l'opposition est admise à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans un délai déterminé; si ce délai expire sans que l'opposant ait obtenu l'interdiction, le tribunal de nouveau saisi par le futur devra donner mainlevée de l'opposition.

S'il paraît au contraire évident que l'opposition est mal fondée, le tribunal pourra en prononcer immédiatement la mainlevée pure et simple.

C'est à propos des collatéraux que l'art. 174 mentionne le droit pour les juges de prononcer immédiatement, le cas échéant, la mainlevée pure et simple de l'opposition. Mais ce droit leur appartient également dans le cas où l'opposition pour cause de démence a été formée par un ascendant (1);

(1) Cass. 24 juillet 1872, S. 72, 1, 330; Bordeaux, 30 juin 1880, S. 80, 2, 290; Orléans, 26 août 1871, S. 72, 2, 145.

par voie de conséquence ils peuvent également, en pareille hypothèse, repousser la demande de sursis que ferait l'ascendant pour provoquer l'interdiction du futur époux (1).

114. Le projet de Code civil ne contenait aucune déclaration donnant au tuteur ou curateur du futur conjoint le droit de former opposition ; c'est sur la demande du tribunal que fut introduite la disposition suivante :

ART. 175. Dans les deux cas prévus par le précédent article, le tuteur ou curateur ne pourra, pendant la durée de la tutelle ou curatelle, former opposition qu'autant qu'il y aura été autorisé par un conseil de famille, qu'il pourra convoquer.

Cela se comprend pour le premier cas qui est celui où le futur époux, mineur de 21 ans, et n'ayant plus aucun ascendant n'a pas obtenu l'autorisation du conseil de famille requise par l'art. 160. Il était légitime d'accorder en ce cas au tuteur et au curateur le droit d'opposition concurremment avec les collatéraux désignés en l'art. 174.

Mais il est impossible de comprendre le second cas supposant une opposition faite par le tuteur, autorisée par le conseil de famille, et fondée sur la démence du futur époux. Dans ce cas en effet, le conseil de famille refusera son consentement ou le rétractera, et dès lors il ne sera pas nécessaire de fonder l'opposition sur la démence, ce qui nécessiterait une demande en interdiction, il sera plus simple de la fonder sur le défaut de consentement.

Plusieurs hypothèses ont été imaginées pour trouver un sens utile à la loi; de l'aveu de tous les auteurs aucune ne satisfait complétement l'esprit (2), il serait donc superflu de les examiner, d'autant qu'il est fort probable que l'extension irrationnelle de l'art. 175 au second cas de l'art. 174 est due à un simple effet de la symétrie dans les mots.

(1) Cass. 30 juin 1879, S. 79, 1, 416.

(2) VALETTE, *Explic. somm.*, p. 102 et 103; DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 148; LAURENT, t. II, n° 386.

115. Le droit de former opposition étant une création arbitraire de la loi n'appartient qu'aux personnes à qui il a été spécialement accordé.

Donc n'ont pas le droit d'opposition :

Les alliés, même les plus proches;

Les neveux et les nièces;

Les descendants.

Cependant, aux termes de l'art. 490, tout parent est autorisé à provoquer l'interdiction de son parent. Les neveux, les descendants pourraient donc provoquer l'interdiction d'un oncle, d'un ascendant, comment donc se fait-il qu'ils ne puissent pas former opposition à son mariage?

La raison tirée de la déférence que les neveux et nièces doivent à leurs oncles ou tantes, et surtout les enfants à leurs ascendants est certainement entrée dans les préoccupations du législateur, mais ne signifie pas grand chose. Le véritable motif de la différence mise entre le droit d'opposition au mariage d'une personne et le droit de provoquer l'interdiction de cette même personne, se déduit de la manière dont le droit d'opposition a été conçu par le législateur :

Dans la pensée de la loi, le droit d'opposition, quand il est exercé par un ascendant, même sans cause légale, peut cependant produire en fait, ainsi que nous l'avons constaté, les résultats suivants :

D'abord il retarde nécessairement le mariage projeté;

En second lieu il pourra arriver que le descendant recule devant la nécessité d'engager contre son ascendant un procès en mainlevée d'opposition;

En troisième lieu, l'autre partie et sa famille reculeront peut-être également devant la nécessité d'une pareille lutte.

Or, si la loi a pu tolérer de telles conséquences dans le cas d'une opposition faite par le père au mariage de son fils, elle ne pouvait pas admettre, en retournant les situations, qu'elles

puissent se produire à l'encontre du père ou de l'oncle au moyen d'une opposition faite par le fils ou le neveu.

Si les descendants ou neveux avaient eu, théoriquement, le droit de former opposition à un projet de mariage de leur ascendant, ou oncle, dans les conditions réglées par l'art. 174, il aurait pu arriver, en fait, que cette opposition eût été fondée, mensongèrement, ou en vertu d'une appréciation exagérée, sur un prétendu état de démence du futur époux.

Cette opposition aurait eu pour effet immédiat de retarder le mariage, et d'obliger l'ascendant ou l'oncle à se porter demandeur en mainlevée d'opposition, — et pour effet possible de faire abandonner le mariage par crainte d'un procès scandaleux. La crainte d'encourir des dommages-intérêts en vertu de l'art. 179, n'aurait peut-être pas empêché un tel abus. On comprend donc que les neveux et descendants n'aient pas le droit de faire opposition quoiqu'ils aient le droit de provoquer l'interdiction de leur oncle ou ascendant. Comme leur action en interdiction ne pourra pas retarder le mariage, il est probable qu'ils ne l'intenteront que si l'état de démence est bien caractérisé.

C'est donc avec raison que la jurisprudence décide que les enfants sont sans qualité pour former opposition au mariage que leur ascendant a l'intention de contracter, même alors qu'ils auraient introduit contre celui-ci une demande en interdiction pour cause de démence, et qu'ils ne peuvent même obtenir qu'il soit sursis à statuer sur le mérite de l'opposition jusqu'après le jugement à intervenir sur la demande en interdiction (1).

Les juges devront donc, nécessairement, donner mainlevée de l'opposition, quel que soit l'état du procès en interdiction, même en présence d'un avis de parents favorable à l'interdiction (art. 494); même en présence des réponses les plus

(1) Cass. 28 août 1872, S. 72, 1, 329.

extravagantes du défendeur dans son interrogatoire (art. 496). « J'ai peine à croire, dit M. Demolombe, que la loi l'ait ainsi voulu (1) », et il admet en conséquence l'enfant, demandeur en interdiction, à faire opposition à titre de mesure conservatoire. De quoi servira, en effet, l'interdiction, si le père se marie en faisant de folles libéralités dans son contrat de mariage? Mais si les choses en sont au point indiqué par Demolombe, il n'y a qu'à dénoncer le procès en interdiction à l'officier de l'état civil, et ce dernier refusera évidemment son concours au mariage d'un individu incapable de consentir (2).

Les considérations que nous venons de faire valoir pour expliquer comment il était juste de ne point accorder aux neveux ou descendants le droit d'opposition, sont également vraies vis-à-vis des frères et sœurs, de l'oncle et de la tante, des cousins et cousines germains du futur époux, surtout quand ce dernier n'a pas déjà des enfants. Il est bien à craindre qu'ils ne soient portés, quelquefois, à faire opposition au mariage de leur parent en alléguant une démence qui n'existe pas; la crainte de s'exposer à des dommages-intérêts, ne les arrêtera peut-être pas, surtout s'ils sont peu solvables. Tout cela prouve que le régime des oppositions au mariage est défectueux, surtout en ce qui concerne les collatéraux.

116. Le Code ne contient aucune disposition donnant au ministère public le droit de s'opposer au mariage d'un citoyen. Ce droit ne peut résulter, quoi qu'en pense la Cour de cassation (3), ni de l'art. 184 qui donne au ministère public le droit de demander la nullité du second mariage qui serait contracté avant la dissolution du premier, ni de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 lequel ne saurait avoir d'application aux matières

(1) *Loc. cit.*, n° 145.
(2) LAURENT, t. II, n° 384.
(3) Cass. 21 mai 1856, D. 56, 1, 209.

réglées d'une manière définitive et complète par des dispositions spéciales.

117. En ce qui concerne la forme, la signification des actes d'opposition a lieu d'après les règles communes à tous les exploits ; mais la loi édicte en outre certaines prescriptions particulières :

ART. 66. Les actes d'opposition au mariage seront signés sur l'original et sur la copie par les opposants ou par leurs fondés de procuration spéciale et authentique ; ils seront signifiés, avec la copie de la procuration, à la personne ou au domicile des parties, et à l'officier de l'état civil, qui mettra son visa sur l'original.

La première question à résoudre est celle de savoir quel est l'officier de l'état civil à qui la signification devra être faite.

L'opposant doit consulter les publications qui ont été faites du mariage. Si les publications indiquent la commune où le mariage doit être célébré, il fera signifier l'opposition à l'officier de l'état civil de cette commune. Sinon, la signification sera faite à l'officier de l'état civil de l'une quelconque des communes dans laquelle le mariage peut être célébré ; elle arrivera nécessairement à sa destination. Nous verrons en effet que l'officier de l'état civil devant qui deux personnes se présentent pour contracter mariage, ne peut procéder à leur union que s'il lui est remis un certificat de non opposition délivré par les officiers des différentes communes dans lesquelles le mariage pourrait être célébré. Mais s'il y avait lieu de craindre que les certificats de non opposition aient été déjà délivrés, parce que l'on serait, par exemple, à la veille du mariage, il serait prudent de faire signifier l'opposition à tous les officiers de l'état civil compétents pour célébrer le mariage, afin d'être assuré qu'elle arrivera en temps utile entre les mains de qui de droit ; elle peut d'ailleurs être faite jusqu'au moment de la célébration.

L'opposition doit, à peine de nullité, être signifiée par huissier, tant à la partie qu'à l'officier de l'état civil ; il ne pourrait y être suppléé par l'opposition que le père voudrait, par

exemple, former en personne au mariage d'un de ses enfants et signifier lui-même à l'officier de l'état civil, ni par un acte sous-seing privé qui serait remis au maire, sous prétexte que l'huissier requis par l'opposant a refusé d'instrumenter (1).

118. Voyons maintenant quelles énonciations doit contenir l'exploit d'opposition :

ART. 176. Tout acte d'opposition énoncera la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former; il contiendra élection de domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré; il devra également, à moins qu'il ne soit fait à la requête d'un ascendant, contenir les motifs de l'opposition : le tout à peine de nullité, et de l'interdiction de l'officier ministériel qui aurait signé l'acte contenant opposition.

L'indication de la qualité de l'opposant et des motifs de l'opposition permettra à l'officier de l'état civil de vérifier si l'opposition doit légalement produire vis-à-vis de lui son effet ordinaire qui est de l'obliger à surseoir à la célébration du mariage.

L'élection de domicile intéresse au contraire plus particulièrement le futur époux contre qui l'opposition est dirigée et qui aura intérêt à en poursuivre la mainlevée.

L'opposant ne connaîtra la commune dans laquelle le mariage doit être célébré, que si l'indication de cette commune se retrouve dans les publications. Dans ce cas, il sera facile de se conformer à la lettre de l'art. 176. Dans le cas contraire, l'opposant ne sera pas obligé de faire élection de domicile dans chacune des communes où le mariage peut être valablement célébré; il suffit que l'opposant élise domicile dans la commune où le futur époux contre lequel l'opposition est dirigée a son domicile réel ou matrimonial.

119. Il existe une relation manifeste entre les oppositions et les publications qui les ont en quelque sorte provoquées; il faut qu'on puisse, en consultant le registre des publica-

(1) Paris, 18 déc. 1868, sous Cass. 28 août 1872, S. 72, 1, 329.

tions, savoir si ces publications ont été suivies d'oppositions. Dans ce but :

ART. 67. L'officier de l'état civil fera, sans délai, une mention sommaire des oppositions sur le registre des publications; il fera aussi mention, en marge de l'inscription des dites oppositions, des jugements ou des actes de mainlevée dont expédition lui aura été remise.

120. La mainlevée de l'opposition peut être *volontaire;* elle n'est soumise dans ce cas à aucune forme; ainsi elle peut être donnée verbalement par l'opposant qui assiste au mariage; elle peut aussi être donnée par écrit. L'art. 67 parlant d'une *expédition* de l'acte de mainlevée qui serait remise à l'officier de l'état civil semble supposer une mainlevée reçue par notaire et avec minute. Mais le texte ne l'exige pas d'une manière certaine. La mainlevée pourrait aussi être signifiée par huissier dans la forme établie par l'art. 66 pour l'opposition elle-même.

A défaut de mainlevée volontaire, il y aura lieu de la part de celui contre lequel l'opposition a été formée, d'en demander la mainlevée judiciaire.

La demande en mainlevée pourra être portée devant le tribunal du lieu où l'opposant est tenu d'élire domicile suivant l'art. 176 (1); mais, si le demandeur le préfère, il pourra, conformément au droit commun, saisir le tribunal du domicile ordinaire de l'opposant; nous verrons que la loi a pris des mesures pour que la décision finale intervienne à bref délai.

121. Quant à l'officier de l'état civil, son rôle est purement passif; il n'a qu'à attendre :

ART. 68. En cas d'opposition, l'officier de l'état civil ne pourra célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la mainlevée, sous peine de trois cents francs d'amende et de tous dommages-intérêts.

L'officier de l'état civil sera-t-il tenu de s'arrêter devant une opposition quelconque, sous prétexte qu'il ne saurait se constituer le juge de sa régularité?

(1) Rouen, 13 nov. 1878, S. 78, 2, 71.

La loi du 19 septembre 1792 portait textuellement : « Toutes oppositions formées hors les cas, les formes, et par toutes personnes autres que celles ci-dessus désignées, sont regardées comme non avenues, et l'officier de l'état civil pourra passer à la célébration du mariage. » (Tit. IV, sect. III, art. 9).

C'est cette doctrine que le Code a voulu reproduire, et c'est pour permettre à l'officier de l'état civil de l'appliquer que l'art. 176 exige que l'acte d'opposition énonce la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former, et en contienne les motifs si elle n'émane pas d'un ascendant. Par conséquent, si un neveu fait opposition au mariage de son oncle, ou un fils au mariage de son père, l'officier de l'état civil devra passer outre. Il en sera de même si un oncle fait opposition au mariage de son neveu sans indiquer aucun motif, ou en se fondant sur un motif autre que ceux autorisés par l'art. 174, ou encore si l'exploit d'opposition n'indique pas la qualité de l'opposant ou ne contient pas élection de domicile, hypothèses dans laquelle la loi prononce la nullité (art. 476).

Mais si l'exploit d'opposition présente une irrégularité sur laquelle le législateur ne s'est pas expliqué, si, par exemple, il n'est pas signé de l'opposant, l'officier de l'état civil devra s'arrêter, car il ne saurait se constituer l'appréciateur des conséquences d'une semblable irrégularité. Enfin lorsque les oppositions doivent être motivées, il est manifeste que l'officier de l'état civil n'est pas juge de l'exactitude des motifs allégués, quelle que soit d'ailleurs pour lui l'évidence du fait (1).

122.

ART. 69. S'il n'y a point d'opposition, il en sera fait mention dans l'acte de mariage; et si les publications ont été faites dans plusieurs communes, les parties remettront un certificat délivré par l'officier de l'état civil de chaque commune constatant qu'il n'existe point d'opposition.

Quand il y a opposition et que la mainlevée n'en est pas

(1) Voy. LAURENT, t. II, n° 396 et les autorités citées en note.

volontairement consentie, nous savons que la partie intéressée doit s'adresser à la justice. Dans ce cas :

ART. 177. Le tribunal de première instance prononcera dans les dix jours sur la demande en mainlevée.

ART. 178. S'il y a appel, il y sera statué dans les dix jours de la citation.

Cela ne veut pas dire que le tribunal et la cour doivent avoir jugé définitivement la cause dans les dix jours de l'acte qui les saisit. Ce serait souvent impossible par suite des nécessités de l'instruction; il suffit que les juges s'occupent de l'affaire avant l'expiration des dix jours, et que dans ce délai ils statuent au moins préparatoirement s'il n'est pas possible de juger le fond tout de suite. En cas d'infraction aux dispositions qui précèdent, les juges s'exposeraient à être pris à partie.

Si le jugement accorde la mainlevée, le mariage peut avoir lieu à la condition que le futur époux remette à l'officier de l'état civil une expédition du jugement rendu en sa faveur, dont mention sera faite en marge des publications (art. 67).

En cas d'appel, le mariage sera retardé à cause de l'effet suspensif de l'appel. Si l'arrêt accorde également la mainlevée, le mariage pourra avoir lieu nonobstant le pourvoi en cassation qui n'est pas suspensif.

Mais qu'adviendra-t-il si, le mariage ayant été célébré, l'arrêt est cassé, et si la nouvelle Cour d'appel, saisie de la cause par le renvoi, maintient l'opposition? Le mariage qui a déjà eu lieu régulièrement va-t-il être rétroactivement annulé, sous prétexte que la cassation d'un arrêt met au néant l'arrêt cassé et tout ce qui a été fait en exécution d'icelui? On l'a soutenu (1). Mais le mariage ne peut être considéré comme un *acte fait en exécution d'un arrêt* (2).

123. L'opposant qui succombe doit être condamné à payer

(1) MARCADÉ, sur l'art. 178, n° 2.
(2) LAURENT, t. II, n° 405; Comp. DEMOLOMBE, *Mariage*, t. I, n° 176.

les frais du procès. Néanmoins l'art. 131, C. p. civ., est applicable; si donc l'opposant est l'ascendant, le frère ou la sœur du futur époux, le tribunal est autorisé à compenser les dépens entre parties.

Mais cette condamnation aux dépens sera-t-elle toujours suffisante pour donner satisfaction à la partie qui a souffert de l'opposition? Evidemment non :

ART. 179. Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages-intérêts.

Les ascendants sont en effet présumés avoir agi dans l'intérêt de leur descendant.

Le droit de réclamer des dommages-intérêts n'appartient d'ailleurs qu'à celui du chef duquel l'opposition rejetée a été formée, et non à l'autre conjoint (1), à moins que ce dernier n'en ait subi un dommage direct et certain.

(1) Bourges, 7 août 1872, S. 72, 2, 257.

CHAPITRE IV.

DES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE.

§ 1er. — Des nullités relatives.

124. — Objet du chapitre IV.
125. — Nullités relatives et nullités absolues.
126. — *Nullités relatives.* Action en nullité pour cause de violence ou d'erreur, art. 180.
127. — Fin de non-recevoir; ratification tacite, art. 181.
128. — Ratification expresse.
129. — De la prescription en cette matière.
130. — Action en nullité pour défaut du consentement des parents, art. 182.
131. — L'action appartient à l'enfant lui-même.
132. — Fins de non-recevoir, art. 183. — Ratification.
133. — Les nullités relatives sont susceptibles d'être couvertes par la ratification.
134. — Sont-elles transmissibles ?

124. L'objet réel de ce chapitre n'est pas limité aux seules énonciations de la rubrique. En effet, indépendamment des demandes en nullité, il y est encore question de la preuve du mariage (art. 194 à 200), et des conséquences du *mariage putatif* (art. 201-202), ce qui se rattache mieux à la matière des nullités de mariage.

Il importe d'abord de bien préciser l'objet de ce chapitre en ce qui concerne les demandes en nullité.

Nous avons soigneusement distingué entre les conditions requises pour son existence, et les conditions requises pour sa validité.

Nous croyons devoir rappeler que les conditions requises pour l'existence du mariage sont :

1° La différence de sexe ;

2° Un consentement donné ;

3° La célébration devant l'officier de l'état civil.

L'absence de l'un de ces éléments fait que le mariage est inexistant. Nous savons que, dans ce cas, il n'est pas question d'action en nullité à intenter. Par conséquent notre chapitre ne s'occupe pas et n'a pas à s'occuper du défaut de ces éléments essentiels à l'existence du mariage.

Les conditions requises pour la validité du mariage sont, comme nous l'avons vu, au nombre de sept :

1° Le consentement des parties exempt de violence ou d'erreur;

2° L'âge compétent;

3° L'absence de toute parenté au degré prohibe;

4° Le consentement des ascendants ou de la famille;

5° L'affranchissement de tout lien conjugal antérieur;

6° La publicité;

7° La compétence de l'officier de l'état civil.

L'absence de l'une de ces conditions empêche, en principe, la validité du mariage, sauf, pour les deux derniers cas, une certaine latitude d'appréciation laissée aux tribunaux. Mais dans les sept hypothèses qui précèdent, la partie intéressée devra intenter une *action en nullité*, c'est-à-dire porter en justice une demande ayant pour but de faire annuler par le tribunal compétent un mariage ayant existé jusqu'à ce moment.

Nous avons déjà expliqué la théorie de la loi concernant les cinq premières conditions requises pour que le mariage soit valable; on a pu constater que l'absence de chacune de ces cinq conditions constituait autant d'empêchements dirimants de nature particulière, c'est-à-dire constituait autant de causes de nullité. A ces causes de nullité il faut ajouter celles qui peuvent provenir du défaut de publicité, c'est-à-dire de la clandestinité, ou de l'incompétence de l'officier de l'état civil. Ces diverses causes de nullité font l'objet spécial de notre chapitre IV; tous les cas de nullité y sont prévus d'une manière essentiellement restrictive et limitative, de sorte que, ainsi que l'a plusieurs fois proclamé la Cour de

cassation : la nullité ne peut être prononcée que sur un texte formel, et seulement à la requête de ceux que la loi autorise spécialement à invoquer le texte (1) ; il n'y a pas de nullité *virtuelle* en fait de mariage.

125. Nous allons étudier maintenant les nullités se traduisant par une *action*, ou *demande* en justice, et voir quelles sont les conditions d'exercice de cette action.

On divise les nullités en nullités *relatives* et nullités *absolues*.

Les nullités relatives sont celles qui ont été établies dans l'intérêt seulement de certaines personnes; elles sont étrangères à toute considération d'ordre public.

Les nullités absolues sont celles qui existent vis-à-vis de tout le monde (*in rem*), qui par conséquent peuvent être invoquées par toute personne intéressée; elles sont déterminées par des considérations d'ordre public.

126. Parlons d'abord des nullités relatives dont le Code s'est occupé dans les art. 180 à 183.

L'art. 180 a déjà été étudié en tant qu'il indique les vices qui peuvent infecter le consentement; il est bon d'en reproduire les termes pour l'étudier maintenant à un second point de vue, en tant qu'il détermine les conditions d'exercice de l'action en nullité qu'il consacre :

ART. 180. Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux qui n'a pas été libre.— Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur.

Les termes de cet article mettent en relief le caractère purement relatif de la nullité en cas de violence ou d'erreur. L'action en nullité n'est pas accordée à tout le monde, mais seulement à certaines personnes, et spécialement, dans le cas d'erreur, à l'époux qui s'est trompé. Cette précision nous

(1) 12 nov. 1844, D. 45, 1, 100; 12 nov. 1839, DALLOZ, v° *Mariage*, n° 514.

conduit à faire une observation qui achève de démontrer que le Code admet bien, implicitement, la distinction sur laquelle nous avons insisté, entre les mariages inexistants et les mariages annulables. Supposons en effet une femme ayant, avant la loi du 31 mai 1854, épousé par erreur un mort civilement. Si le Code n'avait pas admis la distinction dont nous parlons, le mariage, dans le cas supposé, n'eût pas été inexistant, mais seulement annulable; par conséquent, la femme seule aurait pu attaquer ce mariage pour cause d'erreur. Donc, si elle avait sciemment contracté mariage avec un mort civilement, le mariage n'aurait jamais pu être attaqué ni par elle, ni par personne, quoique d'après l'art. 25 du Code civil, le mort civilement fût incapable de contracter un mariage pouvant produire des effets civils.

Remarquons encore que l'art. 180 est le seul qui règle l'exercice de l'action en nullité lorsque le consentement des parties est vicié. Si le Code n'avait pas admis la distinction entre les mariages inexistants et les mariages annulables, il aurait nécessairement fallu traiter de la même manière le cas d'absence du consentement, et le cas de consentement vicié. Par conséquent, dans le cas d'absence totale du consentement, comme il n'y a pas de texte qui accorde aux collatéraux le droit d'attaquer le mariage, les collatéraux ne le pourraient point! La vérité est que, dans le cas d'absence de consentement, il n'y a pas de mariage qu'il faille annuler, et par conséquent il n'était pas nécessaire d'un texte pour reconnaître à toute personne intéressée le droit de faire considérer comme le néant juridique, une union qui n'a jamais eu que la vaine apparence du mariage.

127. Celui qui a le droit d'intenter l'action en nullité fondée sur l'art. 180 peut-il y renoncer soit expressément, soit tacitement? Il ne saurait y avoir de difficulté en ce qui concerne la renonciation ou confirmation tacite résultant d'une vie commune suffisamment prolongée :

ART. 181. Dans le cas de l'article précédent, la demande en nullité n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation, continuée pendant six mois, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue.

La loi n'a pas voulu obliger l'époux qui veut intenter l'action en nullité à rompre brusquement la vie commune, sous peine de déchéance, au moment même de la découverte de l'erreur ou de la cessation de la violence ; il fallait lui donner un certain temps pour réfléchir. Par conséquent, la grossesse de la femme ne mettrait pas obstacle à la demande en nullité. La cohabitation continuée pendant six mois constitue du reste le seul cas de ratification tacite, et les tribunaux ne pourraient en admettre d'autres.

L'action en nullité peut être paralysée par une fin de non-recevoir tirée de ce que plus de six mois se sont écoulés depuis la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence. Mais, conformément aux principes généraux sur la preuve, c'est au défendeur à établir que le demandeur n'est plus dans le délai légal (1).

128. La ratification expresse doit produire, *a fortiori* le même résultat qu'une ratification tacite. Cependant on l'a contesté par le motif que l'art. 181 n'en parle pas alors qu'il en est question dans l'art. 183, et par cette considération que la ratification expresse peut être le résultat de la surprise ou de l'obsession. Mais n'oublions pas qu'il s'agit d'apprécier la portée d'une manifestation de volonté, et il serait singulier qu'une manifestation expresse fut moins efficace qu'une manifestation tacite.

129. S'il n'y a eu ni ratification expresse, ni ratification tacite, c'est-à-dire si les époux ont vécu séparés, l'action en nullité pourra-t-elle être intentée à toute époque?

Il est un fait certain, c'est que le refus persistant de cohabitation constitue de la part du conjoint violenté ou trompé une protestation continue ne permettant pas d'appliquer la

(1) *Contrà*, Bordeaux, 20 fév. 1867, D. 68, 2, 19.

prescription décennale qui repose sur l'idée d'une confirmation tacite. Or, comme il n'y a pas de texte qui déclare l'action en nullité de mariage imprescriptible, et qu'il serait arbitraire et inexact d'assimiler cette action à une question d'état, il faut nécessairement la soumettre au régime de la prescription trentenaire qui forme le droit commun.

130. La seconde cause de nullité relative est celle qui résulte du défaut de consentement au mariage de la part des personnes qui étaient appelées par la loi à donner ce consentement. La nécessité de ce consentement avait une double base : d'abord le droit des parents ou de la famille; en second lieu l'intérêt de l'enfant lui-même. Cet aperçu indique tout de suite quelles sont les personnes à qui la loi devait permettre d'attaquer, en ce cas, le mariage :

ART. 182. Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants, ou du conseil de famille, dans les cas où ce consentement était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement.

Il faut se reporter au moment de la célébration du mariage pour voir quelles sont les personnes dont le consentement était nécessaire à ce moment.

Si un mineur s'est marié sans le consentement de ses père et mère, l'action en nullité n'appartient pas à la mère, mais seulement au père, puisque le consentement de ce dernier suffisait en cas de dissentiment avec la mère.

Si les père et mère sont décédés et qu'il y ait des aïeuls dans les deux lignes, comme le dissentiment entre les deux lignes emporte consentement, il en résulte que les aïeuls d'une ligne qui n'ont pas été consultés, ne peuvent demander la nullité du mariage contracté avec le consentement de l'autre ligne; il en résulte encore que si le mineur n'a obtenu le consentement d'aucun de ses ascendants, le refus de l'une des deux lignes d'agir en nullité rendrait non recevable l'action de l'autre ligne.

Si les ascendants à qui appartient l'action décèdent avant de l'avoir intentée ou au cours du procès, l'action s'éteint et ne passe pas aux ascendants du degré supérieur ou au conseil de famille, puisque leur consentement n'était pas requis au moment de la célébration du mariage.

Quand il s'agit d'un conseil de famille dont le consentement n'a pas été demandé, le droit d'attaquer le mariage n'appartient pas individuellement à chaque membre du conseil, mais le conseil réuni déléguera soit le tuteur, soit un de ses membres pour intenter l'action.

Notre article 182 ne parle pas du mariage contracté par un enfant naturel sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*, et il n'y a pas de texte qui prononce la nullité d'un tel mariage; donc ce mariage ne pourrait, à ce point de vue, être attaqué par personne (1).

131. L'action en nullité n'appartient pas seulement aux personnes dont le consentement était nécessaire, elle appartient encore à l'enfant qui avait besoin de ce consentement et qui s'en est passé. Ce dernier pourra donc, théoriquement, abuser de la bonne foi de l'autre partie, s'unir à elle sans le consentement de sa famille, avec l'arrière-pensée de demander lui-même, après quelques semaines, la nullité de ce mariage. Ce calcul immoral est en effet possible; mais pratiquement il sera fort difficile à réaliser. Il ne faut pas d'ailleurs perdre de vue que, dans la théorie du Code, le mineur qui se marie sans le consentement de sa famille ne donne qu'un consentement incomplet. Par conséquent son action est fondée sur ce que son propre consentement a été insuffisant.

132. Quand les consentements nécessaires à la validité d'un mariage n'ont pas été donnés, il y a eu une certaine atteinte portée aux droits de famille, mais on ne peut pas dire que

(1) LAURENT, t. II, n° 460.

l'ordre public ait été troublé. On peut donc, en pareille matière, concevoir l'extinction de l'action par voie de ratification ou confirmation.

ART. 183. L'action en nullité ne peut plus être intentée ni par les époux, ni par les parents dont le consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Elle ne peut être intentée non plus par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage (*).

La ratification expresse peut résulter d'un acte notarié, d'un acte sous seing privé, de lettres missives, etc.

La ratification tacite de la part des ascendants résultera de leurs procédés amicaux ou bienveillants envers les époux. Une habitation commune entre les père et mère et les nouveaux époux mariés sans leur consentemeut, emportera confirmation, nonobstant toutes réserves contraires, même consignées dans un acte notarié.

Il y a encore confirmation quand il s'est écoulé une année sans réclamation de la part de ceux dont le consentement était nécessaire, à compter du jour où ils ont eu connaissance du mariage (1).

Pour les enfants, il n'y a de ratification tacite possible que celle résultant de l'expiration d'une année sans réclamation, depuis qu'ils ont atteint l'âge compétent.

La ratification des ascendants est opposable aux enfants; celle des enfants n'est pas opposable aux ascendants. Ainsi un an s'est écoulé depuis que le fils a eu l'âge compétent; il y a donc eu ratification de sa part. Mais ses ascendants peuvent n'avoir pas encore eu connaissance du mariage; ils conservent donc leur action en nullité quoique l'enfant ait tacitement renoncé à la sienne.

(*) Art. 183. — Arg. ex. L. 2, et 5. C. 5. 4, *De nupt.*

(1) Voy. Lyon, 24 fév. 1881, D. 81, 2, 199; Cass. 8 mars 1875, S. 75, 1, 295.

133. Les nullités relatives soumises au régime organisé par les art. 180, 181, 182 et 183 que nous venons d'examiner, présentent donc ce caractère commun qu'elles sont susceptibles d'être couvertes par une ratification. Elles se distinguent sous ce rapport des nullités absolues à l'égard desquelles il est impossible de concevoir une ratification quelconque.

134. Les nullités relatives se distingueraient encore des nullités absolues en ce que, d'après une formule inexacte souvent employée, l'action reposant sur une nullité relative serait intransmissible aux héritiers du sujet investi; tandis qu'au contraire l'action reposant sur une cause de nullité absolue serait opposable aux héritiers (1).

Ce qu'il y a de vrai, c'est que le droit de poursuivre l'annulation d'un mariage pour cause de nullité purement relative n'est pas transmissible aux héritiers. Nous verrons plus loin qu'il en est de même pour les nullités absolues quoique les héritiers, en tant qu'*intéressés*, puissent intenter l'action.

La transmissibilité ne peut en effet se produire qu'à l'égard des *biens*, *droits* et *actions* dont parle l'art. 724 qui se réfère uniquement aux éléments du patrimoine. Les droits inhérents à la personne, ce qui comprend les droits de famille et les droits purement moraux, sont tout à fait en dehors du patrimoine et échappent à la règle de la transmissibilité (2). Par conséquent les héritiers ne pourraient pas continuer l'instance si l'action en nullité avait été introduite par leur auteur (3), et ce dernier ne pourrait, par testament, léguer son droit d'intenter l'action, soit à l'un de ses héritiers soit à une autre personne.

(1) Trib. civ. Toulouse, 24 fév. 1879, D. 79, 3, 64.

(2) Voy. notre *Traité de la cession et de la transmission des créances*, t. I, nos 42 et 47; Jug. trib. Toulouse précité; Caen, 22 mai 1850, D. 53, 2, 179; Cass. 18 juillet 1860, D. 60, 1, 299.

(3) LAURENT, t. II, nos 450, 457; DEMOLOMBE, *Mariage*, t. I, no 279.

§ 2. — Des nullités absolues.

135. — *Nullités absolues.* Généralités. A qui appartient l'action en nullité ? art. 184.
136. — *Quid* des ascendants ? — Du conseil de famille et du premier conjoint.
137. — *Quid* des créanciers ?
138. — *Quid* des collatéraux ?
139. — *Quid* des enfants du premier lit ?
140. — Spécialités. *De l'impuberté*, art. 185; fins de non-recevoir tirées de cet article.
141. — Des ascendants et de la famille.
142. — *De la bigamie.* A qui appartient l'action en nullité ?
143. — Base de cette action suivant les personnes à qui elle appartient;
144. — Spécialement à l'égard du premier conjoint.
145. — Question préjudicielle résultant de la nullité alléguée du premier mariage, art. 189.
146. — De la compétence de la Cour d'assises, à cet égard, en cas de bigamie; divergence des auteurs sur ce point.
147. — *De l'inceste.*
148. — Pouvoirs du ministère public, art. 190.
149. — Peut-il agir pour faire maintenir un mariage ?
150. — Les particuliers le peuvent-ils ?
151. — De la *clandestinité* et de l'*incompétence* de l'officier de l'état civil.
152. — Du défaut de publications, art. 192, 193.
153. — Le défaut de publicité et l'incompétence de l'officier public sont deux causes distinctes de nullité.
154. — Pouvoirs du juge en cette matière; d'abord en ce qui touche le défaut de publicité;
155. — Ensuite en ce qui touche l'incompétence.
156. — A qui appartient l'action en nullité en cas de clandestinité ou d'incompétence.
157. — De la ratification en cette matière.
158. — Différences entre les mariages apparents mais en réalité inexistants et les mariages annulables pour cause de nullité absolue.

135. Arrivons maintenant aux nullités absolues.

Le législateur s'occupe d'abord :

De l'*impurberté* (art. 144);

De l'*existence d'un premier mariage* (art. 147);

De *la parenté ou alliance au degré prohibé* (art. 161, 162, 163);

Dans ces trois hypothèses, quels sont ceux qui ont le droit d'attaquer le mariage?

ART. 184. Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux art. 144, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public (*).

Nous trouverons plus loin une disposition analogue pour les cas de *clandestinité* et d'*incompétence de l'officier public*.

La formule générale résultant de la combinaison de ces deux textes, est que l'action en nullité appartient au ministère public et à toute personne intéressée.

L'intérêt servant de base à l'action peut être un intérêt moral, ou un intérêt pécuniaire.

L'intérêt pécuniaire est facile à déterminer; il limite en quelque sorte lui-même sa sphère d'action.

L'intérêt moral n'est pas susceptible de la même précision; aussi n'engendre-t-il l'action en nullité que dans les cas limitativement déterminés par la loi (1).

Le premier de ces cas concerne les époux. Nous remarquerons en effet que l'action en nullité est accordée aux époux eux-mêmes. Par conséquent l'époux de mauvaise foi qui aura trompé l'autre en lui cachant la cause de nullité, pourra l'invoquer malgré la maxime : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, laquelle n'est pas applicable dans notre cas où il ne s'agit pas pour cet époux d'obtenir un avantage pécuniaire, mais de sortir d'une situation illégale où il ne saurait être contraint de demeurer.

136. Les ascendants ne sont pas textuellement indiqués dans l'art. 184; il est certain cependant qu'ils rentrent impli-

(*) Art. 184. — L. 4, D. 23, 2, *De ritu nupt.*

(1) Paris, 25 juin 1883, S. 83, 2, 205.

citement dans la classe des personnes ayant *intérêt*, qu'il s'agit d'un intérêt moral, et qu'ils peuvent attaquer le mariage. La discussion dans les travaux préparatoires ne laisse aucun doute sur ce point. L'art. 191 leur accorde d'ailleurs l'action dans des cas bien moins favorables, et l'art. 186 suppose manifestement qu'ils en sont investis. La question est seulement de savoir s'il faudra mettre entre eux un ordre hiérarchique pour les admettre à l'exercice de l'action, par analogie avec ce que décide l'art. 148 pour le consentement qu'ils doivent donner au mariage, et l'art. 173 pour l'opposition qu'ils peuvent former. L'affirmative soutenue par quelques auteurs non seulement ne repose sur aucun texte, mais est encore contraire à l'esprit de la loi. Notre cas est en effet tout autre que celui dans lequel le mariage est annulable à raison du défaut de consentement des ascendants. Dans cette dernière hypothèse, c'est seulement le droit individuel d'un ascendant qui a été méconnu. Dans notre cas au contraire, le mariage est contraire à l'ordre public, et à ce point de vue, tous les ascendants ont un droit égal à l'attaquer; il n'y a donc pas à établir entre eux un ordre hiérarchique (1). Il faut seulement observer que les ascendantes ayant encore leurs maris, ne pourront agir qu'avec l'autorisation de ces derniers, mais uniquement à cause des règles sur l'autorisation maritale.

Le conseil de famille, par induction *a contrario* de l'art. 186, a pareillement l'action en nullité, car il exerce l'autorité paternelle à défaut des ascendants.

Enfin le premier conjoint de l'époux bigame a encore un intérêt moral à faire prononcer la nullité du second mariage.

137. Parlons maintenant des personnes qui, sans avoir les qualités ci-dessus mentionnées, ont cependant intérêt à attaquer le mariage. Puisque ces personnes n'ont pas la qualité

(1) AUBRY et RAU, t. IV, § 461 texte et note 19; LAURENT, t. II, n° 490; *contrà* DEMOLOMBE, *Mariage*, t. I, n° 303.

de conjoint ni celle d'ascendant, l'intérêt qui les détermine à agir ne peut être que pécuniaire (1).

Ainsi, par exemple, il s'agit de créanciers réclamant à une femme l'argent qu'ils lui ont prêté. Cette dernière pour se soustraire à la nécessité du paiement, oppose le défaut d'autorisation de son mari; les créanciers auront intérêt à soutenir que leur débitrice n'est pas légitimement mariée.

Les créanciers du prétendu mari pourront aussi avoir intérêt à faire annuler le mariage de leur débiteur pour faire tomber l'hypothèque légale qui appartiendrait à la femme (art. 2121).

Dans les hypothèses que nous venons d'indiquer l'intérêt des demandeurs en nullité est déjà *né* et *actuel*, pour employer une expression consacrée par les art. 187 et 191, et ce n'est pas un intérêt successoral. Donc l'intérêt qui peut motiver l'exercice d'une action en nullité de mariage, n'est pas nécessairement un intérêt successoral.

138. On a cependant invoqué contre cette solution, la disposition suivante :

ART. 187. Dans tous les cas où, conformément à l'art. 184, l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont un intérêt, elle ne peut l'être par les parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un autre mariage, du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont intérêt né et actuel.

Il faut donc, d'après cet article, que les époux soient morts pour que les collatéraux puissent agir; c'est-à-dire qu'ils doivent agir pour sauvegarder un intérêt héréditaire; c'est seulement dans ce cas qu'il y a un intérêt *né* et *actuel*, et par conséquent les tiers qui ne peuvent invoquer qu'un droit de créance et non un intérêt de succession, ne peuvent venir mettre en question la validité d'un mariage (2).

Mais telle n'est pas la portée de notre art. 187; cet article signifie seulement que ceux qui ont un intérêt de succession,

(1) Paris, 25 juin 1883, S. 83, 2, 205.
(2) Douai, 12 juillet 1838, S. 39, 2, 256.

doivent attendre que cet intérêt soit né, c'est-à-dire que la succession soit ouverte par le décès de l'époux. Cet art. 187 est même inutile, car il n'est que l'application aux collatéraux de la règle générale d'après laquelle il faut que l'intérêt soit *né et actuel.*

Cette disposition inutile a de plus été mal rédigée, ce qui a fait naître une difficulté nouvelle. Il peut arriver, en effet, que l'intérêt de succession apparaisse du vivant même des deux époux; bien entendu, il ne s'agit pas alors de la succession de l'un d'eux. La question est de savoir si l'action en nullité reposant sur un intérêt successoral sera, alors, recevable du vivant des époux.

Ainsi, par exemple, l'un des prétendus époux est appelé à recueillir la succession de son frère; mais il y renonce, ou bien est déclaré indigne; ses propres enfants seront alors, en qualité de neveux, appelés à recueillir cette hérédité. Mais il y a d'autres collatéraux qui veulent les écarter, en soutenant qu'ils n'appartiennent pas à la famille, attendu que le mariage de leur père est nul.

Autre exemple: un enfant d'un précédent mariage meurt laissant des frères; les enfants du second lit qui sont pareillement des frères du défunt, veulent naturellement prendre leur part dans la succession. Pour les écarter, les enfants du premier lit prétendent que le second mariage de leur auteur est nul.

La règle générale est que l'action est recevable chaque fois qu'elle repose sur un intérêt né et actuel; donc l'action des collatéraux et des enfants d'un premier lit doit être écoutée. L'art. 187 ne s'oppose pas à cette solution; car s'il prohibe l'action du vivant des époux, c'est qu'il a statué sans nécessité d'ailleurs, en vue de l'hypothèse la plus ordinaire, celle où il s'agit de la succession de l'un des époux lui-même.

139. Toutefois, lorsque l'action est intentée par un enfant du premier lit, ne doit-elle pas être écartée en vertu de prin-

cipes appartenant à un autre ordre d'idées, en vertu du principe consigné dans l'art. 371 aux termes duquel : l'enfant doit à tout âge honneur et respect à ses père et mère ? Quelques auteurs l'ont pensé, car il semble difficile d'imaginer une plus grave inconvenance que la demande en nullité du mariage intentée par le fils contre le père (1). Mais l'attaque apparente du fils n'est qu'un moyen de défendre son intérêt, compromis par les suites d'un mariage qu'il prétend être entaché de bigamie ou d'inceste. L'observation de l'art. 371 ne peut avoir pour effet d'imposer aux enfants le sacrifice de leurs intérêts actuels (2).

140. Telles sont les règles générales applicables aux demandes fondées sur une nullité absolue. Nous allons maintenant étudier les particularités.

Le premier cas est celui de l'*impuberté*. Le mariage contracté par l'impubère peut être attaqué par tous ceux qui sont mentionnés dans l'art. 184 :

ART. 185. Néanmoins le mariage contracté par des époux qui n'avaient point encore l'âge requis, ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué : 1° Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent ; 2° lorsque la femme qui n'avait point cet âge, a conçu avant l'échéance de six mois (*).

La première fin de non-recevoir édictée par cet article résulte d'une cohabitation ayant duré six mois depuis que l'âge requis a été atteint. La loi n'a pas voulu qu'il suffise d'avoir, en fait, dépassé l'âge requis d'un laps de temps quelconque ; il était nécessaire de laisser écouler un certain délai pour la réflexion et la préparation de l'action. La ratification tacite ou expresse, qui aurait lieu après l'époque de la puberté légale, et avant l'expiration de six mois, ne saurait faire disparaître une nullité considérée par la loi comme étant d'ordre public.

(*) Art. 185. — V. L. 1, D. 23, 2, *De ritu nupt.*
(1) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 307.
(2) Voy. LAURENT, *loc. cit.*, n° 493.

Dans la seconde hypothèse, l'événement a prouvé que, dans le cas particulier, les limites de la présomption légale de puberté n'étaient pas en rapport avec la réalité. Le texte n'a pas entendu parler des six mois écoulés depuis le mariage. Le point de départ est le même que celui du paragraphe précédent. Le fait a prouvé que la femme était nubile ; si donc elle conçoit à une époque où le mariage pouvait encore être attaqué, désormais il sera inattaquable. Si la femme a conçu avant l'époque où la nullité aurait été couverte aux termes du paragraphe premier, cette nullité se trouvera couverte par l'effet du paragraphe second.

Il a été admis que la nullité serait couverte alors même que la grossesse n'arriverait que durant la litispendance; tant que la nullité n'a pas été prononcée, dans une hypothèse où la cause qui l'engendre doit nécessairement disparaître avec le temps, on ne peut pas dire qu'il y ait droit acquis à l'obtenir.

Remarquons enfin que le paragraphe deuxième de notre article s'applique seulement au cas où c'est la femme qui est impubère, et non à celui où c'est l'homme ; il y aurait à craindre, en effet, que la femme pubère ne se livrât à l'adultère pour empêcher la nullité.

141. Les ascendants et la famille doivent également avoir l'action en nullité pour cause d'impuberté. Néanmoins :

ART. 186. Le père, la mère, les ascendants et la famille qui ont consenti au mariage contracté dans le cas de l'article précédent ne sont point recevables à en demander la nullité.

Mais s'ils n'ont pas consenti, de quoi leur servira l'action en nullité pour cause d'impuberté, puisqu'ils ont déjà, en vertu de l'art. 182, l'action en nullité pour défaut de consentement? Il ne faut pas oublier d'abord qu'il n'y a pas, en fait de nullité absolue, d'ordre hiérarchique entre les ascendants pour intenter l'action. Or, celui qui demandera la nullité pour défaut d'âge pourra n'être pas celui qui aurait pu la demander pour défaut de consentement. En second

lieu, il est possible que l'action fondée sur le défaut de consentement soit prescrite; alors il restera à l'ascendant la ressource de l'action fondée sur l'impuberté. Enfin on ajoute, hypothèse difficile à admettre, que l'ascendant ayant consenti au mariage, a pu se tromper ou être trompé sur l'âge de l'enfant.

Ce qui caractérise l'impuberté, c'est que la nullité *absolue* qui en dérive est susceptible d'être couverte, dans certains cas, comme s'il s'agissait d'une nullité *relative*. Cette particularité tient à ce que l'impuberté étant un vice nécessairement temporaire, il est possible d'en concevoir la disparition anticipée.

142. Or, il n'en est pas ainsi dans les cas de bigamie et d'inceste; le vice de l'union dure nécessairement autant que l'union elle-même, et engendre à chaque instant l'action en nullité.

L'action en nullité du mariage dérivant du fait de la bigamie n'est pas, en effet, l'action civile en dommages-intérêts ayant sa source dans l'obligation de réparer un préjudice causé. C'est une action ayant pour but de faire prononcer l'annulation d'une union contractée au mépris des dispositions de l'art. 147. L'action pourra donc être introduite après la prescription de l'action publique résultant du crime de bigamie, sans qu'il y ait à s'arrêter à l'art. 637, C. inst. crim., portant que l'action civile est prescrite en même temps que l'action publique. La prescription trentenaire elle-même ne saurait éteindre une action ayant pour base l'ordre public.

L'action en nullité pourra donc être exercée par tous ceux qui y ont intérêt, même après la dissolution du mariage par la mort, même après trente années depuis la célébration du mariage bigamique.

143. Cette action a une base purement morale, en tant qu'elle appartient aux époux, aux ascendants ou à la famille.

Elle se rapporte au contraire au patrimoine en tant qu'elle appartient aux collatéraux. Mais dans ce dernier cas, elle n'est acquise aux collatéraux que lorsque l'événement prévu par l'art. 147 leur conférant un intérêt né et actuel s'est réalisé, jusqu'à ce moment elle ne constitue pour eux qu'une simple expectative susceptible de leur être enlevée par une loi postérieure (1).

Pourrait-on attribuer un tel effet à la loi du 27 juillet 1884 qui a rétabli le divorce? On avait voulu tirer de cette loi une fin de non-recevoir contre l'action exercée par les collatéraux pour faire prononcer la nullité d'un mariage contracté par un Français à l'étranger à la faveur d'une naturalisation et d'un divorce obtenu en fraude de la loi française qui prohibait alors le divorce. La Cour de cassation a repoussé cette prétention, et a reconnu que la loi de 1884 ne pouvait être invoquée pour faire admettre la validité d'un mariage contracté pendant l'existence d'un premier mariage non régulièrement dissous (2).

144. Le mariage entaché de bigamie peut non seulement froisser un intérêt né et actuel appartenant à des collatéraux, mais il porte surtout une atteinte directe aux droits de la personne qu'un premier mariage avait déjà investie du titre d'époux;

Donc :

ART. 188. L'époux au préjudice duquel a été contracté un second mariage, peut en demander la nullité, du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui.

Il a été jugé que l'un des conjoints est recevable à demander aux tribunaux français de prononcer la nullité du second mariage contracté à l'étranger par son conjoint à la faveur d'une naturalisation et d'un divorce frauduleusement obte-

(1) Cass. 25 mars 1889, S. 90, 1, 145.
(2) *Ibid.* Comp. Bruxelles, 5 août 1880, S. 81, 4, 1, et note de M. LAURENT.

nus à une époque où le divorce était prohibé par la loi française (1). Il était inutile pour justifier cette solution de mettre en avant *la fraude à la loi*, il suffisait de faire remarquer qu'un individu ne peut, par sa naturalisation à l'étranger, diminuer le droit d'un tiers.

145. Le demandeur en nullité doit prouver l'existence du premier mariage. Les nouveaux époux peuvent opposer la nullité du premier, il y a alors une question *préjudicielle* à résoudre :

ART. 189. Si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement.

Et alors de deux choses l'une : ou le premier mariage sera reconnu valable, et par suite il constituera un empêchement dirimant à l'égard du second, qui devra être annulé; ou le premier mariage sera reconnu annulable et sera annulé en effet, et dans ce cas il n'aura constitué qu'un empêchement prohibitif à l'égard du second qui sera maintenu.

L'art. 189 suppose que la question préjudicielle relative au premier mariage est soulevée au cours d'une instance engagée devant un tribunal civil et ayant pour objet de faire déclarer la nullité du second, en dehors de toutes poursuites criminelles contre le bigame.

146. Mais il peut arriver, l'action publique ayant été mise en mouvement, que l'accusé du crime de bigamie oppose comme exception la nullité de son premier mariage, ou comme défense la nullité du second. Il s'agit de savoir quelle est, dans cet ordre d'idées, la compétence des tribunaux de répression, et l'influence que devront avoir leurs décisions sur les questions purement civiles résultant d'une telle situation.

Suivant une certaine opinion, les tribunaux de répression sont compétents pour juger des questions d'état d'époux se rattachant au second mariage contracté par l'individu accusé

(1) Paris, 14 mars 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 340.

de bigamie, mais ne seraient pas compétents pour connaître de la validité du premier mariage (1).

Il est manifeste que la compétence de la Cour d'assises s'impose en ce qui touche la question de nullité ou de validité du deuxième mariage, qui ne saurait être séparée de la question de culpabilité de l'agent. En posant au jury la question de savoir si l'accusé est coupable d'avoir contracté un deuxième mariage avant la dissolution du premier, on lui demande s'il a réellement et valablement contracté un deuxième mariage (2). Si le jury rend un verdict affirmatif, il est jugé à l'égard de tous qu'il n'existe, à l'égard de ce deuxième mariage, aucune cause de nullité autre que celle qui résulte du précédent mariage, cause première de l'incrimination (3).

En ce qui touche la question relative à la validité ou à la nullité du premier mariage, la question est en apparence plus douteuse. Le principe qui tend à prévaloir, est celui en vertu duquel les juridictions répressives sont investies, dans la mesure jugée nécessaire pour le jugement de l'action publique, des pouvoirs qui appartiennent à la juridiction de droit commun et aux juridictions d'exception chargées de l'application de la loi civile. Les dérogations à ce principe sont extrêmement rares (4), et c'est seulement dans le cas de suppression d'état que l'exercice de l'action publique est suspendu (5).

Il suit de là qu'une condamnation pénale pour crime de bigamie, doit avoir nécessairement pour résultat de procla-

(1) Voy. MERLIN, *Répert.*, v° *Bigamie;* LE SELLYER, *Action publique*, n^os^ 1524 et suiv.; MANGIN, *Act. publique*, n^os^ 193 et suiv., etc.

(2) CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, n^os^ 1679 et 1680.

(3) BERTAULD, *Quest. préjud.*, n^os^ 103, 104.

(4) Nous n'en connaissons que deux résultant de l'art. 182, C. for., et de l'art. 59 de la loi du 15 avril 1829, sur la pêche fluviale.

(5) Voy. Cass. 14 oct. 1853, S. 54, 1, 157.

mer que le premier mariage n'est affecté d'aucune nullité relative que le bigame serait encore recevable à opposer; et que la validité de ce mariage est jugée, même à l'encontre de l'époux, qui n'a pas été partie dans le procès, en tant du moins qu'il s'agit des nullités ci-dessus énoncées, et non de celles que ce conjoint eût pu proposer de son chef (1).

Toutes ces conséquences sont nécessaires et il est impossible de s'y soustraire, même en affirmant, comme l'a fait la Cour de Rennes, la compétence de la juridiction civile. D'après cette Cour, la Chambre d'accusation doit surseoir à statuer sur le fond, jusqu'à ce que la question de validité ou de nullité du premier mariage ait été décidée par la juridiction civile compétente, et elle doit impartir à l'accusé un délai afin qu'il saisisse la juridiction civile (2).

L'arrêt ajoute que la validité du premier mariage doit être présumée, et que c'est à l'accusé de rapporter la preuve de sa nullité dans le délai fixé!... Mais si l'accusé ne saisit pas la juridiction civile, il faudra bien que la justice répressive prononce, et alors, par la force des choses, le moyen de défense tiré de la nullité du premier mariage aura été apprécié et jugé. Si l'accusé est condamné, il sera donc décidé par la justice criminelle, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, *que le premier mariage n'est affecté d'aucune nullité absolue ou relative que le bigame serait encore recevable à opposer*, etc.

Quant au verdict négatif rendu sur une accusation de bigamie, il ne suppose la nullité ni du premier mariage, ni du second, puisqu'il peut avoir pour fondement la bonne foi de l'accusé.

147. Les mariages contractés entre parents ou alliés au degré prohibé (art. 161 à 163), sont entachés d'inceste. La nullité qui résulte de cet empêchement dirimant n'est pas

(1) Voy. BERTAULD, *loc. cit.*
(2) Rennes, 23 janv. 1879, D. 80, 2, 189.

plus susceptible d'être couverte que celle résultant de la bigamie. La circonstance que des dispenses obtenues avant la célébration du mariage peuvent faire disparaître cet empêchement est indifférente. Des dispenses obtenues postérieurement ne pourraient produire aucun effet. S'il en était autrement, le chef de l'État en accordant des dispenses après le mariage, même après la mort de l'un des époux, arriverait à réglementer indirectement l'ordre des successions. Le mariage entaché d'inceste pourra donc être attaqué par les époux eux-mêmes, et par toutes les personnes intéressées et aussi par le ministère public dont nous n'avons pas encore parlé.

148. L'art. 184 donnait en effet au ministère public le droit d'attaquer le mariage à l'égard duquel existe une cause de nullité, mais le texte ne s'expliquait pas sur les conditions d'exercice de l'action qui lui appartient. Nous avons vu que les collatéraux et les enfants d'un premier mariage ne peuvent agir, le plus souvent, qu'après le décès des époux; les ascendants et la famille peuvent au contraire agir du vivant et après le décès des époux. Que fallait-il décider à l'égard du ministère public?

ART. 190. Le procureur de la République, dans tous les cas auxquels s'applique l'art. 184, et sous les modifications portées en l'art. 185, peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant des deux époux, et les faire condamner à se séparer.

Il résulte de ce texte que le ministère public, dans les cas d'impuberté, d'inceste ou de bigamie *peut*, s'il le juge convenable, agir en nullité, sans être tenu d'intenter l'action; et que, s'il veut exercer cette faculté, il *doit* agir du vivant des époux.

Les époux dont il s'agit, sont ceux que le ministère public pourrait faire condamner à se séparer. Donc, en cas de bigamie, cette expression ne concerne pas le premier époux au préjudice de qui un second mariage a été contracté. Par conséquent si ce premier époux décède, le ministère public peut intenter l'action. L'opinion commune admet, au con-

traire, que la bigamie ayant en quelque sorte disparu par suite de ce décès, « le motif essentiel de l'art. 190 doit ici l'emporter sur la trop grande généralité de ses termes (1). » Mais cette généralité existe, et nous ne voyons pas la nécessité de la méconnaître pour augmenter l'intérêt qu'ont les époux bigames au décès de celui dont ils ont commencé par violer le droit.

Le ministère public pouvant agir directement pour faire prononcer la nullité, est, par voie de conséquence, recevable à intervenir lorsque l'action en nullité est intentée par l'une des personnes à qui cette action appartient (2).

149. Mais le ministère public, de même qu'il peut agir en nullité d'un mariage contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, peut-il agir directement et d'office pour faire maintenir un mariage valablement contracté? En d'autres termes, le ministère public peut-il se porter appelant d'un jugement qui annule un mariage?

L'affirmative a été soutenue (3) et la jurisprudence tend à se prononcer dans ce sens (4). A défaut de texte du Code autorisant une telle solution, on invoque la disposition finale de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 accordant au ministère public le droit de poursuivre d'office *l'exécution des lois, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public*. Mais la première phrase du même article porte que ce droit du ministère public d'agir d'office n'existe que dans les cas *spécifiés par la loi*. Or aucune loi n'accorde au ministère public le droit de demander par voie d'action la validité d'un mariage. Demolombe qui avait d'abord émis une opinion différente a fini par le reconnaître, et les meilleurs auteurs ont adopté cette solu-

(1) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 310.
(2) Paris, 30 juin 1877, D. 78, 2, 6.
(3) DEMANTE, t. I, n° 272 *bis;* VALETTE sur PROUDHON, t. I, p. 444, etc.
(4) Chambéry, 7 fév. 1885, D. 85, 2, 241.

tion (1). Par conséquent le ministère public ne pourra soutenir la validité d'un mariage qu'en concluant en ce sens dans les instances en nullité qui seront pendantes, et qui devront lui être communiquées, conformément à l'art. 83, C. p. c.

150. La question que nous venons d'examiner à l'égard du ministère public, peut également être posée à l'égard des particuliers. Il peut arriver, en effet, qu'il y ait des personnes intéressées à soutenir la validité d'un mariage. Il n'est pas douteux qu'elles n'aient le droit de le faire; ainsi l'art. 189 suppose que les nouveaux époux, dans le cas d'une prétendue bigamie alléguée contre eux, défendent la régularité de leur union. Seulement, dans la pratique, le droit de soutenir la validité d'un mariage ne se traduit pas ordinairement par une action proprement dite, mais bien par une défense, ou par une intervention dans l'instance en nullité du mariage que l'on soutient être valable. Toute personne ayant intérêt à soutenir cette validité pourra intervenir, et se pourvoir, le cas échéant, par la voie de l'appel. Remarquons seulement que nulle part la loi ne donne ce droit aux ascendants à raison de leur seul intérêt d'affection. La validité d'un mariage pourra, cependant, être quelquefois soutenue au moyen d'une action directement portée en justice, mais ayant pour objet la reconnaissance de la légitimité ou de l'état civil de l'intéressé. Les défendeurs sont ainsi mis en demeure de contester la validité du mariage duquel on fait dériver l'état du demandeur. Dans ce cas, si l'action est intentée du vivant des époux, les collatéraux défendeurs qui n'auraient pu introduire l'action en nullité qu'à la condition d'avoir un intérêt pécuniaire né et actuel, seront recevables, sans justifier d'un semblable intérêt, à opposer la nullité du mariage à l'action dirigée contre eux, par cela seul que le

(1) MERLIN, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 3, n° 3; DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 312; LAURENT, t. II, n° 497.

jugement à intervenir devant avoir, à leur égard, l'autorité de la chose jugée, tous les moyens tant à l'appui de la défense, qu'à l'appui de la demande, doivent pouvoir être produits (1).

151. Dans les dispositions examinées ci-dessus, le Code s'est uniquement occupé de l'exercice de l'action en nullité dérivant de l'existence d'un empêchement dirimant au moment de la célébration du mariage. Il va maintenant s'occuper des nullités absolues dérivant du défaut de publicité ou de compétence de la part de l'officier de l'état civil.

ART. 191. Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants, et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public,

Cette disposition suppose qu'on a violé une des deux règles contenues dans l'art. 165 qui exige : 1° que le mariage soit célébré publiquement; 2° que cette célébration ait lieu devant l'officier civil du domicile de l'une des parties. Mais elle ne dit rien du défaut des publications qui doivent précéder le mariage. Au Conseil d'État, il fut constamment admis que ce défaut de publication ne pouvait entraîner la nullité du mariage. Il y avait même dans le projet de notre titre une déclaration formelle dans ce sens. Mais le Tribunat fit remarquer avec raison qu'il était inutile de faire cette déclaration, et qu'il n'y aurait pas nullité, de cela seul qu'on ne la prononcerait pas. La jurisprudence et la doctrine sont d'accord sur ce point (2); on rencontre cependant quelques décisions desquelles il semblerait résulter qu'il existe une action en nullité du mariage pour défaut de publication (3), mais il n'y a pas lieu de s'y arrêter; il s'agissait, en réalité, d'une question de publicité.

(1) Cass. 25 mars 1889, S. 90, 1, 145 et note V de M. Labbé.
(2) Voy. DALLOZ, *Répert.*, v° *mariage*, n° 553.
(3) Cass. 11 mai 1875, S. 75, 1, 295.

152. Le défaut de publication ne peut donc, par lui-même, donner lieu qu'à une peine pécuniaire :

ART. 192. Si le mariage n'a point été précédé des deux publication requises, ou s'il n'a pas été obtenu des dispenses permises par la loi, ou si les intervalles prescrits dans les publications et célébrations n'ont point été observés, le procureur de la République fera prononcer contre l'officier public une amende qui ne pourra excéder 300 francs; et contre les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune.

ART. 193. Les peines prononcées par l'article précédent seront encourues par les personnes qui y sont désignées, pour toute contravention aux règles prescrites par l'art. 165, lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage.

Remarquons d'abord un fait exceptionnel dans notre système de pénalité; c'est que la quotité de l'amende contre les parties contractantes et ceux sous la puissance desquels elles ont agi, est, d'après la loi, proportionnée à leur fortune, c'est-à-dire laissée complétement à l'appréciation des tribunaux, au moins pour le *maximum*.

Les textes ci-dessus parlent de *défaut de publicité* quant à la célébration du mariage, et d'*incompétence* de l'officier de l'état civil. Il s'agit, bien entendu, de l'hypothèse où l'officier public est incompétent *territorialement*, et non du cas où le prétendu officier de l'état civil n'aurait pas cette qualité, car alors le mariage serait inexistant.

153. La question est de savoir si l'art. 191 présente le défaut de publicité et l'incompétence de l'officier public comme deux causes distinctes de nullité, ou bien au contraire s'il considère cette incompétence comme rentrant dans le défaut de publicité. Dans ce dernier système il n'y aurait qu'une cause unique de nullité, la clandestinité, ou en d'autres termes le défaut de publicité voulue. Les éléments de cette publicité voulue seraient : d'abord une célébration publique, en second lieu la compétence de l'officier public.

Or, il nous paraît au contraire résulter invinciblement des textes que la loi a admis deux causes bien distinctes de nullité; d'abord le défaut de publicité dans la célébration, et en

second lieu le défaut de compétence chez l'officier public.

Cette solution résulte d'abord de l'art. 165 contenant réellement *deux règles* comme le prouve l'art. 193 qui serait rédigé autrement si l'art. 165 contenait une règle unique. En second lieu, l'art. 191 parle distinctement des deux causes différentes de nullité. Le mariage pourra donc être annulé uniquement à raison de l'incompétence de l'officier public, quand même il ne serait résulté de cette incompétence aucune diminution de publicité. Dans l'opinion opposée, il ne pourrait y avoir annulation pour cause d'incompétence, que si, en fait, l'incompétence avait nui à la publicité voulue.

Nous tenons donc pour constant que la nullité d'un mariage peut être prononcée :

1° Pour le défaut de la publicité nécessaire ;

2° Pour une cause tout à fait différente : l'incompétence de l'officier public.

154. Il faut voir maintenant quels sont les pouvoirs du juge quant à l'appréciation de ces deux causes de nullité.

L'art. 193 donne aux juges le pouvoir de prononcer l'amende, lors même que le défaut de publicité et l'incompétence ne seraient pas jugés suffisants pour faire prononcer la nullité. Il résulte bien évidemment de ce texte que les juges peuvent apprécier la gravité du défaut de publicité, et de l'incompétence.

Il n'y a pas de difficulté quand il s'agit de la publicité; la loi prescrit plusieurs formalités qui ont toutes pour but d'assurer la publicité des mariages. Ces formalités sont : les publications, la célébration dans la maison commune, l'admission du public à cette célébration, la présence de quatre témoins. Or l'omission des publications ne peut, d'après l'article 192, qu'entraîner une amende; quant aux autres formalités, on ne peut pas dire que l'omission de l'une d'elles suffira pour entacher le mariage de clandestinité, si d'ailleurs

l'accomplissement des autres en a procuré la publicité. Les juges auront donc à apprécier.

Mais il ne faut pas confondre le mariage secret, avec le mariage clandestin. Le mariage valablement contracté doit produire tous ses effets, quand même il aurait été tenu secret par les époux. Mais si les époux ont agi de manière à faire croire qu'ils n'étaient pas mariés, ils devront la réparation du préjudice qu'ils auront pu causer ainsi aux tiers (art. 1382).

155. La disposition générale de l'art. 193 montre que les juges pourront également exercer un pouvoir d'appréciation quand il s'agira de l'incompétence. Mais la difficulté est de comprendre comment ils pourront déterminer le caractère plus ou moins grave d'un fait tel que l'incompétence qui n'est susceptible ni de plus, ni de moins.

La difficulté n'est qu'apparente : la compétence à laquelle se réfèrent les art. 191, 193 et 165 n'est pas celle qui permet de désigner les fonctionnaires à qui la loi donne la mission d'officiers de l'état civil. Il n'y a pas à cet égard d'appréciation à faire. Ou l'on s'est marié devant un officier de l'état civil, ou devant une personne n'ayant pas cette qualité. Dans ce dernier cas le mariage est inexistant à raison de l'absence de l'officier de l'état civil; on ne peut pas dire qu'il est annulable pour incompétence de cet officier. La compétence dont parle nos articles, est celle qui détermine, entre les divers officiers de l'état civil, ceux auxquels les parties peuvent s'adresser pour faire célébrer leur mariage. Or, nous avons vu qu'il peut y avoir quelquefois quatre officiers différents compétents, attendu que le mariage pourrait être célébré dans quatre communes différentes. Il y a à cet égard des questions douteuses, controversées. Ainsi, un officier de l'état civil est-il compétent pour célébrer un mariage dans une maison particulière hors du territoire de sa commune, mais entre deux personnes ayant cependant leur domicile dans sa commune? Nous avons admis la négative. Supposons néan-

moins que cela ait eu lieu; comme la question est controversée, les tribunaux, tout en estimant que l'officier de l'état civil n'aurait pas dû agir ainsi, peuvent cependant, ainsi que le dit l'art. 193, *juger que cette contravention n'est pas suffisante pour faire prononcer la nullité du mariage.*

Le pouvoir discrétionnaire exercé par les tribunaux soit dans le cas d'incompétence, soit dans le cas de défaut de publicité suppose une appréciation souveraine des faits, aussi bien de ceux qui sont déjà connus (1), que de ceux dont la preuve est offerte par les parties (2).

156. L'art. 191 énumère les personnes à qui appartient le droit d'attaquer un mariage pour cause de clandestinité ou d'incompétence de l'officier de l'état civil. Ce sont les époux eux-mêmes, les ascendants, les tiers intéressés et le ministère public, c'est-à-dire les mêmes personnes qui pourraient faire valoir la nullité dans les cas d'impuberté, d'inceste et de bigamie.

Parmi les intéressés, il est à remarquer que l'on peut rencontrer les enfants des époux eux-mêmes. Ainsi, deux Français se sont mariés à l'étranger sans s'être conformés aux dispositions des art. 170 et 171 ; plus tard ayant reconnu un enfant naturel, et ayant quelques doutes sur la régularité de leur union, ils procèdent en France à la célébration d'un nouveau mariage, qui a pour conséquence la légitimation de leur enfant reconnu. Cette légitimation étant contestée à raison de l'existence du premier mariage contracté à l'étranger, l'enfant dont il s'agit a un intérêt matériel né et naturel à défendre son état d'enfant légitimé, et par conséquent a qualité pour se prévaloir de la nullité de la première union considérée comme entachée de clandestinité (3).

(1) Aix, 18 août 1870, S. 72, 2, 69.
(2) Cass. 20 déc. 1875, S. 76, 1, 160.
(3) Cass. 15 juin 1887, S. 90, 1, 446.

157. La nullité résultant de la clandestinité et de l'incompétence étant absolue n'est pas susceptible d'être couverte au moyen d'une ratification. Cependant puisque les juges ont un pouvoir d'appréciation d'après l'art. 193, en ce qui touche les conditions de publicité et de compétence, il est logique de reconnaître un pouvoir analogue aux intéressés. Les intéressés et les ascendants pourront donc apprécier eux-mêmes que les contraventions commises n'ont pas été asssez graves pour motiver de leur part une action en nullité. Cette appréciation qu'ils ont le pouvoir de faire, résultera notamment de leur inaction. Telle, du moins, paraît être la portée d'une décision rendue en termes équivoques dans une espèce qui soulevait une véritable question de publicité (1).

158. Les mariages annulables à raison d'une nullité absolue, dans les cas de bigamie, d'inceste, d'impuberté, de clandestinité et d'incompétence de l'officier public, se rapprochent, sous certains rapports, des mariages inexistants. Ainsi ils ne sont pas susceptibles de ratification ; l'action en nullité est, en général, imprescriptible (2), et toute personne intéressée peut agir. — Ces analogies ont fait confondre, bien à tort, ces deux situations pourtant bien distinctes.

Voici le *criterium* qu'il convient d'adopter pour éviter toute confusion :

Dans les cas d'un mariage annulable pour cause de nullité absolue il est à remarquer que les ascendants, à raison de leur intérêt d'affection, d'une part, et d'autre part le ministère public, sont investis d'un droit d'action pour faire prononcer cette nullité. Au contraire, dans les cas d'inexistence du mariage il est impossible de concevoir l'exercice quelconque d'un droit d'action de la part des ascendants ou du ministère public.

(1) Cass. 11 mai 1875, S. 75, 1, 295.
(2) Voy. Chambéry, 7 fév. 1885, D. 85, 2, 241.

En d'autres termes, un mariage annulable vaut tant qu'il n'est pas annulé par un jugement rendu à la suite d'une action en nullité. Or, c'est parce que la situation comporte l'exercice d'une action en nullité, que le législateur a pu accorder une telle action aux ascendants, à raison de leur intérêt d'affection, et au ministère public.

Mais quand il s'agit d'un mariage inexistant, la situation ne comporte jamais, de la part de personne, l'exercice d'une action en nullité. Il est danc impossible de concevoir comment les ascendants ou le ministère public trouveraient l'occasion d'agir.

Sans doute, en cas de difficulté, la justice, ainsi que nous l'avons reconnu plus haut (nos 21 et 22) devra intervenir pour *constater* qu'il n'y a pas mariage, mais elle n'interviendra jamais à l'occasion d'une action ayant pour but l'annulation du prétendu mariage. Ainsi, par exemple, un créancier assigne sa débitrice en paiement d'une somme d'argent à elle prêtée; cette dernière se défend en alléguant qu'elle n'a pas été autorisée de son mari. Le créancier réplique en soutenant que la défenderesse n'a jamais été mariée, parce que son prétendu mariage a manqué de l'un des éléments essentiels à son existence. Il faudra bien que les tribunaux prononcent sur cette question. Ils pourront donc constater que la défenderesse n'était pas mariée, mais ils ne pourront pas annuler son prétendu mariage; si un acte de célébration avait été dressé, ils pourront, *en constatant qu'il n'y a pas mariage*, déclarer que cet acte de célébration doit être considéré comme non avenu, mais ils ne pourront pas dire qu'ils annulent un mariage qui n'existe pas! Les conflits d'intérêts qui se produisent dans la vie pratique peuvent donc expliquer comment il se fait qu'un tiers se trouve dans le cas de conclure à ce qu'un tribunal constate que le mariage apparent de tel autre individu n'existe pas. Mais pour concevoir l'hypothèse, il faut admettre un conflit d'intérêts pécuniaires et non d'inté-

rêts moraux. Voilà pourquoi il est impossible de concevoir une situation dans laquelle un ascendant, à raison uniquement de son intérêt d'affection, aurait à faire constater que, malgré les apparences, le prétendu mariage d'un de ses enfants n'existe pas. Il n'y a pas de texte qui donne à l'ascendant ou au ministère public une pareille faculté. Le droit d'action ne leur est accordé que dans les cas de nullité absolue.

§ 3. — Du mariage putatif.

159. — Conséquences de l'annulation d'un mariage.
160. — Influence de la bonne foi ; mariage putatif, art. 201, 202.
161. — La théorie du mariage putatif s'applique-t-elle aux mariages inexistants ? — Solution négative.
162. — Etat de la jurisprudence sur la question.
163. — Effets du mariage putatif.
164. — Effets de l'annulation d'un mariage pour l'avenir.
165. — Effets pour le passé.
166. — Application en cas de bonne foi ; à l'égard des époux.
167. — A l'égard des enfants.
168. — A l'égard des tiers.
169. — Conclusions *subsidiaires* des parties tendant à faire reconnaître à un mariage le caractère putatif.
170. — Les tribunaux ne peuvent rendre une décision *subsidiaire*.

159. Quels sont les effets ordinaires de l'annulation d'un mariage, prononcée soit à raison d'une nullité relative, soit à raison d'une nullité absolue?

Il faut d'abord écarter la prétendue règle : *quod nullum est, nullum producit effectum*, qui n'a pas d'application dans l'espèce. Un mariage annulable existe, et tout ce qui existe est susceptible de produire des effets. Or l'annulation d'un mariage ne peut pas détruire, rétroactivement, le fait de l'union irrégulièrement contractée; elle peut seulement dépouiller ce fait du caractère juridique paraissant lui avoir appartenu jusqu'alors.

Il suit de là :

1° Que pour l'avenir, le mariage annulé ne peut produire aucun effet; ainsi :

Le droit aux aliments s'évanouit;

Le droit de succession réciproque (art. 767) disparaît;

2° Que pour le passé, les effets civils qui étaient la conséquence directe du caractère juridique de l'union annulée disparaissent; ainsi :

La légitimation n'appartiendra ni aux ci-devant époux, ni aux enfants;

L'alliance résultant du mariage annulé n'a jamais existé;

Les conventions matrimoniales n'auront pas les effets déterminés par le contrat;

La société de biens qui aurait pu avoir été établie, sera liquidée comme doit l'être toute société de fait;

Les donations faites soit par l'un des époux à l'autre, soit par les tiers aux époux ou à l'un deux, seront considérées comme non avenues (art. 1088);

3° Mais les effets qui dérivent uniquement du fait matériel du mariage annulé, lequel fait ne saurait être détruit, sont maintenus; ainsi :

L'état des enfants nés du mariage annulé, ainsi que celà résulte du fait de leur acte de naissance, demeurera légalement constaté, en ce sens que s'ils sont des enfants naturels simples ils seront considérés comme enfants naturels reconnus, et s'ils sont adultérins ou incestueux, que leur filiation sera prouvée, et qu'ils pourront en conséquence, réclamer des aliments (1);

Le mariage annulé fait obstacle à ce que la femme se remarie avant l'expiration du délai de dix mois depuis le jugement d'annulation (art. 228).

En toute hypothèse, celui des époux qui a trompé l'autre, en cachant l'empêchement qui s'opposait à la validité du

(1) DEMOLOMBE, *loc cit.*, n° 345; LAURENT, t. II, n° 438.

mariage, ou en dissimulant sont état, peut être condamné au paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant de l'annulation du mariage (1).

160. Tels sont les effets que produit l'annulation d'un mariage, d'une manière générale, en faisant abstraction de la bonne ou de la mauvaise foi des parties. Mais on comprend que la bonne foi des deux époux ou même de l'un d'eux, soit de nature à atténuer pour le passé, sinon pour l'avenir les conséquences rigoureuses que nous venons de décrire :

ART. 201. Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi (*).

ART. 202. Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage (**).

La loi a ainsi organisé un *mariage putatif*, c'est-à-dire, un mariage qui, malgré le vice dont il était atteint, existait néanmoins dans l'opinion des deux époux ou de l'un d'eux.

La bonne foi souverainement constatée par les juges du fond (2), peut résulter d'une erreur de fait; elle peut aussi résulter d'une erreur de droit (3); mais, dit-on, elle sera présumée dans le cas d'une erreur de fait et devra être prouvée dans le cas d'une erreur de droit. Cette distinction, quoique généralement reçue, ne repose sur aucun texte, et est repoussée par le droit commun d'après lequel tout plaideur doit établir la vérité de son allégation (4).

Les effets civils attachés à la bonne foi cesseront d'être produits à partir du moment où le jugement de nullité est prononcé, ainsi les enfants conçus postérieurement ne seront

(*) Art. 201. — L. 57 § 1, D. 23, 2, *De ritu nupt.*; L. 3, C. 5, 18, *Solut. matrim.* — Cap. 14, *Decret. Greg.*, 4, 17, *Qui filii sunt legit.*

(**) Art. 202. — *Ibid.*

(1) Alger, 26 mai 1879, S. 79, 2, 281; Rouen, 9 avril 1887, S. 2, 235.

(2) Cass. 25 mars 1889, S. 90, 1, 145.

(3) Lyon, 24 fév. 1881, D. 81, 2, 199.

(4) LAURENT, t. II, n° 506.

pas légitimes. Mais si la bonne foi des époux a cessé avant l'annulation, les effets civils cesseront-ils à partir du même moment ? Par exemple, l'enfant conçu entre la cessation de la bonne foi et le jugement sera-t-il légitime ou non ?

Le texte de l'art. 201 exige seulement que le mariage ait été contracté de bonne foi, et ne parle pas de sa continuation. Il est vrai que les époux ont eu tort de demeurer ensemble ; mais le législateur ne pouvait faire cesser les effets civils au moment même où la bonne foi a disparu ; c'est là un point impossible à vérifier, et il eût été inique de faire dépendre la légitimité des enfants d'une question de fait aussi difficile à éclaircir.

161. La théorie du mariage putatif s'applique aussi bien, nous l'avons dit, au cas où le mariage a été annulé par l'effet d'une nullité absolue, qu'à celui où il a été annulé par l'effet d'une nullité relative. Mais cette théorie doit-elle s'appliquer aussi au cas où le mariage était inexistant ?

Nous savons que le mariage est inexistant quand il lui a manqué un de ses éléments essentiels ; nous savons aussi que ces éléments essentiels sont :

La différence de sexe ;

Le consentement ;

La célébration devant l'officier de l'état civil.

La question est donc de savoir si un mariage inexistant à raison de l'absence d'un de ces trois éléments, peut néanmoins produire quelque effet civil à l'égard du prétendu conjoint qui aurait été de bonne foi ?

La question, après avoir été ainsi posée d'une manière abstraite, est ordinairement examinée par les auteurs à l'occasion d'une seule hypothèse, celle où le mariage n'a pas été célébré devant l'officier de l'état civil. Ensuite on généralise purement et simplement la solution affirmative ou négative qui a été adoptée. Nous procéderons différemment, et nous examinerons successivement la question à propos de chacun des éléments essentiels au mariage.

Le premier de ces éléments est la différence de sexe. Qui oserait soutenir que lorsque, par erreur, un mariage a été célébré entre deux personnes du même sexe, une pareille union doit produire des effets civils quelconques, par exemple, qu'il y aura eu communauté légale entre les prétendus époux?.... Inutile d'insister.

Le second élément essentiel, c'est le consentement. Supposons que le consentement ait été absolument absent. C'est, par exemple, un idiot qui a figuré dans la cérémonie d'un mariage, et qui a été dressé à répondre machinalement : *oui*. Remarquons d'abord qu'une telle hypothèse est exclusive de la bonne foi de l'autre partie qui a dû nécessairement s'apercevoir de l'état mental de l'idiot. Mais on pourra vouloir poser la question en faveur de l'idiot lui-même, qui aurait intérêt, par exemple, à soutenir qu'il y a eu communauté. Pourrait-on dire qu'il a été de bonne foi? Cela serait absurde. Pour qu'il y ait bonne foi, *bona fides*, il faut d'abord qu'il y ait *fides*. Or, dans l'espèce, il n'y a *fides* d'aucune sorte, ni bonne ni mauvaise. L'idiot est allé devant l'officier de l'état civil comme il aurait accompli une fonction vitale quelconque. La loi dit que lorsqu'il n'y a pas de consentement, il n'y a pas mariage (art. 146). Puisqu'il n'y a pas mariage, il ne saurait y avoir mariage putatif.

Le troisième élément essentiel, c'est la célébration devant un officier de l'état civil. Supposons qu'elle n'ait pas eu lieu : ainsi, une jeune fille croit de bonne foi que l'on peut se marier en faisant un acte sous-seing privé, ou en comparaissant devant un huissier, un notaire, un prêtre (1); il est impossible de voir là les éléments sérieux d'un mariage; les apparences même n'existent pas. On fait quelquefois intervenir le sentiment en pareille matière. Ainsi, dit-on, l'étrangère appartenant à un pays dans lequel le mariage est vala-

(1) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 354.

blement contracté, même au civil, devant un prêtre catholique (comme en Espagne), et à laquelle on a facilement persuadé qu'il en est de même en France, sera-t-elle donc, une fois mariée dans ces conditions, moins digne d'intérêt, son erreur sera-t-elle moins excusable que celle d'une Française qui a épousé son oncle, croyant que la loi civile autorise ce mariage (1)? Pour qu'un tel raisonnement eût une valeur quelconque, il faudrait qu'il fût vrai, appliqué à une Française; c'est parce qu'on sent qu'il ne l'est pas qu'on introduit une Espagnole dans l'hypothèse. Autant vaudrait, alors, admettre la prétendue bonne foi de la fille qui, après avoir cédé à son séducteur, offrirait de prouver qu'elle croyait que les mariages se contractaient en France *solo consensu*, comme dans l'État de New-York!....

L'erreur du système que nous repoussons repose sur cette conception arbitraire, que la seule condition requise par la loi pour qu'il y ait mariage putatif, c'est la bonne foi des parties ou de l'une d'elles. Or, le texte de l'art. 201 dit tout autre chose; pour qu'il y ait un mariage putatif il exige :

1° Un mariage;

2° Un mariage qui ait été déclaré nul, c'est-à-dire à l'égard duquel on puisse concevoir l'exercice d'une action en nullité, et non une de ces situations innomées pouvant tout au plus fournir l'occasion de constater qu'il n'y a pas mariage;

3° La bonne foi, qui permet au mariage annulé de se survivre en quelque sorte à lui-même dans ses effets civils.

162. La jurisprudence, sur le point qui nous occupe, manque de précision, car la difficulté à résoudre n'est pas discutée dans les arrêts (2). Ainsi, à propos de mariages contractés devant un conseiller municipal irrégulièrement délégué, on avait admis que de tels mariages, en les suppo-

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 547.
(2) Voy. LAURENT, t. II, n° 515.

sants nuls, c'est-à-dire inexistants, devaient tout au moins produire des effets civils comme mariages putatifs (1); le ministère public soutint plus tard qu'ils pouvaient être validés en vertu de la maxime *error communis facit jus*, et finalement la Cour de cassation reconnut qu'ils n'étaient pas entachés de nullité (2) (Voy. t. Ier, nº 310).

La Cour d'Alger a jugé que le mariage contracté devant le cadi par un musulman naturalisé français est nul. C'est un cas d'inexistence à raison de l'absence de célébration devant un officier de l'état civil. Mais l'arrêt ajoute que la bonne foi de la femme musulmane qui croyait se marier valablement suivant son statut personnel assure à ce mariage les effets d'un mariage putatif (3). Ce qui caractérise l'espèce et peut légitimer la décision, c'est que le cadi était réellement, vis-à-vis de la femme, investi de la qualité d'officier de l'état civil. Il y a là un *jus singulare*, dérivant de la situation particulière faite à certains sujets français demeurés soumis à leur statut personnel; par conséquent la décision de la Cour d'Alger ne saurait tirer à conséquence, ni être invoquée contre la solution qui limite aux mariages annulables l'application des art. 201 et 202.

163. Le mariage putatif doit, d'une manière générale, produire les mêmes effets civils qu'un mariage valable qui serait actuellement dissous. Mais quel est le procédé que le législateur a adopté pour obtenir un tel résultat? Certains auteurs admettent que le législateur a procédé par voie de fiction, et M. Laurent a plusieurs fois émis cette idée (4). La fiction consisterait donc à considérer *comme ayant existé* un mariage qui, en réalité n'aurait jamais eu une existence valable. Mais d'un autre côté les mêmes auteurs, et M. Laurent lui-même,

(1) Trib. civ. Seine, 23 fév. 1883, D. 83, 2, 49.
(2) Cass. 7 août 1883, D, 84, 1, 5.
(3) Alger, 26 mai 1879, S. 79, 2, 281.
(4) *Loc. cit.*, nºs 502, 509, 511, 512.

déclarent que les actes annulés par le juge *sont censés n'avoir jamais existé* (1). Par conséquent, dans le cas d'annulation, c'est par l'effet d'une fiction inverse que l'acte annulé serait considéré *comme n'ayant pas existé*. Ces idées sont évidemment inconciliables entre elles. La vérité est que le législateur n'a pas eu à recourir à une fiction pour édifier la théorie du mariage putatif.

Le mariage annulable a existé réellement et légalement, et non en vertu d'une fiction, jusqu'au moment où il a été annulé. Pendant la durée de cette existence réelle, il a réellement produit des effets civils, et a, en même temps, engendré des expectatives.

164. Quand l'annulation est prononcée, le mariage ne peut évidemment produire aucun effet à partir de ce moment. Les parties sont dépouillées à l'instant même de la qualité d'époux, et des avantages attachés à cette qualité. La bonne foi des époux ou de l'un d'eux ne saurait exercer aucune influence sur ce résultat de l'annulation;

Donc le droit de succession réciproque demeure perdu, ainsi que le droit de réclamer des aliments (2). Une Cour a jugé, il est vrai, que l'époux dont le mariage a été annulé pour cause de bigamie de son conjoint peut obtenir une pension alimentaire (3), mais il semble que la Cour a voulu plutôt accorder des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé, qu'appliquer le principe de la dette alimentaire entre époux.

L'annulation d'un mariage fait donc évanouir les simples expectatives que ce mariage avait pu faire concevoir et c'est précisément pour repousser une solution aussi naturelle

(1) *Loc. cit.*, n° 437; *Adde*, BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 542; DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 347.

(2) Alger, 26 mai 1879, S. 79, 2, 281.

(3) Rouen, 9 avril 1887, S. 87, 2, 235.

qu'on a voulu voir dans le mariage putatif une fiction dont il serait facile d'élargir le domaine (1).

165. Mais en ce qui concerne les effets déjà produits antérieurement à l'annulation du mariage, la solution doit être différente; ces effets sont une réalité et la loi n'a pas besoin de recourir à une fiction pour les maintenir. La loi les conserve et peut les conserver, malgré l'annulation du mariage qui les a produits, par la raison toute naturelle que lorsqu'un effet a été produit, il peut survivre à sa cause.

166. Ces principes étant posés il est facile d'en faire l'application à l'égard des époux, des enfants et des tiers.

Si les époux sont tous deux de bonne foi, leurs conventions matrimoniales sont maintenues; leurs droits respectifs sur la communauté et sur leurs biens personnels sont liquidés eu égard à l'état des choses au moment du jugement d'annulation;

Les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage, ou pendant le mariage, auront leur effet;

Ils conservent jusqu'au moment du jugement d'annulation le droit de succession réciproque établi par l'art. 767; si donc l'un des conjoints vient à mourir avant que la nullité soit prononcée, sans parents au degré successible, ni enfants naturels, l'autre conjoint pourra lui succéder.

Enfin la puissance paternelle et l'usufruit légal qui y est attaché continueront même après le jugement qui prononcera la nullité.

La circonstance qui permet de conserver aux époux, dans les cas ci-dessus, les avantages dont il s'agit, c'est que les effets auxquels ces avantages sont attachés, se sont produits normalement, et sont en quelque sorte entrés dans le patrimoine des conjoints. Mais il n'en est pas de même, pour l'avenir, du droit de succession, qui suppose la persistance de la qualité d'époux au moment de son ouverture.

(1) LAURENT, *loc. cit.*, nos 510, 511.

Si un seul des époux est de bonne foi, le mariage ne produit les effets civils qu'en sa faveur, et non en faveur de l'époux de mauvaise foi. Ainsi, l'obligation alimentaire persistera au profit de l'époux de bonne foi (1).

Le même mariage sera donc nul d'un côté et valable de l'autre. Il n'est pas nécessaire de recourir à l'idée de fiction pour expliquer une singularité dérivant forcément de ce que, dans le droit appliqué, toutes les situations sont relatives.

Par conséquent, l'époux de bonne foi conserve seul sur la personne de ses enfants le droit de puissance paternelle et la jouissance légale qui y est attachée; de même qu'il aura seul le droit de succession à leur égard.

Il pourra demander l'exécution pure et simple des conventions matrimoniales; mais il pourra, s'il le préfère, demander que la situation soit liquidée conformément au droit commun de la société ou de la communauté, sans pouvoir d'ailleurs diviser sa prétention.

L'époux de bonne foi peut demander l'exécution des donations à lui faites par son conjoint dans le contrat de mariage, sans être tenu d'exécuter celles qu'il a faites lui-même, quand même les donations auraient été stipulées réciproques.

Dans toutes les hypothèses précédentes, le droit était déjà né dans la personne de l'époux de bonne foi quand le mariage a été annulé; c'est pour ce motif que le droit a pu être conservé.

167. Le mariage putatif produit également tous les effets d'un mariage valable à l'égard et au profit des enfants qui en sont issus.

Les enfants sont toujours légitimes à l'égard des deux époux, même à l'égard de l'époux de mauvaise foi auquel ils pourront succéder; ils succéderont aussi, sans distinction, aux parents de leurs père et mère; ils auront droit à des aliments (art. 203) et à une réserve (art. 913).

(1) Rouen, 9 avril 1887, S. 87, 2, 235.

Le mariage putatif légitime-t-il les enfants naturels simples que les époux auraient eu d'un commerce antérieur à la célébration du mariage, et qu'ils auraient reconnus?

Cette vieille difficulté doit être tranchée dans le sens de l'affirmative, nonobstant les expressions purement énonciatives de l'art. 202 qui, en parlant des *enfants issus du mariage*, n'a pas eu pour but et ne saurait avoir pour effet d'exclure les autres, et de restreindre ainsi sans motifs, la portée générale de l'art. 201. S'il en était autrement, le mariage putatif ne produirait pas tous ses effets en faveur du conjoint de bonne foi qui avait le droit de se croire devenu père légitime d'enfants à qui il pourrait adresser des libéralités dans les limites de la quotité disponible ordinaire, et non d'enfants privés de la capacité de recevoir cette même quotité (art. 908).

168. A l'égard des tiers, le mariage putatif doit produire également tous les effets d'un mariage valable. Ainsi :

La femme est soumise à la nécessité de l'autorisation maritale ou de justice (art. 225, 1125); et pourrait invoquer son hypothèque légale contre les tiers ayant traité avec son mari (art. 2121).

Les donations faites par des tiers dans le contrat de mariage seront maintenues sans difficulté vis-à-vis de l'époux de bonne foi. On peut même soutenir qu'elles seront également maintenues vis-à-vis de l'époux de mauvaise foi, parce que les donations par contrat de mariage sont faites en faveur du mariage, et non pas seulement en faveur de l'époux donataire. Du moins, ces donations profiteront aux enfants issus du mariage, en tant qu'elles auront pour objet des biens à venir, ou des biens présents et à venir, puisque en pareille hypothèse les enfants sont eux-mêmes donataires (art. 1082, 1084, 1086, 1089).

La donation faite par l'époux à un tiers avant le mariage putatif sera-t-elle révoquée par la survenance d'un enfant issu de ce mariage? Oui, si le conjoint donateur était de

bonne foi; non dans le cas contraire. La révocation pour cause de survenance d'enfants étant en effet uniquement admise dans l'intérêt du donateur, les enfants n'ont aucun droit personnel et direct à la faire prononcer ou à en profiter, et l'époux de mauvaise foi ne peut la réclamer, car il profiterait alors de l'un des effets du mariage.

169. Voyons maintenant dans quelles conditions de procédure un tribunal pourra être amené à reconnaître à un mariage le caractère de putatif.

Il résulte d'abord des termes de l'art. 201 que c'est seulement à suite d'une instance en nullité d'un mariage, suivie d'un jugement prononçant la nullité de ce même mariage.

Les défendeurs à l'action en nullité concluent naturellement à ce que le tribunal déclare valable le mariage attaqué; lorsqu'ils veulent plaider à toutes fins, ils concluent subsidiairement à ce que le tribunal, vu la bonne foi des parties, ou de l'une d'elles, déclare tout au moins que le mariage produira ses effets civils en faveur des époux ou de l'époux de bonne foi, et des enfants issus du mariage.

Ces conclusions subsidiaires, qui tendent en définitive à faire admettre la validité *partielle* du mariage, sont implicitement contenues dans les conclusions principales qui ont trait à la validité *complète;* aussi pensons-nous que, quand même de telles conclusions n'auraient pas été spécialement prises par les défendeurs, les juges auraient cependant le droit de déclarer que le mariage par eux annulé produira ses effets comme putatif.

Mais d'un autre côté, si les parties n'ayant pas pris de conclusions subsidiaires, les juges se sont bornés à annuler purement et simplement le mariage, les ci-devant conjoints ne pourraient pas introduire une action spéciale tendant à faire déclarer que le mariage annulé aura le caractère de mariage putatif. Cette action, en effet, tendrait à remettre

en question ce qui a été jugé, car il a été jugé que le mariage attaqué n'était valable à aucun point de vue.

170. Les parties qui plaident devant des juges appréciateurs souverains des points de fait, ne se mettent pas en contradiction avec elles-mêmes, lorsqu'après avoir conclu à la validité d'un mariage, elles concluent subsidiairement à ce que ce mariage soit, au moins, reconnu comme putatif. Mais les tribunaux ne peuvent pas rendre des décisions subsidiaires et mettre ainsi en doute la vérité de leur propre jugement sur le principal; ainsi, après avoir reconnu la validité d'un mariage, ils ne pourraient pas, *surabondamment*, le déclarer putatif. Le cas s'étant présenté, la Cour de cassation a décidé qu'il n'y avait pas indivisibilité entre le chef de l'arrêt qui reconnaît la validité du mariage, et le chef qui déclarait ce mariage putatif, en conséquence elle a cassé sur le premier chef, et n'a pas cassé sur le second (1). Cette solution est inadmissible; l'indivisibilité n'avait rien à faire dans la question. La Cour d'appel avait épuisé ses pouvoirs en déclarant valable le mariage attaqué; elle les avait dépassés en déclarant *surabondamment* que le même mariage serait putatif.

§ 4. — Preuve de la célébration des mariages.

171. — De la possession d'état dans l'ancien droit, avant l'ordonnance de 1579.
172. — Depuis 1579 un acte de célébration est nécessaire pour faire preuve d'un mariage, art. 194;
173. — Même dans le cas de possession d'état, art. 195.
174. — Si l'acte de célébration est irrégulier, la possession d'état purge l'irrégularité, art. 196.
175. — Raisons de douter de la légitimité de cette solution.
176. — Véritable portée de l'art. 196.
177. — Objection réfutée.
178. — Limites de la fin de non-recevoir tirée de l'art. 196.
179. — Exception aux règles ci-dessus en cas de décès des deux époux, art. 197.
180. — Si le survivant des époux est mort après le jugement de

(1) Cass. 25 mars 1889, S. 90, 1, 145 et note VI de M. Labbé.

1re instance, le moyen pourra-t-il être invoqué en appel ?

181. — Dans le cas de l'art. 197, les questions de validité du mariage demeurent entières.

182. — Autre exception en cas de preuve d'une célébration de mariage dérivant d'une procédure criminelle, art. 198.

183. — De l'action à suite de laquelle la preuve d'un mariage est acquise, et des personnes à qui elle appartient, art. 199.

184. — Devant qui l'action est portée.

185. — Spécialement en cas de décès de l'auteur de la fraude, art. 200.

186. — Effet de la transcription du jugement sur les registres de l'état civil.

171. Autrefois, avant que l'ordonnance de Blois de 1579 eût rendu obligatoire, dans une certaine mesure, la rédaction par les curés, constitués gardiens de l'état civil, d'un acte de mariage inscrit sur les registres des paroisses, la preuve des mariages pouvait être administrée de toutes les manières ; elle résultait notamment de ce qu'on appelait et de ce qu'on appelle encore aujourd'hui : la *possession d'état*.

La possession d'état, en cette manière, est la situation dont jouissent deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, qui ont été acceptés comme tels par la société, et ont porté un nom commun, la femme empruntant celui de l'homme (*nomen*, *tractatus*, *fama*). Avant 1579 les mariages étaient le plus ordinairement prouvés par la simple possession d'état ; de sorte qu'il y avait alors des mariages présumés, tenus pour constants jusqu'à preuve du contraire. Mais à partir de l'ordonnance de 1579 il n'en fut plus ainsi, et la possession de l'état d'époux légitime n'engendra plus une présomption de célébration du mariage. Il fallut nécessairement présenter un acte de cette même célébration régulièrement dressé par l'officier de l'état civil.

172. Le Code a consacré des principes identiques :

ART. 194. Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil ; sauf les cas prévus par l'art. 46 au titre des actes de l'état civil (*).

(*) Art. 194. — Contr. LL. 9, 13, C. 5, 4, *De nupt.*

Parmi les cas prévus par l'art. 46, se trouve d'abord celui de la non-existence des registres, lequel peut s'étendre au cas où les registres ont été si mal tenus, qu'on ne peut aucunement avoir confiance dans l'exactitude de l'officier de l'état civil. Leur perte partielle pourra être assimilée à la perte totale; car la disparition des feuillets nécessaires pour la constatation d'un acte, équivaut, pour cet acte, à la perte totale des registres.

Si le père et la mère sont vivants, on les consultera comme témoins; s'ils sont décédés, on pourra avoir égard à leurs registres et papiers domestiques. Si le juge se défiait de la déposition des père et mère il pourrait en effet demander la production des papiers domestiques. Ces documents remontant à une époque plus ou moins ancienne, ne pourraient être suspectés d'avoir été préparés pour les besoins du moment.

173. L'art. 194 prévoit en définitive le cas d'un individu qui prétend au titre d'époux, sans qu'aucune circonstance particulière le distingue du premier venu; il est tout naturel d'exiger de lui un acte de célébration du mariage. Mais fallait-il maintenir la même exigence vis-à-vis de celui qui, jouissant déjà de la possession d'état d'époux, n'est plus le premier venu? Ne fallait-il pas, à raison de cette circonstance, le dispenser de produire un acte de célébration? Non :

ART. 195. La possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront respectivement, de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil (*).

Comment expliquer cependant cette exclusion de la possession d'état comme preuve du mariage? La possession d'état n'est-elle pas la preuve la plus manifeste, le témoignage le plus évident du mariage? Cela est vrai de la possession d'état envisagée dans sa conception théorique et abstraite. Mais la possession d'état elle-même doit être prouvée; or, elle ne peut être établie que par le témoignage de personnes

(*) Art. 195. — Cont. LL. 9, 10, C. 5, 4, *De nupt.*

affirmant avoir entendu dire, ou déclarant qu'elles estimaient elles-mêmes, comme tout le monde, que les individus dont on s'occupe étaient légitimement mariés. En d'autres termes la possession d'état n'est en réalité prouvée que par la *commune renommée* (*fama*), c'est-à-dire par le mode de preuve le plus vague et le plus inconsistant qu'on puisse imaginer. D'un autre côté, l'objet de cette preuve est lui-même *équivoque*, car à côté du mariage légitime, il y a la *contrefaçon du mariage*, ou mariage libre, c'est-à-dire le concubinage. L'opinion publique peut aisément se tromper sur ce point, surtout dans les grandes villes. C'est à cause de ces inconvénients que le législateur de 1579 a cru devoir prescrire la rédaction d'un acte de mariage, car dans une matière aussi grave, on ne peut, ainsi que le disait d'Aguesseau, prendre la renommée comme juge et le bruit public comme témoin.

Par conséquent, si un acte régulier de mariage est représenté, le mariage est prouvé et on n'a pas besoin de vérifier la possession d'état; si au contraire il n'est pas représenté un acte de mariage, c'est en vain que la possession d'état serait alléguée.

174. Il peut cependant arriver que les parties présentent un acte de mariage irrégulier et qu'elles invoquent en même temps la possession d'état. Dans ce cas la possession d'état, qui ne saurait remplacer l'acte de mariage lorsque cet acte n'existe pas, ne pourrait-elle pas avoir pour effet de corroborer en quelque sorte cet acte insuffisant de manière à rendre irrecevable, au moins entre les époux, toute critique de l'acte lui-même? Telle est, semble-t-il, la pensée qui se trouve exprimée dans l'article suivant :

ART. 196. Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte.

C'est qu'en effet l'hypothèse envisagée se rapproche beaucoup de celles dans lesquelles la loi admet la preuve testimo-

niale avec un commencement de preuve par écrit. L'acte irrégulier qui, par lui-même, serait impuissant à faire preuve du mariage, opère comme s'il constituait un commencement de preuve par écrit, et la partie intéressée invoque, pour compléter ce commencement de preuve, la possession d'état qui ne peut être établie que par une preuve testimoniale. L'acte irrégulier donne à la possession d'état la précision qui lui manque, et la possession d'état, à son tour, purge le vice de l'acte irrégulier.

175. Une interprétation aussi rationnelle de l'art. 196 aurait été adoptée sans difficulté, si elle n'avait provoqué l'objection suivante :

Aucune des énonciations que doit contenir l'acte écrit du mariage n'est requise par la loi à peine de nullité ; donc il ne peut jamais, à proprement parler, être question de nullité d'un acte de mariage ; le mariage peut donc être prouvé par un acte irrégulier ; dès lors, il n'a pas besoin du secours de la possession d'état. Il faut donc chercher une autre explication de l'art. 196.

En conséquence on a soutenu que l'art. 196 en parlant d'un *acte de célébration* entendait le mot *acte* dans le sens de *negotium actum*, et l'employait en le rapportant au *fait même* de la célébration du mariage. On ajoutait : quels sont les vices qui peuvent affecter de nullité le fait de la célébration du mariage ? Ce sont : 1° la clandestinité ; 2° l'incompétence de l'officier civil. Or l'art. 196 a précisément pour but de déclarer que la possession d'état a pour résultat de couvrir l'un et l'autre de ces deux vices (1).

Mais il est contraire à toute évidence que l'art. 196 ait voulu se référer au *fait même* de la célébration. L'art. 194 a commencé par dire que le mariage ne peut être prouvé que par la représentation d'un *acte de célébration inscrit sur les re-*

(1) DEMOLOMBE, *Mariage*, n° 327 ; Paris, 24 avril 1874, D. 75, 2, 9.

gistres de l'état civil; l'art. 195 continue en disant que la possession d'état ne dispense pas les prétendus époux de représenter cet *acte de célébration;* mais, ajoute l'art. 196, lorsque cet acte de célébration est *représenté* et qu'il est *nul*, la possession d'état, si elle existe, ne permet pas aux époux d'invoquer l'un contre l'autre cette nullité. Il est donc certain qu'il s'agit ici de *l'acte écrit* et non du *fait même* de la célébration, et par conséquent il ne saurait, en aucune façon, être question de clandestinité ou d'incompétence. L'art. 196 ne peut donc avoir eu pour but de déclarer que ces deux vices seraient couverts par la possession d'état.

176. Quelle est donc la véritable portée de l'art. 196? — Nous pensons que cette disposition a pour but d'empêcher des procédures captieuses qui auraient pour résultat final de faire disparaître la preuve du mariage.

Du moment, en effet, qu'il est admis par l'art. 195 que la possession d'état toute seule est insuffisante pour prouver le mariage, et que les prétendus époux ne sont jamais dispensés de représenter l'acte écrit, voici ce qui aurait pu arriver :

Deux personnes se sont mariées dans des conditions parfaitement régulières, et un acte de mariage a été dressé. Les époux demeurent ensemble pendant quelque temps, de sorte qu'ils ont à la fois, et la possession d'état et leur acte de mariage. Mais l'un des conjoints, fatigué de cette union, ne veut pas la reconnaître, attendu qu'il a remarqué que l'acte dressé par l'officier de l'état civil ne contient pas toutes les énonciations requises par l'art. 76. Ainsi, par exemple, cet acte ne relate pas le consentement de l'une ou de l'autre des parties. En conséquence, le conjoint dont nous parlons cherche à contracter une nouvelle union; l'autre conjoint fait opposition alléguant l'existence d'un premier mariage. Mais voici ce que lui répondra le conjoint de mauvaise foi : vous ne pouvez prouver le mariage allégué qu'en produisant l'acte de célébration conformément à l'art. 194; or l'acte que vous pro-

duisez est irrégulier, il ne relate pas notre consentement; il il ne peut donc servir de preuve et doit être mis de côté. Que reste-t-il? La possession d'état, et rien que la possession d'état; or, d'après les art. 194 et 195, la possession d'état toute seule ne prouve rien. Donc notre prétendue union ne pouvant être prouvée est à considérer comme n'existant pas, et je puis en contracter une autre. Voilà ce que pourrait dire l'époux de mauvaise foi si l'art. 196 n'existait pas. C'est pour empêcher qu'un pareil raisonnement puisse se produire que l'article 196 a été rédigé. Cet article signifie donc, nous l'avons avancé, que lorsqu'un acte de mariage n'est pas régulier, parce qu'il ne contient pas toutes les énonciations prescrites par la loi, la possession d'état efface cette irrégularité, et c'est tout naturel.

177. Reste l'objection tirée de ce que l'art. 196 suppose que l'acte de célébration est entaché de nullité, et que l'art. 76 ne prononce aucune nullité pour le défaut des énonciations qu'il prescrit.

La réponse est facile : malgré le silence de l'art. 76 qui ne prononce pas de nullité, il y a cependant des énonciations *substantielles* au point que leur omission empêcherait l'acte d'exister. Autrement il faudrait aller jusqu'à dire que toutes les énonciations voulues peuvent manquer à la fois sans que l'acte soit nul. Aussi tout le monde reconnaît que l'omission des énonciations substantielles entache l'acte de nullité, et le rend impropre à servir de preuve. L'unique question à résoudre est donc celle de savoir quelles sont les énonciations substantielles, et quelles sont celles qui ne le sont pas. Or, il est certain que les énonciations relatives au nom des parties, à leur consentement réciproque, à la prononciation de l'union par l'officier de l'état civil... sont substantielles. — Si l'une de ces énonciations manque, l'acte est insuffisant pour faire preuve; le mariage devrait donc être considéré comme inexistant. Mais cette conclusion eût été excessive à l'égard

de conjoints qui depuis longtemps vivent ensemble. Voilà donc qu'un oubli d'une ligne, de la part de l'officier de l'état civil, va détruire la preuve de leur union, d'ailleurs parfaitement régulière, sans qu'ils puissent justifier de leur union d'une autre manière! — Cela n'eût pas été tolérable. On a considéré tout naturellement que la possession d'état dont jouissent les époux prouve bien que leur mariage a été célébré, et que l'irrégularité de l'acte tient à un oubli dont ils ne sont pas responsables. Ainsi donc, la possession d'état d'une part, et d'autre part l'acte irrégulier qui, en eux-mêmes, et séparés seraient insuffisants pour prouver le mariage, deviendront suffisants s'ils sont réunis (1).

178. Mais la loi n'a entendu régler, par l'art. 196, qu'une difficulté relative à une question de preuve. La fin de non-recevoir qu'elle édicte se rapporte aux nullités de l'*acte* de mariage, et non aux nullités du mariage lui-même. Par conséquent la possession d'état, même jointe à un acte régulier, ne pourrait couvrir ni le vice résultant de la clandestinité, ni le vice résultant de l'incompétence (2), moins encore les vices résultant de l'inceste ou de la bigamie.

Les auteurs font en général remarquer que la fin de non-recevoir résultant de la possession d'état n'est opposable que par l'un des époux à l'autre. Le texte en effet dit seulement que *les époux seront respectivement non recevables* à s'en prévaloir. Toute autre partie intéressée pourrait donc, nonobstant la possession d'état des prétendus époux, attaquer utilement l'acte irrégulier de célébration qu'on lui oppose. La raison qu'on donne pour justifier une telle solution, c'est que la possession d'état étant l'œuvre des époux eux-mêmes, on comprend que le législateur ne lui ait pas attribué autant

(1) DEMANTE, t. Ier, n° 278; LAURENT, t. III, n° 7; — Cass. 26 juillet 1865, D. 65, 1, 49.

(2) Trib. civ. Seine, 2 juillet 1872, S. 72, 2, 248.

d'effet contre les tiers que contre les époux. Mais il n'est pas vrai que la possession soit uniquement l'œuvre des époux eux-mêmes, elle est aussi l'œuvre de la famille et de la société. Aussi croyons-nous qu'on a attaché trop d'importance à l'expression *respectivement* employée par le législateur qui s'en est servi uniquement pour montrer que le mari aussi bien que la femme, la femme aussi bien que le mari, pourraient invoquer la fin de non-recevoir tirée de la possession d'état. Il n'est pas admissible que la loi ait voulu, par le même texte, déclarer les époux liés entre eux irrévocablement à raison de leur possession d'état, et cependant perpétuellement menacés de la nullité de leur union (1).

179. Il n'y avait aucune difficulté à exiger des époux la production de leur acte de mariage, car ils ne peuvent ignorer le lieu où a été célébré leur mariage, et dès lors il leur est toujours possible de se procurer un extrait des registres de l'état civil. Il n'y a pas non plus de difficulté à exiger la même production de la part des enfants, lorsque leur père ou leur mère vit encore, car les enfants pourront, le cas échéant, se renseigner auprès du survivant. Il n'en est plus ainsi lorsque le père et la mère sont décédés l'un et l'autre. Les enfants peuvent ne pas savoir dans quelle commune l'union de leurs auteurs a été célébrée, et dès lors se trouver dans l'impossibilité de se procurer l'acte de célébration. La loi devait donc prévoir et régler une telle situation :

ART. 197. Si néanmoins, dans le cas des art. 194 et 195, il existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance.

Voilà donc une première exception apportée au principe que le mariage se prouve par l'acte de célébration. Le ma-

(1) MOURLON, t. Ier, no 711, p. 367, note 2.

riage des père et mère pourra être prouvé par la possession d'état, si les quatre conditions suivantes sont remplies; il faut :

1° Que les père et mère soient tous deux décédés;

2° Qu'ils aient eu la possession d'état d'époux légitimes;

3° Que les enfants eux-mêmes aient eu la possession d'état d'enfants légitimes;

4° Que cette possession d'état ne soit pas contredite par leur acte de naissance, que les enfants ne sont pas d'ailleurs tenus de représenter.

L'art. 197 est une dérogation, justifiée d'ailleurs, au système général du Code en matière de preuve du mariage. Mais enfin c'est une dérogation qui n'a pu être admise, pour le cas prévu, celle du décès des père et mère, qu'en vertu d'un texte formel qui n'existe pas pour des cas aussi favorables, celui où les père et mère sont, à raison de leur démence ou de leur absence, dans l'impossibilité de renseigner les enfants sur le lieu de leur mariage. Cependant, les auteurs admettent en général que l'esprit de la loi commande d'assimiler l'absence ou la démence des époux à leur décès. Mais il ne serait pas possible d'étendre l'art. 197 à l'hypothèse où l'un des parents étant décédé, le survivant sain d'esprit et présent viendrait à nier l'existence du mariage, par exemple, pour écarter l'enfant du partage de la communauté.

180. Aussi longtemps que l'un des auteurs de l'enfant existera, le mariage ne pourra donc être prouvé que par la production d'un acte de célébration. L'enfant qui a intérêt à introduire une demande en réclamation de légitimité du vivant de l'un de ses auteurs, doit donc être prêt, si le mariage de ses auteurs est contesté, à présenter l'acte de célébration, sinon, les défendeurs pourront opposer à sa demande une fin de non-recevoir tirée du défaut de représentation de cet acte. Remarquons que, dans une telle hypothèse, le demandeur qui pourrait se renseigner auprès de son auteur

encoré vivant, rend bien suspecte sa prétention au titre d'enfant légitime, en ne produisant pas le document qu'on lui réclame. Quoi qu'il en soit, supposons que le demandeur se laisse condamner, faute par lui d'avoir prouvé le mariage de ses père et mère au moyen d'un acte de célébration; l'auteur survivant décède ensuite dans l'intervalle qui sépare le jugement de l'expiration du délai d'appel; et l'enfant s'empresse alors de faire appel, et se prévaut devant les juges d'appel du décès de ses auteurs pour invoquer l'art. 197 et prouver, par conséquent, à l'aide de la possession d'état, un mariage que, devant les premiers juges, il aurait dû prouver par la production d'un acte de célébration. Il a été jugé que cette tactique devait réussir, attendu qu'il y avait dans l'espèce non point une demande nouvelle, mais un moyen nouveau qui pouvait, pour la première fois, être produit utilement devant la Cour d'appel (1). Les moyens nouveaux sont, en général, des moyens qui auraient pu être produits en première instance, mais qui ne l'ont pas été par oubli, ignorance, etc. Il peut cependant arriver qu'il existe des moyens nouveaux résultant de circonstances survenues depuis le jugement, et qui, par conséquent, ne pouvaient être produits devant les premiers juges (2). La décision précitée fait une application de cet aperçu fort contestable.

181. Dans les cas où l'art. 197 doit recevoir son application, *la légitimité des enfants*, d'après le texte, *ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration*, formule qui laisse sous-entendre que cette légitimité pourra être contestée pour d'autres motifs.

Le sens de la loi est facile à dégager : il s'agit d'enfants qui se trouvent dans l'impossibilité de produire l'acte de célébration du mariage de leurs auteurs. L'existence même

(1) Metz, 2 mars 1870, D. 70, 2, 166.
(2) CHAUVEAU-CARRÉ, *Lois de la procédure*, t. IV, q. 1677, 5°.

de ce mariage se trouve mise en question. Mais les enfants font toutes les justifications exigées par l'art. 197; dès lors l'existence du mariage ne peut plus être mise en question. La présomption qui résulte de l'art. 197 remplace l'acte de célébration; les enfants sont mis dans la même condition que s'ils présentaient un acte de célébration régulier, leurs adversaires ne pourraient jamais être admis à prouver que le mariage n'existe pas. — La question d'*existence* du mariage se trouve donc ainsi définitivement tranchée. Mais la question de sa *validité* pourra être soulevée par les intéressés, qui pourront, par exemple, soutenir que le mariage dont il s'agit est annulable pour cause de bigamie ou d'inceste.

182. Le législateur devait prévoir une nouvelle exception à la règle que le mariage se prouve par l'acte de célébration.

On peut concevoir en effet que la preuve légale d'un mariage ait été détruite par un fait coupable prévu et puni par la loi pénale; que ce fait ait donné lieu à une poursuite devant la justice répressive, et qu'un jugement intervienne déclarant un individu coupable d'avoir détruit ou altéré la preuve du mariage. Dans ce cas, c'est-à-dire :

ART. 198. Lorsque la preuve d'une célébration légale du mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage.

Le fait dont il s'agit doit être de nature à donner lieu à une poursuite devant un tribunal de répression, peu importe qu'il s'agisse d'un crime, comme dans le cas de falsification ou de destruction d'un acte de mariage ou de registres de l'état civil (art. 145, 146, 147, 173, C. P), ou d'un délit correctionnel comme dans le cas d'inscription d'un acte de mariage sur une feuille volante (art. 192, C. P.).

Si la poursuite motivée par l'infraction commise fait acquérir la preuve de la célébration d'un mariage déterminé,

cette preuve sera rétablie au moyen de l'inscription du jugement qui tiendra lieu de l'acte de célébration.

Si, au contraire, les poursuites exercées ne font pas acquérir la preuve d'un mariage déterminé, si elles aboutissent seulement à la constatation que des registres de mariage ont été détruits ou soustraits, sans qu'on puisse découvrir à quels mariages se réfère la suppression constatée, il y aura lieu à l'application de l'art. 46 et non de notre art. 198.

183. L'art. 198 envisage seulement *le résultat d'une procédure criminelle*, lequel résultat pourra être la preuve de la célébration légale d'un mariage. Or, ce résultat ne peut être produit que par l'exercice d'une action.

Cette action sera, soit l'action publique appartenant au ministère public, portée devant la juridiction répressive, tendant à faire prononcer une peine contre l'auteur de l'infraction, et s'éteignant par la mort du coupable ;

Soit l'action appartenant aux deux conjoints et à toute personne pouvant avoir intérêt au rétablissement de la preuve du mariage, par exemple les enfants issus du mariage qui, du vivant même de leurs père et mère, auraient besoin d'établir leur légitimité à l'effet de recueillir une succession. Cette action, qui est civile, est distincte de l'action civile, proprement dite, tendant à la réparation pécuniaire du préjudice causé par la falsification ou destruction de l'acte de mariage.

Si les époux sont vivants, ils seront presque toujours, en fait, les seuls qui auront intérêt à agir pour obtenir le rétablissement de la preuve de leur mariage, et très probablement ils agiront s'ils ont connu le fait qui a détruit ou altéré cette preuve ;

ART. 199. Si les époux ou l'un d'eux sont décédés sans avoir découvert la fraude, l'action criminelle peut être intentée par tous ceux qui ont intérêt de faire déclarer le mariage valable, et par le procureur de la République.

Il est évident que ce texte ne veut pas dire que les époux,

de leur vivant, ont seuls qualité pour agir; il ne veut pas dire davantage que si les époux ont connu l'infraction et sont morts sans avoir saisi la justice, l'action se trouverait éteinte. Il constate seulement que si, pour n'importe quel motif, l'action n'a pas été intentée par les époux, même instruits de la destruction de la preuve de leur mariage, il n'y a pas de motif pour que les autres intéressés ne puissent pas intenter l'action. Le texte appelle cette action *criminelle*, parce que d'après la terminologie en usage à l'époque de la rédaction du Code, on appelait criminelle toute action née d'une infraction punissable. Mais cette action dite *criminelle* est, en réalité, une action civile.

184. Cette action civile, pourra, si l'auteur de l'infraction est vivant, être portée devant la justice répressive. S'il s'agit d'un crime, les intéressés provoqueront l'action du ministère public, en déposant une plainte, et se porteront ensuite parties civiles devant la Cour d'assises. S'il s'agit d'un délit les parties pourront agir devant le tribunal correctionnel soit par voie de citation directe, soit incidemment à l'action du ministère public.

Mais les intéressés pourraient-ils porter leur action directement, par voie principale, devant la juridiction civile? Le droit commun le voudrait ainsi, et nous ne voyons pas pourquoi il y serait dérogé. Sans doute les art. 198 et 199 paraissent statuer en vue d'une instance suivie au criminel; mais de ce que les choses se passeront le plus souvent ainsi, il ne s'ensuit pas que la loi ait voulu enlever aux intéressés le droit d'agir au civil, et cela dans un but impossible à comprendre (1). Il ne peut en effet y avoir aucun inconvénient à laisser l'instance se poursuivre au civil soit contre l'officier de l'état civil, soit contre toute autre personne auteur du fait

(1) LAURENT, t. III, n° 18; *Contrà*, AUBRY et RAU, t. IV, § 452 *bis*, note 32; DEMOLOMBE, *Mariage*, n° 415.

coupable qui a altéré ou détruit la preuve du mariage. Une collusion entre le demandeur et le défendeur dans le but de faire apparaître la preuve d'un mariage qui n'aurait jamais eu lieu, n'est pas à craindre; le défendeur ne voudra pas laisser constater un méfait qu'il n'aurait pas commis, et s'exposer ainsi à une poursuite criminelle. Son intérêt est une garantie suffisante de la sincérité de sa défense.

185. La possibilité d'une connivence frauduleuse existe seulement dans le cas où, l'auteur de l'infraction étant décédé, l'action ne peut plus être exercée que contre les héritiers du coupable. On peut alors concevoir que les héritiers à l'abri de toute pénalité, exposés seulement à une condamnation pécuniaire, se laissent entraîner, par la promesse d'une somme d'argent, à laisser constater, à la charge de leur auteur décédé, une infraction qui n'aurait pas été commise. Mais la loi a rendu cette collusion impossible en enlevant aux intéressés, dans le cas prévu, l'exercice de l'action :

ART. 200. Si l'officier public est décédé lors de la découverte de la fraude, l'action sera dirigée au civil contre ses héritiers, par le procureur de la République, en présence des parties intéressées, et sur leur dénonciation.

186. En résumé, la justice peut avoir été saisie, soit sur l'action du ministère public, soit sur celle des parties intéressées, dirigée contre l'auteur lui-même de l'infraction, ou contre ses héritiers s'il est décédé. Dans tous les cas, si l'infraction est constatée, la justice devra, sur les conclusions du ministère public ou des parties intéressées figurant dans l'instance, ordonner que le jugement ou l'arrêt sera transcrit sur les registres de l'état civil de la commune.

Cette inscription, dit l'art. 198, *assure à la célébration du mariage tous ses effets civils tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants.*

Ce texte a fait naître la question de savoir si la célébration du mariage se trouve ainsi prouvée d'une manière absolue à

l'égard de tous (1), ou seulement à l'égard de ceux qui ont été parties au procès conformément aux principes ordinaires de la chose jugée (2). Il nous semble que la question ainsi posée n'existe pas, et que les principes de la chose jugée ne sont intéressés en aucune façon.

La question posée à la justice était en effet la suivante : *Tel individu a-t-il réellement détruit, altéré ou falsifié un acte de l'état civil de telle commune établissant le mariage célébré entre telles personnes?* C'est seulement sur ce point que la décision à intervenir obtiendra l'autorité de la chose jugée. Si l'infraction est constatée, la justice prescrira une mesure à accomplir par un tiers, c'est-à-dire l'inscription du jugement sur les registres de la commune. La preuve altérée ou détruite sera ainsi rétablie telle qu'elle existait avant l'infraction. Mais il ne s'agit là que du rétablissement en quelque sorte matériel, à l'aide d'un équivalent, d'un certain document, sans que les circonstances à la suite desquelles ce rétablissement a eu lieu, puisse donner au document rétabli une force probante autre que celle qu'il avait auparavant. Par conséquent, la situation des prétendus époux, des enfants, des tiers, de tous les intéressés en général, vis-à-vis du document rétabli, sera absolument ce qu'elle était avant l'infraction constatée, leurs droits demeureront les mêmes. Donc le mariage pourra toujours être attaqué pour cause de bigamie, d'inceste, etc., conformément au droit commun. Les prétendus époux pourront même, s'il y a lieu, contester l'existence ou la célébration du mariage.

Ainsi, par exemple, un officier de l'état civil, le cas s'est présenté, peut avoir fabriqué un faux acte de mariage (pour

(1) AUBRY et RAU, t. IV, § 452 *bis*, texte et note 40; VALETTE sur PROUDHON, t. II, p. 106.

(2) MARCADÉ, sur l'art. 198; DEMOLOMBE, *Mariage*, n° 419; LAURENT, t. III, n° 19.

soustraire un individu à la conscription (1); inutile de faire remarquer qu'un tel acte ne pourrait être opposé aux prétendus époux qui auront toujours le droit de le faire tomber. Supposons que plus tard un secrétaire de la mairie de la même commune supprime plusieurs feuillets des registres et que parmi les feuillets supprimés se trouve celui relatif au prétendu mariage dont nous venons de parler et dont la fausseté est encore ignorée. A la suite de la procédure criminelle qui sera engagée, la justice ordonnera le rétablissement des actes supprimés parmi lesquels se trouve celui qui est relatif au prétendu mariage qui n'a jamais eu lieu. Il est certain que tous les intéressés, qu'ils aient ou non figuré dans l'instance, pourront toujours faire tomber l'acte de célébration dont il s'agit. On voit donc que les principes de la chose jugée sont tout à fait étrangers à la question.

Si, en fait, le mariage a été réellement et valablement célébré, la preuve de la célébration, un instant compromise par l'infraction perpétrée, se trouvant rétablie, le mariage produira vis-à-vis des époux, des enfants, de tous les intéressés, les effets naturels qu'il doit produire, tout en demeurant soumis aux actions en nullité pouvant résulter des situations; c'est ce qu'a voulu dire l'art. 198.

Du reste, cette discussion et toutes celles auxquelles donnent lieu les art. 198, 199 et 200, n'ont heureusement qu'une importance théorique, car les recueils de jurisprudence ne contiennent pas de décisions concernant le rétablissement sur les registres de l'état civil d'actes de célébration de mariage détruits, altérés ou falsifiés.

(1) Voy. Cass. 4 mai 1810; 19 juillet 1810, J. P.

CHAPITRE V.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

§ 1er. — Obligations relatives à l'éducation des enfants.

187. — Objet du chapitre V.
188. — Obligation de *nourrir* et *entretenir* les enfants, art. 203.
189. — Obligation d'*élever* les enfants; limitée à l'instruction primaire laïque.
190. — Comment les frais d'éducation sont supportés par les père et mère; jurisprudence sur ce point.
191. — Sanction pénale de l'obligation relative à l'instruction primaire, résultant de la loi du 28 mars 1882.
192. — Economie générale de la loi du 28 mars 1882; jurisprudence.
193. — Les père et mère pourraient-ils encourir la déchéance de la puissance paternelle pour refus persistant à se conformer à la loi précitée? L. 24 juillet 1889, art. 2 § 6.
194. — Les père et mère pourraient-ils être tenus de procurer à leurs enfants une instruction secondaire ou supérieure?
195. — Du cas où les père et mère ont encouru la déchéance de la puissance paternelle; L. 24 juillet 1889, art. 5 et 7.
196. — L'enfant n'a pas d'action contre ses parents pour son établissement, art. 204.

187. La loi dans notre chapitre V et le chapitre suivant va considérer le mariage comme contrat générateur d'obligations.

Les obligations qui naissent directement du mariage sont des obligations *entre époux*. Or, notre chapitre V va s'occuper de certaines obligations, notamment de l'obligation de nourrir et élever les enfants, qui sont plutôt des obligations *de paternité* indépendantes du mariage.

Mais il faut faire une précision : l'enfant, qu'il soit né en mariage ou hors mariage, a contre son père et contre sa mère le droit de réclamer *l'entretien et l'éducation*. Il y a un créancier, c'est l'enfant, il y a deux débiteurs : le père et la mère.

Quand l'enfant est né hors mariage, il n'y a qu'un seul créancier, l'enfant, et deux débiteurs : le père et la mère. Ces deux débiteurs pourront demeurer inconnus, si l'enfant n'a été reconnu par personne.

188. Quand l'enfant est né en mariage, il y a au contraire plusieurs créanciers : d'abord l'enfant, et puis son père, s'il s'agit de réclamer l'éducation à la mère, ou bien la mère, s'il s'agit de réclamer l'éducation au père ; en effet :

ART. 203. Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants (*).

Ce qui revient à dire que, par le fait seul du mariage, chacun des époux devient créancier de l'autre d'une certaine prestation à accomplir dans l'intérêt d'un tiers qui est l'enfant; l'enfant tirant d'ailleurs de sa propre qualité le droit d'exiger l'accomplissement de cette même prestation.

Par conséquent le même individu qui est tenu de la dette d'éducation vis-à-vis de l'enfant, en qualité de père, est également tenu de la même dette, comme mari, vis-à-vis de la mère.

Voilà pourquoi le législateur traitant des obligations naissant du mariage, *entre époux*, a été obligé de traiter d'une obligation naissant du fait de la *paternité* légitime, telle que l'obligation relative à l'éducation. Mais il n'était pas possible de s'arrêter à ce point précis; il fallait nécessairement réglementer l'obligation alimentaire proprement dite; or, le propre d'une telle obligation étant la réciprocité quant aux personnes entre qui elle existe, il fallait nécessairement examiner la dette alimentaire en tant qu'elle naissait du fait de la *filiation* légitime au profit des père et mère. Voilà comment la réglementation complète de la dette alimentaire, dans la famille légitime, a trouvé naturellement sa place sous une ru-

(*) Art. 203. — LL. 4, 5, D. 25, 3, *De agnosc. et alend. lib.*; L. 3, C. 5, 25, *De alend. lib.*

brique ainsi conçue : des obligations qui naissent du mariage.

Le complément de cette réglementation en ce qui touche la dette alimentaire résultant de la paternité et de la filiation hors mariage, se trouve dans d'autres textes (art. 762 à 764).

Notre chapitre, se plaçant dans l'hypothèse d'un mariage légitime, s'occupe donc : 1° de l'obligation d'entretenir et d'élever les enfants ; 2° de la dette alimentaire proprement dite, distincte de la précédente.

L'obligation des père et mère comprend trois chefs qu'il ne faut pas confondre : *nourrir*, c'est fournir les aliments nécessaires au soutien de la vie physique ; *entretenir* est une expression un peu plus large, s'étendant par exemple au logement, et généralement à tout ce qui est nécessaire à la satisfaction des besoins physiques ; *élever* c'est procurer à l'enfant une éducation de nature à développer son intelligence.

Le père et la mère acquittent donc l'obligation de *nourrir* et *entretenir* leurs enfants, en fournissant tout ce qui est nécessaire à leur vie physique, la nourriture, le vêtement, le logement ; ils acquittent l'obligation d'élever leurs enfants, en leur procurant l'*instruction*. Mais de quelle instruction s'agit-il ici ?

189. M. Réal fit remarquer : « Que c'est dans l'intention de *restreindre cette obligation au premier âge* et pour faire sentir qu'elle cesse, lorsque l'enfant est élevé, que la section de législation a placé le mot *élever* après celui *entretenir* (1). » Il résulte de cette observation que le législateur en décidant que les père et mère étaient tenus *d'élever* leurs enfants, entendait les obliger à procurer à leurs enfants l'instruction limitée au premier âge, c'est-à-dire l'*instruction primaire*.

Mais il ne pouvait être question que d'une instruction primaire laïque. La législature dans un pays où il n'y a pas de religion d'Etat, ne saurait avoir la prétention d'exiger des

(1) LOCRÉ, *Législ. civ.*, t. IV, p. 389.

parents une instruction religieuse ou confessionnelle quelconque. A plus forte raison les parents ne pourraient-ils l'exiger de l'Etat.

Donc, d'après le Code civil, l'instruction primaire laïque est civilement obligatoire (1). Par conséquent, le père ou la mère qui manque à l'obligation que lui impose la loi de procurer à ses enfants cette instruction primaire, élément nécessaire de l'*éducation*, est passible d'une action absolument comme dans le cas où il manquerait de les nourrir et entretenir. A qui appartient cette action?

Il faut distinguer entre l'action *préalable* ou *préventive*, destinée à assurer, pour l'avenir, l'accomplissement de l'obligation dont s'agit, et l'action *subséquente*, postérieure aux faits accomplis, ayant pour but de faire supporter à celui sur qui pèse cette obligation, les frais et dépenses qui en sont la suite. Occupons-nous d'abord de cette dernière.

190. L'obligation relative à l'instruction est l'un des éléments de l'éducation (2); cette obligation pèse en même temps et pour le tout sur chacun des époux, voilà le principe; il résulte des termes de l'art. 203. Voyons maintenant comment il doit se traduire dans l'application.

Quel que soit le régime sous lequel les époux sont mariés, quelles que soient les stipulations de leur contrat de mariage, ils sont l'un et l'autre personnellement débiteurs des frais d'éducation des enfants communs. Dans quelles proportions doivent-ils y contribuer?

Sous le régime de la communauté, sous le régime dotal, ou sous le régime exclusif de communauté, c'est le mari qui, vis-à-vis de la femme, doit supporter seul les frais d'éducation, car il a reçu, ou il est censé avoir reçu, sous forme des revenus qu'il a le droit de percevoir, la part contributive de

(1) Voy. *Notre Code civil italien*, p. 97 et 98, note 1.
(2) Bordeaux, 19 janv. 1888, S. 88, 2, 132.

sa femme. En cas de séparation contractuelle, la femme doit contribuer pour le tiers de ses revenus (art. 1537), et proportionnellement à ses facultés, en cas de séparation judiciaire (art. 1448). — Mais dans ce dernier cas, l'art. 1448 dit formellement que *la femme doit supporter entièrement les frais d'éducation, s'il ne reste rien au mari.* Il convient de remarquer que la loi n'aurait pas pu consacrer une pareille solution, si elle n'avait pas d'abord posé le principe que l'obligation naît, pour le tout, à la charge des deux époux.

De ce que le mari, sous tous les régimes, doit supporter seul les frais d'éducation, sans recours contre la femme, dont il est censé avoir reçu la part contributive, certains auteurs, tout en reconnaissant que l'obligation est commune au père et à la mère, admettent que le père seul doit être actionné, et que la mère ne peut être recherchée que dans le cas d'insolvabilité du mari (1).

Mais la circonstance que le mari est chargé seul d'effectuer le paiement des frais d'éducation, parce qu'il est censé avoir perçu les ressources destinées à y faire face, ne détruit pas le principe d'une obligation née pour le tout sur la tête de chacun des époux. Il n'y a entre eux ni solidarité, ni indivisibilité, mais nous sommes en présence d'une obligation *in solidum*, analogue à celle qu'auraient contractée deux individus s'étant portés séparément caution de la même dette, Chacun des époux est donc, vis-à-vis des tiers, tenu d'une obligation qu'il doit acquitter comme sienne, pour le tout, et sans recours contre l'autre, du moins en principe.

La jurisprudence, après de nombreuses oscillations entre la solidarité et l'indivisibilité, paraît aujourd'hui vouloir consacrer définitivement la doctrine qui vient d'être exposée. Elle reconnaît que, durant la communauté, les tiers ont action

(1) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. II, n° 4; LAURENT, t. III, n° 43. — Comp. AUBRY et RAU, t. VI, § 547.

tant contre la femme que contre le mari (1); que la femme séparée de biens est tenue du paiement total, même pour le temps antérieur à la séparation de biens si le mari est insolvable (2).

Enfin de ce que les frais d'éducation sont à la charge personnelle des époux, il suit que la nécessité d'acquitter ces dépenses sera une cause valable d'aliénation de l'immeuble dotal (3), et que, lors de la reddition du compte de tutelle, il n'y aura pas lieu de les imputer à la charge du mineur (4).

Mais d'un autre côté celui qui a fait l'avance de ces dépenses, par pure tendresse ou libéralité tant à l'égard de l'enfant qu'à l'égard de son père, un aïeul par exemple, ne saurait avoir de recours pour en obtenir le remboursement (5); il en serait autrement en l'absence totale d'intention libérale, surtout de la part d'un étranger (6).

191. Quant à l'action que nous avons appelée *préventive*, il faut reconnaître que si le législateur en a inscrit le principe dans l'art. 203, il a négligé de la réglementer. Aussi la question relative à l'instruction primaire obligatoire, qui a si longtemps préoccupé les esprits, avait-elle pour objet de rechercher s'il ne conviendrait pas d'organiser la sanction de l'art. 203, en édictant certaines pénalités contre celui qui contreviendrait à l'obligation d'élever les enfants dont il a la garde, et en facilitant la constatation des infractions de ce genre.

Tel a été le but de la loi du 28 mars 1882.

192. Cette loi déclare l'instruction primaire obligatoire

(1) Cass. 21 mai 1890, D. 90, 1, 337 et la note.
(2) Bordeaux, 19 janv. 1888, S. 88, 2, 132.
(3) Cass. 25 janv. 1887, D. 87, 1, 473.
(4) Cass. 19 avril 1886, D. 87, 1, 171.
(5) Cass. 25 juin 1872, *Journ. not.*, 20446.
(6) Besançon, 15 juillet 1874, S. 75, 2, 219.

pour les enfants des deux sexes âgés de six ans révolus à treize ans révolus. Cette instruction peut être donnée soit dans les établissements d'instruction primaire ou secondaire, soit dans les écoles publiques ou libres, soit dans les familles, par le père de famille lui-même, ou par toute personne qu'il aura choisie (art. 4).

Une commission municipale scolaire est instituée dans chaque commune pour surveiller et encourager la fréquentation des écoles (art. 5).

Le père, le tuteur, la personne qui a la garde de l'enfant, le patron chez qui l'enfant est placé, devra, quinze jours au moins avant l'époque de la rentrée des classes, faire savoir au maire de la commune, s'il entend faire donner à l'enfant l'instruction dans la famille ou dans une école publique ou privée (art. 7). La déclaration prescrite par l'art. 7 doit contenir, à peine de nullité, l'indication du mode d'instruction que les parents entendent donner à leurs enfants (1). La circonstance qu'il est notoire que le père fait donner l'instruction à son enfant dans la famille, ne le dispense pas de cette déclaration (2).

Lorsqu'un enfant se sera absenté de l'école quatre fois dans le mois, pendant au moins une demi-journée, sans justification admise par la commission scolaire, la personne responsable sera invitée à comparaître devant la commission (article 12). En cas de non comparution, son nom sera inscrit à la porte de la mairie, avec indication de l'infraction, pendant 15 jours ou un mois. La même peine sera appliquée en cas de récidive dans les douze mois qui suivront la première infraction (art. 13).

Les décisions des commissions scolaires sont susceptibles d'appel devant le Conseil départemental de l'enseignement

(1) Cass. 21 déc. 1883, D. 84, 1, 258.
(2) Cass. 22 déc. 1883, D. 84, 1, 258.

primaire (L. 30 octobre 1886, art. 59); elles peuvent aussi être déférées au Conseil d'État pour excès de pouvoir (1).

En cas d'une nouvelle récidive, la commission scolaire, ou, à son défaut, l'inspecteur primaire, devra adresser une plainte au juge de paix. L'infraction sera considérée comme une contravention, et pourra entraîner condamnation aux peines de police, conformément aux art. 479, 480 et suivants du Code pénal. L'art. 463 du même Code est applicable (L. 28 mars 1882, art. 14).

Enfin la nature et les méthodes de l'enseignement ainsi que les manuels employés échappent au contrôle des commissions scolaires et de l'autorité judiciaire, qui ne sauraient y chercher une excuse aux infractions au devoir scolaire (2).

L'enseignement que les enfants reçoivent au sein de la famille n'est soumis à aucun contrôle, ni à aucune autorisation (3).

La sanction destinée à assurer l'accomplissement de l'obligation relative à l'instruction primaire, se réduit, en définitive, à une peine de simple police. Il est permis de la trouver insuffisante; la suspension temporaire du droit de vote, dans les premières élections devant suivre l'infraction constatée, aurait été peut-être plus efficace, quand la personne responsable jouit de ses droits politiques (4).

193. Mais comment vaincre la résistance d'un père de famille, qui, malgré les récidives plusieurs fois constatées et punies, persisterait à priver ses enfants de toute instruction primaire? Ne pourrait-on pas invoquer contre lui la disposi-

(1) Cons. d'Etat, 16 mars 1883, D. 84, 3, 41.

(2) Cons. d'Etat, 16 mars 1883, D. 84, 3, 41; Cass. 15 déc. 1883, D. 84, 1, 213.

(3) Cass. 27 janv. 1883, D. 83, 1, 277.

(4) La loi du 28 mars 1882 et celle du 30 oct. 1886 (art. 68), sont applicables à l'Algérie, à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion.

tion de l'art. 2 § 6 de la loi du 24 juillet 1889, qui permet de prononcer la déchéance de la puissance paternelle à l'égard des père et mère qui, en dehors de toute condamnation préalable *compromettent, par de mauvais traitements, la moralité de leurs enfants?* Sans doute l'expression *mauvais traitements* s'entend le plus ordinairement de sévices accomplis sur la personne physique, mais dans une loi qui a pour but de protéger des enfants *moralement abandonnés*, on peut élargir le sens de cette expression, car l'enfant à qui son père refuse systématiquement toute instruction, est bien un enfant *moralement abandonné*, et victime d'un *traitement mauvais*. D'ailleurs il ne faut pas perdre de vue qu'à côté des pouvoirs du père il y a le droit de l'enfant, et que c'est le droit de l'enfant qu'il s'agit ici de faire respecter.

194. Les père et mère et autres personnes responsables, remplissent donc suffisamment le devoir d'éducation qui leur est imposé envers leurs enfants lorsqu'ils procurent à ces derniers l'instruction primaire.

Légalement ils ne doivent pas, et ne peuvent pas, dans cet ordre d'idées, leur devoir autre chose. Le père ne saurait donc être tenu de donner à ses enfants l'instruction secondaire ou supérieure. Le père, quelque riche qu'il soit, peut donc faire donner à ses enfants une éducation d'artisan. Lui seul est juge de leurs aptitudes, et nulle autorité ne saurait, sur ce point, se substituer à la sienne. Dans un seul cas, le père doit élever ses enfants *selon leur fortune*, mais non selon *sa fortune*, c'est quand il a l'usufruit légal (art. 385) (1).

Sans doute le père qui ne donne pas à ses enfants une instruction *convenable*, en rapport avec sa situation, peut manquer aux *convenances* ou à une obligation *morale*. Mais la loi civile ne saurait intervenir pour sanctionner des devoirs de cette nature.

(1) Voy. LAURENT, t. III, nos 41 et 42.

195. On pouvait autrefois se demander si le droit ou le devoir d'éducation subsisterait, alors que le père (ou la mère) serait privé de la puissance paternelle par sentence judiciaire. Aujourd'hui, il ne peut plus y avoir de doute. La loi du 24 juillet 1889 (1), sur *la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*, dispose que pendant l'instance en déchéance de la puissance paternelle, la Chambre du conseil peut ordonner, relativement à la garde et à l'éducation des enfants, telles mesures provisoires qu'elle juge utiles (art. 5). Donc quand la déchéance sera prononcée, l'obligation relative à l'éducation incombera au tuteur ou à celui *qui aura la garde de l'enfant*, conformément à l'expression de l'art. 7 de la loi du 28 mars 1882.

196. Lorsque l'enfant a été *élevé*, c'est-à-dire mis en état de subvenir par lui-même à ses besoins, peut-il réclamer autre chose de ses père et mère; a-t-il action contre eux à l'effet d'en obtenir le capital nécessaire pour contracter mariage, acheter un fonds de commerce, ou se créer tout autre établissement?

Maleville, qui participa à la rédaction du Code civil, fait remarquer que c'est sur ce point qu'eut lieu, lors de la discussion du projet, « *Le premier combat en règle* », entre le droit romain et le droit coutumier (2).

En droit romain, la loi Julia imposait à l'ascendant qui exerçait la puissance paternelle, l'obligation de doter l'enfant sous puissance, et donnait au magistrat le pouvoir de l'y contraindre (3). La mère n'était pas tenue, si ce n'est par exception, *ex magna et probabili causa* (4).

Le droit coutumier avait au contraire admis une règle oppo-

(1) Applicable à l'Algérie, à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion (art. 26).

(2) *Analyse raisonnée* etc. sur l'art. 204.

(3) L. 19, D. 23, 2, *De ritu nupt.*

(4) L. 14, C. 5, 12.

sée : *ne dote qui ne veut.* Après une longue discussion, les traditions coutumières l'emportèrent, et il fut décidé que

ART. 204. L'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement (*).

C'est qu'en effet, lorsqu'un père dote sa fille, il est impossible de voir dans cet acte l'acquittement d'une obligation naturelle, c'est-à-dire un paiement. Il n'y a qu'une libéralité, c'est-à-dire une satisfaction volontaire donnée à un devoir purement moral ou de convenance. Si la loi Julia avait cru pouvoir obliger le chef de famille à doter les enfants sous puissance, c'était afin de tempérer, par cette obligation, ce qu'il y avait d'excessif dans la puissance paternelle, et aussi parce qu'il entrait dans les vues d'Auguste de rendre les mariages aussi nombreux que possible.

§ 2. — De la dette alimentaire dans la famille légitime.

197. — Remarque préliminaire.
198. — Dette alimentaire entre ascendants et descendants, art. 205; elle n'existe pas entre collatéraux.
199. — Extension de la dette alimentaire entre alliés en ligne directe, art. 206.
200. — Extinction de la dette alimentaire : 1° en cas de second mariage de la belle-mère ;
201. — 2° En cas de décès des enfants et de l'époux qui produisait l'affinité.
202. — *Quid* en cas de divorce ?
203. — Réciprocité de l'obligation alimentaire, art. 207; elle n'est pas de l'essence du droit alimentaire; observation sur la législation annamite.
204. — Etendue de la dette alimentaire, art. 208.
205. — Le réclamant doit être dans le besoin.
206. — Preuve que doit faire le réclamant; le jugement qui intervient acquiert, pour le passé, l'autorité de la chose jugée.

(*) Art. 204. — L. 19, D. 23, 2, *De ritu nupt.;* L. 7, C. 5, 11, *De dotis promiss.;* L. 14, C. 5, 12, *De jure dot.;* L. 32 § 2, D. 12, 6, *De condict. indeb.;* L. 12 § 3, D, 26, 7, *De admin. et peric. tutor.*

207. — La dette alimentaire comporte, pour l'avenir, la possibilité de règlements successifs, art. 209.
208. — Conséquences.
209. — Conséquences de la chose jugée s'attachant au jugement déjà rendu.

197. Lorsque l'art. 203 proclame le principe que les époux contractent ensemble, *par le mariage*, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants, il envisage principalement le devoir d'éducation. La nourriture et l'entretien ne sont compris dans ce devoir qu'à titre d'accessoire. Mais lorsque l'éducation a été donnée, et que, sous ce rapport, les père et mère ont payé leur dette, l'accessoire peut encore continuer d'être dû, et devenir l'objet principal de ce qu'on appellera désormais : l'*obligation alimentaire*.

L'obligation alimentaire apparaît donc, tout d'abord, comme le prolongement de l'un des côtés de la dette d'éducation. Nous en trouvons le germe dans l'art. 203, mais elle se développe avec un élément nouveau, *la réciprocité*, et s'étend à tous les descendants comme à tous les ascendants, et aux alliés qui leur sont assimilés. C'est là une matière d'une grande importance pratique, et qui demande à être traitée avec certains développements.

198. Dans l'ordre chronologique, la dette des parents envers les enfants naît la première ; l'obligation réciproque des descendants envers leurs ascendants naît la seconde ;

ART. 205. Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin (*).

Cette obligation alimentaire se produit comme l'une des conséquences des rapports de paternité et de filiation, et non, comme on l'a dit, des simples rapports d'une parenté quelconque. Cette remarque suffit pour montrer que la base de l'obligation alimentaire détermine en même temps l'éten-

(*) Art. 205. — L. 5 §§ 4, 5, 13, D. 25, 3, *De agnosc. et alend. lib.*; L. 2, C. 5, 25, *De alend. lib.* Voy. PLUTARQUE, *Vita Solonis*.

due de sa sphère d'action. Une telle obligation ne saurait exister qu'entre ascendants et descendants ou alliés au même titre. On la rencontre encore entre époux, mais elle se rattache alors à un autre ordre d'idées. Elle ne saurait jamais exister entre collatéraux, à moins de vouloir la rattacher soit au droit de succession, soit à la réserve héréditaire, c'est-à-dire à des idées qui n'ont aucune espèce de rapport avec celle que nous examinons.

On comprend fort bien, en effet, que la paternité produise tout d'abord l'obligation alimentaire envers les enfants, et que la filiation engendre l'obligation réciproque de ces derniers. La paternité et la filiation établissent naturellement des rapports juridiques dans la ligne ascendante et descendante. Le père qui a transmis la vie à son fils, doit assurer à ce dernier les moyens de vivre; le fils doit, à son tour, aider à vivre celui qui l'a mis au monde, l'obligation dérive naturellement des situations respectives. Mais il n'en est pas de même entre les collatéraux; de ce que deux individus ont été engendrés par le même père ou par la même mère, il ne peut résulter de ce fait aucun lien obligatoire entre eux; l'un des deux ne doit rien à l'autre de qui il n'a rien reçu, à qui il n'a rien donné. L'origine commune qui les réunit peut établir entre eux certains rapports affectueux, et rien de plus. La loi civile n'a pas à sanctionner les devoirs moraux ou de convenance qui les portent à s'entr'aider. Elle ne le pourrait qu'à titre de compensation, si elle permettait, par exemple, de sacrifier le droit successoral de l'un des frères au profit exclusif de l'autre. Ainsi, dans une législation qui supprimerait la réserve, pour reconnaître au père de famille le droit d'attribuer à l'un de ses enfants, à l'aîné, par exemple, la totalité de son patrimoine, on comprendrait que le cadet, ainsi dépouillé, eût au moins une action alimentaire contre son frère favorisé; mais dans un droit démocratique comme celui qui nous régit, il n'y a même pas lieu de poser la ques-

tion. Les Codes récents qui ont admis une solution différente, le Code italien, par exemple (art. 141), ont mal à propos fait servir la loi positive à la sanction d'un devoir qui relève seulement de la morale ou des convenances sociales.

Ce n'est donc qu'entre ascendants et descendants, à quelque degré qu'ils soient, que peut exister l'obligation alimentaire.

Par conséquent :

Les ascendants autres que les père et mère sont également tenus de fournir des aliments à leurs descendants, même du vivant des père et mère, si ces derniers sont sans ressources (1).

Réciproquement, les petits-enfants devront fournir des aliments à leurs aïeuls et aïeules. Mais la jurisprudence admet arbitrairement que c'est seulement à titre subsidiaire ou complémentaire, en cas d'impossibilité totale ou partielle de leurs père et mère (2). (V. n° 231).

199. La logique commandait d'étendre l'obligation alimentaire aux alliés en ligne directe, avec réciprocité entre eux :

ART. 206. Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leurs beau-père et belle-mère ; mais cette obligation cesse : 1° Lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces ; 2° lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfants issus de cette union avec l'autre époux, sont décédés.

De ce que les alliés en ligne directe, comparés aux parents dans la même ligne, sont tenus *également, et dans les mêmes circonstances*, il suit que l'obligation alimentaire existe à la charge de ces alliés concurremment avec les parents, et non pas seulement d'une manière subsidiaire, à défaut de parents, et en cas d'impossibilité de la part de ces derniers (3).

Mais comme cette obligation ne résulte, à l'égard des alliés,

(1) Lyon, 25 août 1831, S. 32, 2, 429.

(2) Caen, 17 août 1880, *Rec. arr. Caen et Rouen*, 1881, p. 1 ; — Lyon, 12 août 1884, *Monit. jud. Lyon*, 11 déc. 1884.

(3) Trib. Genève, 23 déc. 1884, S. 85, 4, 31 ; — Caen, 17 nov. 1877, *Pand. franç. chr.*, t. V, 2, 292.

que de l'*extension* d'une règle d'abord formulée pour les parents, il suit que cette obligation concerne seulement les alliés personnellement visés par les termes mêmes de la loi. Par conséquent, l'obligation alimentaire existe seulement entre chaque époux et les père et mère de son conjoint, comme le déclare formellement l'art. 206, et non entre chaque époux *et tous les ascendants de l'autre*, car c'est ainsi qu'il faudrait, fort arbitrairement, transformer le texte de l'art. 206 (1), si l'on voulait adopter l'opinion contraire reposant sur un dire de Tronchet dans la discussion au Conseil d'État (2).

L'obligation alimentaire n'existe pas davantage entre une personne et les conjoints de ses ascendants (parâtre, marâtre).

Enfin, de ce que l'obligation alimentaire dans les limites qui viennent d'être indiquées, est uniquement rattachée au lien civil de l'alliance, il suit qu'elle peut disparaître quand ce lien est détruit ou relâché.

200. Le premier cas prévu par l'art. 206 est celui où la belle-mère a convolé en secondes noces. La loi a toujours vu avec défaveur le second mariage des veuves qui semblent oublier ce qu'elles doivent à leurs enfants et à la mémoire de leur premier mari. C'est à titre de déchéance pénale que la loi leur enlève le droit aux aliments et non pour empêcher les nouveaux maris d'en profiter. Si le point de vue de la loi était vrai, il aurait fallu l'appliquer à la bru qui se remarie. Or, notre texte ne parle que de la belle-mère. Quant au beau-père ou au gendre qui se remarient, il n'y a même pas lieu de poser la question.

La belle-mère, en se remariant, perd donc, définitivement, le droit de réclamer des aliments à son gendre ou à sa bru.

(1) LAURENT, t. III, n° 59; Grenoble, 9 août 1862, S. 63, 2, 58.

(2) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. II, n° 25 ; AUBRY et RAU, t. VI § 131 ; Cass. 17 mars 1856, S. 56, 1, 487; Lyon, 12 août 1884, *Monit. jud. Lyon*, 11 déc. 1884.

La dissolution de son second mariage n'aurait pas pour effet de le lui rendre. C'est une conséquence forcée du point de vue adopté par le législateur : mais elle conserve le droit de réclamer des aliments à ses enfants du premier lit. Si donc ceux-ci sont mariés, les gendres et brus subissent indirectement les conséquences de l'obligation alimentaire dont l'exécution diminue les revenus de leur conjoint.

La condition de la belle-mère au moment de son second mariage était nettement définie : d'un côté elle avait le droit éventuel de réclamer des aliments; d'un autre côté, elle était elle-même tenue, éventuellement, de fournir des aliments à son gendre ou à sa bru. L'art. 206 lui enlève formellement, à cause de son second mariage, le droit aux aliments, mais il n'y a pas de texte qui la libère elle-même de la dette alimentaire. Nous ajoutons qu'il ne pouvait pas y en avoir. Du moment, en effet, que la loi croit devoir punir la veuve pauvre, remariée, en lui retirant le droit de réclamer des aliments à son gendre ou à sa bru riches, il serait contradictoire de libérer la veuve riche remariée, de l'obligation de fournir des aliments à sa bru ou à son gendre pauvres. On a soutenu l'opinion contraire en mettant en avant le principe de la réciprocité édictée par l'art. 207 (1); mais il suffit de faire remarquer que la réciprocité n'est pas de l'essence de la dette alimentaire.

201. L'obligation alimentaire résultant de l'alliance cesse encore dans le second cas prévu par l'art. 206, lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés. Dans cette hypothèse, on comprend que l'extinction soit absolue et réciproque puisqu'elle résulte non d'un fait personnel à une partie, mais d'un événement affectant directement le lien de l'alliance considéré en lui-même. Ce lien est en effet, sinon complète-

(1) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. II, n° 29.

ment dissous, du moins singulièrement relâché. Mais la présence d'un enfant le maintient dans toute son intégrité. La veuve qui se déclare enceinte au moment du décès du mari, peut donc réclamer des aliments (1). Si l'événement démontre qu'il y a eu seulement grossesse apparente ou simulée, les aliments perçus devront être restitués, c'est un cas de *condictio indebiti* (art. 1376).

202. Il faut donc qu'il y ait des enfants pour que l'alliance persiste, mais il est certain que chaque fois qu'il y a des enfants l'alliance persiste réellement. Par conséquent le divorce laisse subsister l'alliance et par suite l'obligation alimentaire, entre l'époux divorcé et les parents de l'autre époux, s'il existe des enfants du mariage. C'est ce qui résulte des principes généraux qui mettent sur la même ligne le décès de l'un des époux et leur divorce. Dans les deux cas il y a dissolution du mariage, mais dans les deux cas, la dissolution du mariage laisse subsister l'alliance, s'il y a des enfants. La loi a eu, du reste, l'occasion de s'expliquer catégoriquement sur cette difficulté. L'art. 378, C. pr. civ., déclare en effet, que lorsqu'il existe des enfants du mariage dissous par le divorce, l'alliance persiste comme lorsqu'il existe des enfants d'un mariage dissous par la mort. D'un autre côté, l'art. 206, écrit à une époque où le divorce était en vigueur, pose le principe de l'obligation alimentaire entre alliés, mais ne met pas le divorce au nombre des causes qui mettent fin à cette obligation alimentaire. Donc cette obligation persiste si l'alliance persiste elle-même, c'est-à-dire s'il y a des enfants issus du mariage.

Il semble donc que, dans une telle situation, la pension alimentaire déjà servie ou judiciairement accordée pendant le mariage doit subsister, malgré le divorce, et que le divorce ne mettra pas obstacle à une demande en pension ali-

(1) Trib. Marseille, 12 déc. 1862, S. 63, 2, 140.

mentaire (1). La Cour de cassation a cependant jugé le contraire ; elle a admis que l'obligation alimentaire imposée à chaque époux envers l'ascendant de son conjoint ne survit pas au divorce ; que par suite la pension alimentaire qu'un mari a été condamné à payer à sa belle-mère ne peut être exigée après le divorce par l'ex-belle-mère de celui qui fut son gendre, sans distinguer suivant qu'il y aurait ou non des enfants issus de l'union dissoute par le divorce (2).

Quand il n'y a pas d'enfant, le divorce ne fait disparaître l'alliance que pour l'avenir ; l'effet rétroactif au jour de la demande ne peut se comprendre qu'à l'égard des époux. Par conséquent un gendre ne pourrait se prévaloir de l'instance en divorce pendante entre lui et sa femme pour refuser des aliments à la mère de cette dernière (3).

203. Les rapports de famille envisagés dans les dispositions que nous venons d'étudier étant réciproques, il fallait également décider que :

ART. 207. Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques (*).

Cette réciprocité n'est qu'une manière d'affirmer la coexistence théorique des deux droits de créance distincts dont se trouvent éventuellement investis, l'une vis-à-vis de l'autre, deux personnes entre lesquelles existe un certain rapport de parenté ou d'alliance. Mais cette réciprocité est seulement de la nature et non de l'essence du droit alimentaire, et on peut concevoir que dans certains cas elle fasse défaut. Le législateur pourrait d'ailleurs avoir eu sur l'organisation de la famille des vues tout à fait exclusives d'une telle réciprocité.

(*) Art. 207. — *Tot. titul. De agnosc. et alend. lib.*, D. 25, 3 ; *De alend. lib.*, C. 5, 25.

(1) Paris, 18 juillet, 1889 ; Trib. Nîmes, 15 déc. 1887, S. 90, 2, 1 et note de M. Labbé.

(2) Cass. 13 juillet 1891, *le Temps*, 17 juillet 1891.

(3) Toulouse, 10 mars 1890, S. 91, 2, 28.

Tel était le cas de la législation annamite : « Le Code annamite, lisons-nous dans un recueil estimé, n'impose aucune obligation au père envers ses enfants, pas même celle de leur fournir des aliments. Par contre, le fils doit à son père le respect et l'obéissance, de travailler pour lui et de le nourrir, quand il est infirme, même de payer ses dettes (1). »

Si ces renseignements sont exacts, la réciprocité n'existerait donc pas, en matière alimentaire, chez les populations annamites de nos possessions françaises de la Cochinchine.

Mais alors, la législation annamite aurait été sur ce point, comme sur plusieurs autres, corrigée par le gouvernement français. On lit en effet dans le *Précis de la législation annamite* rédigé par les soins du ministre de la marine et du garde des sceaux, pour avoir force exécutoire dans l'étendue de la colonie, que : les enfants et descendants doivent des aliments à leurs parents et ascendants qui se trouvent dans le besoin, et réciproquement les ascendants doivent des aliments à leurs descendants (2).

204. La réciprocité, avons-nous dit, est purement théorique ; chacun de ceux entre qui l'obligation alimentaire est reconnue par la loi se trouve investi d'un titre qu'il pourra, le cas échéant, faire valoir. Mais il pourra arriver que l'occasion de faire valoir ce titre ne se présente jamais, par exemple si tous les deux sont toujours dans l'aisance, ou si tous les deux se trouvent en même temps dans l'indigence. Pour que l'une des deux parties soit dans le cas de faire valoir son titre contre l'autre, il faut supposer qu'elle est tombée dans le besoin, et que celui à qui elle s'adresse est dans l'aisance. En pareille hypothèse,

(1) *Pand. franç.*, v° *Annam*, n° 117.

(2) Tit. V, *Mariage, effets du mariage;* Voy. Décr. 3 oct. 1883, art. 3.

ART. 208. Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit (*).

Il s'agit, bien entendu, d'apprécier les besoins du créancier d'aliments, et l'aisance du débiteur à un point de vue purement relatif, en tenant compte des habitudes et de la condition des parties (1).

205. Il faut d'abord que le réclamant soit *dans le besoin*, c'est-à-dire qu'il soit dans l'impossibilité de se procurer des aliments à l'aide d'un capital lui appartenant, mobilier ou immobilier.

La première question que les juges auront à résoudre est donc celle-ci : Le réclamant pourrait-il se procurer des ressources à l'aide de son travail? Si la réponse est affirmative, les aliments doivent être refusés (2). Mais il faut évidemment qu'il s'agisse d'un travail en rapport avec l'éducation et la condition sociale du réclamant (3), sans que les tribunaux puissent d'ailleurs lui imposer tel ou tel travail déterminé (4).

Si le demandeur ne peut obtenir de son travail que des ressources insuffisantes, on tiendra compte de ces ressources pour diminuer le chiffre de la pension qui lui sera allouée (5).

S'il est reconnu que le demandeur est dans l'impossibilité de se livrer à un travail quelconque, il faudra vérifier encore s'il ne possède pas quelque bien dont la réalisation pourrait lui procurer certaines ressources. Tant que le patrimoine

(*) Art. 208. — L. 5 § 10, D. 25, 3, *De agnosc. et alend. lib.*; L. 2, C. 5, 25, *De alend. lib.*

(1) Cass. 27 janv. 1890, S. 90, 1, 216.

(2) Cass. 7 juillet 1863, D. 63, 1, 400; Pau, 15 déc. 1852, D. 53, 2, 88.

(3) Colmar, 7 août 1873, DALLOZ, *Répert.*, v° *Mariage*, n° 658; Lyon, 17 janv. 1882, *Monit. jud. Lyon*, 2 juillet 1882.

(4) Caen, 11 nov. 1845, D. 46, 4, 14.

(5) Pau, 26 déc. 1866, D. 67, 2, 196.

n'est pas épuisé, on ne peut pas dire qu'on est dans le besoin (1).

On a cependant soutenu le contraire, que le demandeur doit être réputé dans le besoin par cela seul que ses revenus sont insuffisants et qu'il ne saurait être tenu de faire usage de la totalité de ses biens (2), surtout si leur aliénation actuelle paraît devoir être onéreuse (3).

Tout cela est arbitraire. Les juges doivent vérifier si le demandeur *est dans le besoin*. Or celui qui possède encore un capital, ou un immeuble qu'il pourrait vendre n'est pas dans le besoin, quand même il s'agirait *du château de ses ancêtres conservé comme un pieux héritage de famille*..... Pourquoi admettre en faveur du château un *jus singulare* qu'on n'oserait pas étendre à la chaumière?

206. C'est naturellement au demandeur à établir, conformément d'ailleurs au droit commun, qu'il est dans le besoin, c'est-à-dire qu'il ne possède rien (4). Cette preuve ne présente aucune difficulté particulière, et se trouve déjà presque faite lorsque le demandeur est admis au bénéfice de l'assistance judiciaire qui ne lui est accordé que sur la justification de son indigence (5). On a cependant soutenu l'opinion contraire sous prétexte qu'il s'agirait d'une preuve négative à administrer (6)!

Le demandeur doit encore, pour triompher, établir que le défendeur est dans l'aisance, c'est-à-dire dans la possibilité actuelle de payer les aliments réclamés sans tomber lui-

(1) LAURENT, t. III, n° 71.
(2) Lyon, 17 janv. 1882, *Monit. jud. Lyon*, 2 juillet 1882.
(3) Douai, 16 janv. 1882, D. 85, 2, 69.
(4) Caen, 17 août 1880, *Rec. arr. Caen et Rouen*, 1881, p. 1; LAURENT, t. III, n° 72.
(5) L. 30 janv. 1851, art. 10 et 11.
(6) Rennes, 5 mai 1871, *J. N.* 20515; — DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 47.

même dans le besoin. Il faut en effet tenir compte uniquement de la condition présente du débiteur, et non des ressources éventuelles qui pourront lui arriver un jour (1).

L'aisance du débiteur doit d'ailleurs être appréciée comme l'ont été les besoins du créancier ; il ne sera donc libéré de son obligation alimentaire que par l'impossibilité de travailler, et l'absence d'un patrimoine suffisant, le patrimoine étant d'ailleurs estimé déduction faite des dettes, sans qu'il faille exiger en pareille matière une déduction rigoureusement mathématique (2).

Le demandeur obtiendra donc gain de cause, lorsqu'il aura établi : d'abord la relation qui l'unit au défendeur, c'est-à-dire la qualité qui lui permet d'agir, en second lieu son indigence personnelle, en troisième lieu l'aisance relative de l'adversaire.

Le jugement qui interviendra obtiendra l'autorité de la chose jugée sur tous ces points, en ce sens qu'il sera désormais définitivement acquis que, *au jour de la demande* ou à toute autre époque fixée par le jugement (3), la situation respective des parties, permettait aux juges d'arbitrer le montant de la dette alimentaire à la prestation périodique portée dans la condamnation.

207. L'obligation alimentaire n'est pas en effet susceptible d'être acquittée au moyen d'une prestation unique ne devant pas être réitérée. Elle comporte, au contraire, une série de prestations successives. Théoriquement l'importance de chacune de ces prestations devrait être appréciée et déterminée au moment même où elle doit être effectuée. Or, comme les besoins du créancier ainsi que les ressources du débiteur peuvent varier d'une prestation à l'autre, le chiffre d'une

(1) Nancy, 12 juin 1879, *Rec. arr. Nancy*, 79, p. 214.
(2) Cass. 17 juin 1856, D. 56, 1, 463.
(3) Rennes, 12 juin 1810, S. et P. chr.

prestation à venir peut n'être pas identiquement le même que celui des prestations précédentes; il peut être plus élevé ou plus faible, il peut même disparaître si les besoins du créancier ont tout à fait cessé, ou si les ressources du débiteur font complétement défaut. Le jugement rendu ne pouvant contenir un règlement définitif, la loi devait admettre la possibilité de règlements successifs.

Telle est la pensée que le législateur a voulu traduire dans l'art. suivant :

ART. 209. Lorsque celui qui fournit, ou celui qui reçoit des aliments, est replacé dans un état tel que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin, en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée (*).

Mais cette formule n'est pas exacte; il ne s'agit ni d'une *décharge*, ni d'une *réduction;* le débiteur ne demande pas la faveur d'être déchargé d'une obligation dont il serait tenu; il ne demande pas davantage une diminution sur la somme qu'il devrait payer; il demande simplement une vérification du *contenu* de son obligation; il demande que ce contenu qui a été reconnu, à une certaine époque, pouvoir être exprimé par tel chiffre, soit aujourd'hui exprimé par un chiffre plus faible, ou même ramené à zéro, *la formule de son obligation restant d'ailleurs la même.*

Nous ne voyons là rien d'anormal ni d'exceptionnel. C'est ce que les auteurs appellent *la variabilité de l'obligation alimentaire.* La vérité est que l'obligation alimentaire a une mesure invariablement fixée par l'art. 208 : c'est le rapport qui existe entre le besoin de celui qui réclame et la fortune de l'autre. C'est le chiffre exprimant ce rapport qui est variable.

208. De ce que le chiffre exprimant le rapport dont s'agit est variable et susceptible par conséquent d'être modifié dans l'avenir, au moyen d'un règlement nouveau, il suit :

(*) Art. 209. — Arg. ex. : L. 5 § 10, D. *De agnosc. et alend. lib.*; L. 2, C. 5, 25, *De alend. lib.*

1° Que l'exécution, quelque prolongée qu'on la suppose, du jugement qui fixe la quotité des aliments dus, ne saurait donner à cette quotité une fixité qu'elle ne comporte pas;

2° Qu'il importe peu, pour l'application de l'art. 209, que la quotité des aliments ait été fixée par le juge, ou par une convention intervenue entre les parties (1), ou même par une transaction (2), pourvu qu'il s'agisse d'aliments dus en vertu des art. 205 et suivants et non en vertu d'un don ou legs d'aliments (3);

3° Que si le débiteur des aliments a le droit, le cas échéant, de demander ce que l'art. 209 appelle une décharge ou une réduction, le créancier doit, réciproquement, avoir le droit de demander une augmentation de sa pension (4).

4° Que si le débiteur d'une pension alimentaire se trouvant dans le cas d'en obtenir la réduction ou la décharge néglige de la réclamer, ses créanciers peuvent la demander de son chef, en vertu de l'art. 1166, pour faire diminuer le passif grevant le gage commun (5).

209. Mais de ce que, ainsi que nous l'avons déjà remarqué (n° 206), le jugement déjà intervenu a obtenu l'autorité de la chose jugée quant à la détermination, pour le passé, du chiffre de la pension alimentaire, il suit :

1° Que le règlement résultant de ce jugement, comme d'ailleurs celui qui résulterait d'une convention équivalente, n'est pas modifié de plein droit par le changement survenu dans la situation respective des parties. Un règlement nou-

(1) Paris, 16 juillet 1872, *Bull. arr. Paris*, 72, 477; Cass. 23 juin 1841, S. 41, 1, 630.

(2) Douai, 1er fév. 1843, S. 43, 2, 188; Bordeaux, 26 juillet 1855, 57, 2, 111.

(3) Voy. Trib. Seine, 23 juin 1849, S. 50, 2, 171.

(4) Pau, 8 janv. 1838, D. 39, 2, 235; Comp. Cass. 19 mars 1883, S. 83, 1, 297.

(5) LAURENT, t. III, n° 75; *Contrà*, Paris, 27 déc. 1849, S. 50, 2, 171.

veau résultant d'un jugement ou d'une convention est nécessaire et n'opérera que pour l'avenir. Ce n'est pas une dérogation aux principes sur la chose jugée, car il s'agit d'apprécier une situation nouvelle, distincte de la précédente (1).

2° Par suite, il ne saurait jamais y avoir lieu à la répétition des aliments régulièrement perçus en vertu du titre primitif (2), et ces aliments ne seront pas sujets à rapport, art. 852, C. C. (3).

3° A l'inverse, la négligence de l'alimentaire à réclamer le paiement des termes échus ne peut lui faire perdre le droit de les exiger (4). La doctrine et la jurisprudence décident en général le contraire, par la raison subtile que le créancier n'était pas dans le besoin, puisqu'il a vécu malgré le non paiement des arrérages, sauf les cas où il aurait vécu d'emprunts (5). Mais précisément quand il est allégué que le créancier n'est plus dans le besoin, le seul moyen pour le débiteur d'être dispensé de payer, est, d'après l'art. 209, de provoquer un nouveau règlement judiciaire ne devant opérer que pour l'avenir.

§ 3. — De la dette alimentaire hors mariage.

210. — Droit alimentaire de l'enfant né hors mariage.
211. — Reconnaissance d'enfants naturels résultant seulement d'un acte privé.
212. — Du cas où ces reconnaissances contiennent l'engagement de prester les aliments.
213. — La jurisprudence admet l'efficacité d'un tel engagement.
214. — Mêmes questions posées à l'égard des enfants adultérins ou incestueux.
215. — De celui qui s'est substitué à la famille d'un enfant pour l'entretien de ce dernier.

210. Le Code n'a textuellement formulé le principe de

(1) Voy. Orléans, 7 avril 1889, D. 89, 2, 184.
(2) LAURENT, t. III, n° 79; Rennes, 9 nov. 1878, S. 79, 2, 181.
(3) LAURENT, t. X, n° 624; Lyon, 10 déc. 1880, S. 80, 3, 69.
(4) Voy. trib. Seine, 30 avril 1887, *Pand. franç.*, 88, 2, 215.
(5) Cass. 3 avril 1883, S. 84, 1, 71 et les autorités citées.

l'obligation alimentaire qu'en ce qui concerne la famille légitime. On admet cependant que les enfants illégitimes dont la filiation est légalement établie, peuvent réclamer des aliments à leurs père et mère. On fait résulter cette solution des art. 762 à 764, C. C., accordant aux enfants adultérins ou incestueux le droit de demander des aliments à la succession de leurs parents, ce qui paraît impliquer l'existence de l'obligation alimentaire à la charge des parents pendant leur vie. Or, dit-on, si les enfants adultérins ou incestueux ont droit à des aliments, il en est de même, à plus forte raison, des enfants naturels simples.

Il y aurait beaucoup à dire contre un tel raisonnement; la vérité est que la jurisprudence et la doctrine en ont admis le principe pour combler une véritable lacune dans la loi. Voici donc comment la question a été envisagée :

D'abord l'enfant naturel qui réclame des aliments n'est recevable dans son action que lorsqu'il établit sa filiation vis-à-vis de la personne à qui il s'adresse.

Il n'y a pas de difficulté si l'enfant a été régulièrement reconnu (1).

211. Mais que décider s'il a été reconnu par un acte sous-seing privé? Sans doute une telle reconnaissance est nulle si on la considère comme destinée à constater une filiation naturelle devant produire ses effets civils ordinaires. Mais on a soutenu que cette reconnaissance pouvait produire des effets restreints à l'obligation alimentaire, c'est-à-dire aux effets résultant des lois de la nature. Cette distinction est purement arbitraire et conduirait à des conséquences inacceptables; une telle reconnaissance est nulle et ne saurait produire aucun effet par elle-même (2).

(1) Toulouse, 25 juillet 1863, D. 63, 2, 139; Paris, 26 août 1873, *Bull. arr. Paris*, 73, p. 733.

(2) Douai, 6 août 1856, D. 56, 2, 295.

212. S'il en est ainsi d'une reconnaissance pure et simple faite par acte sous-seing privé, il doit en être de même dans le cas où, à une telle reconnaissance, s'ajouterait, dans le même acte, un engagement de fournir des aliments à l'enfant (1). Mais on a soutenu alors que les aliments seraient dus, non en vertu de la reconnaissance, dont il n'y a pas lieu de tenir compte, mais en vertu de l'engagement lui-même.

Il importe de bien poser la question : il ne s'agit pas de savoir si un individu peut, au moyen d'un acte régulier de donation, s'obliger à subvenir aux besoins alimentaires d'un enfant dont il se croit le père. L'affirmative ne peut faire aucun doute. Mais l'acte qui interviendra alors sera un acte de pure libéralité, régi par les principes des donations, et celui qui aura ainsi promis des aliments sera tenu comme donateur et non comme père.

Dans le cas proposé il s'agit, ce qui est bien différent, de savoir si un individu peut valablement s'engager comme débiteur en vertu d'une paternité naturelle à laquelle il croit, à payer des aliments à celui qu'il considère comme son enfant naturel. Mais alors l'acte qui interviendra sera la reconnaissance d'une dette antérieure; ce ne sera pas un acte de libéralité régi par les principes des donations; celui qui se sera ainsi obligé à fournir des aliments sera tenu comme débiteur personnel en vertu de l'obligation naturelle reconnue dans l'acte d'engagement, et résultant uniquement de sa qualité de père. — Or, est-il possible de soutenir qu'il ne s'agit pas, en pareille hypothèse, d'un engagement pris en une qualité qui ne résulte de rien, n'est-ce pas ce qu'on appelle un engagement sans cause, et par suite inefficace (art. 1131)?

213. On a répondu que la cause d'une telle promesse n'est point dans un aveu de paternité sans valeur aux yeux de la

(1) Bourges, 11 mai 1841, S. 42, 2, 128.

loi, *mais dans l'obligation naturelle résultant pour celui qui s'oblige d'un sentiment intime et de scrupules honorables* (1) ; que la sanction donnée à un pareil engagement ne saurait être considérée *comme consacrant, soit une recherche de paternité interdite par la loi, soit une reconnaissance d'enfant naturel faite en dehors des conditions légales, soit une donation qui n'aurait pas été accomplie avec les formalités requises pour la validité des dispositions entre-vifs* (2). Mais ce sont là des affirmations qui ne sauraient empêcher que la vérité ne se trouve manifestement dans les affirmations contraires.

En ce qui touche la mère, nous croyons devoir adopter les mêmes principes, sauf à les combiner avec la règle qui permet de rechercher la maternité naturelle et de l'établir par témoins quand il existe un commencement de preuve par écrit, art. 341.

L'opinion qui, finalement, a prévalu a admis que la reconnaissance faite durant le mariage par l'un des époux, d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant son mariage d'un autre que de son conjoint, permettait à l'enfaut ainsi reconnu de réclamer des aliments, même durant le mariage, malgré les termes de l'art. 337, C. C. (3).

La même opinion a encore conduit à cette conséquence que, par voie de réciprocité, les père et mère naturels ont une action alimentaire contre leur enfant, et même contre le conjoint de ce dernier (4) ainsi que contre ses descendants légitimes (5), sous prétexte qu'il existe entre eux un véritable

(1) Bordeaux, 5 janv. 1847, S. 48, 2, 308; Bordeaux, 5 août 1847, S. 48, 2, 231; Nancy, 16 mars 1883, *Gaz. Pal.*, 84, 1, 100.

(2) Angers, 11 août 1871, S. 72, 2, 198; Angers, 30 avril 1873, S. 73, 2, 281; Cass. 15 janv. 1873, S. 73, 1, 29.

(3) Cass. 27 août 1811, S. 12, 1, 3; Cass. 13 juillet 1886, S. 87, 1, 65; Comp. Cass. 16 déc. 1861, D. 62, 1, 39.

(4) Paris, 28 mars 1840, S. 40, 2, 425.

(5) Bruxelles, 10 juillet 1850, D. 52, 2, 155.

lien de parenté. Mais on n'est pas encore allé jusqu'à accorder une telle action aux enfants naturels contre les ascendants de leurs père et mère (1).

214. La brèche ainsi ouverte au profit des enfants naturels devait laisser passer les enfants adultérins et incestueux. A l'égard de ces derniers, on a également parlé d'obligation de fait pouvant résulter d'un acte sous-seing privé (2) et d'obligation naturelle (3).

Il est vrai que l'art. 335, C. C., prohibe absolument toute reconnaissance au profit des enfants incestueux et adultérins; que d'autre part l'art. 762 ne leur permet de réclamer des aliments qu'après le décès des père et mère; que ce droit ne peut être exercé que dans le cas où l'adultérinité est prouvée par la force des choses, action en désaveu, annulation pour cause d'inceste ou de bigamie d'un mariage contracté de mauvaise foi par les deux époux (4); n'importe, on a persisté à soutenir que les tribunaux, peuvent, sans porter atteinte au principe de l'art. 340 prohibant la recherche de la paternité, condamner celui qui s'est engagé à subvenir à l'entretien d'un enfant adultérin dont il s'est reconnu le père (5), et que si la filiation adultérine de l'enfant est établie ou n'est pas contestée, l'enfant adultérin a droit à des aliments, non en vertu de la reconnaissance qui est nulle, mais en vertu de sa qualité d'enfant qui n'est pas contestée (6).

Enfin on n'a pas hésité à admettre, en cas de filiation adultérine ou incestueuse illégalement constatée, que les père et mère adultérins ou incestueux peuvent, par voie de récipro-

(1) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, nos 18 et 21 ; LAURENT, *loc. cit.*, no 62 ; Trib. Neufchâtel, 10 juin 1885, *Gaz. Pal.*, 85, 2, 8.
(2) Nancy, 20 mai 1816, S. 17, 2, 149.
(3) Grenoble, 20 juin 1831, S. 33, 2, 538.
(4) Chambéry, 29 août 1871, *Rec. arr. Grenoble*, 1872, p. 41.
(5) Trib. Corbeil, 26 juillet 1888, *la Loi*, 9 sept. 1888.
(6) Cass. 15 juillet 1846, S. 46, 1, 721.

cité, réclamer des aliments à tous ceux à qui, d'après la doctrine qui vient d'être exposée, ils sont obligés d'en fournir (1).

On peut trouver que cette doctrine modifie heureusement la loi; mais certainement elle ne l'applique pas (2).

215. Les seules causes qui peuvent fonder l'obligation alimentaire proprement dite, se réduisent en définitive à des rapports de parenté légitime ou non légitime. Les autres cas dans lesquels on rencontre une obligation présentant un caractère alimentaire seront examinés en leur lieu. Nous nous bornerons à mentionner ici l'hypothèse où un individu se substitue complétement à la famille d'un enfant au point de vue de son entretien. Nous ne voulons pas parler du cas où une personne a accordé à une autre, durant sa minorité, quelques bienfaits ou secours. On ne saurait voir là un quasi-contrat pouvant soumettre cette personne à la nécessité de payer une pension alimentaire (3). Mais nous supposons le cas de celui qui recueille un enfant, presque au lendemain de sa naissance, dans une maison de refuge, par exemple; qui l'élève comme son enfant et le tient constamment éloigné de sa véritable famille; celui-ci contracte réellement l'obligation de lui fournir des aliments (4). Nous en dirons autant de certaines congrégations ou associations qui transportent en France de tous jeunes enfants d'origine africaine ou asiatique. Ces associations contractent vis-à-vis de ces enfants une dette alimentaire, et même l'obligation, le cas échéant, de les rapatrier dans leur pays d'origine.

§ 4. — Exécution de l'obligation alimentaire.

216. — Comment doit être exécutée l'obligation alimentaire.

(1) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 19.
(2) LAURENT, *loc. cit.*, n° 61.
(3) Paris, 2 août 1856, D. 57, 2, 41.
(4) Paris, 9 mai 1873, *Bult. arr. Paris*, 74, p. 474.

217. — En principe elle doit être acquittée en argent; exceptions résultant de l'art. 210;
218. — Et de l'art. 211.
219. — Pouvoirs du juge pour assurer le paiement des aliments.
220. — Intransmissibilité de la créance alimentaire.
221. — Intransmissibilité de la dette alimentaire.
222. — Cessibilité de la créance alimentaire.
223. — Insaisissabilité des aliments accordés en vertu de la loi.
224. — De l'action en pension alimentaire.
225. — Comment sont tenus les divers co-débiteurs d'aliments.
226. — Chacun est tenu personnellement; la dette de l'un est distincte de la dette d'un autre.
227. — Cas où les aliments ont été fournis par un tiers.
228. — De la dette alimentaire entre Français et étrangers ou entre étrangers; compétence des tribunaux français.
229. — En cas de conflit entre deux lois, quelle est celle qui devra être appliquée?

216. Voyons maintenant comment doit être exécutée l'obligation alimentaire.

On peut concevoir trois modes de prestation : Le débiteur pourrait mettre à la disposition du créancier les objets divers nécessaires à sa subsistance; il pourrait le recevoir chez lui et l'entretenir comme un membre de sa famille; il pourrait enfin mettre à la disposition du créancier une certaine somme que ce dernier emploierait à sa convenance.

Il faut d'abord reconnaître que le créancier a le droit d'exiger des aliments destinés à être librement consommés; cette précision suffit pour écarter le mode de prestation qui aurait pour effet de lui imposer une communauté d'existence destructive de cette liberté de consommation, et pour écarter encore le mode de prestation qui aurait pour effet de lui imposer la consommation des objets qu'il plairait au débiteur de lui donner en nature.

217. Par conséquent, la prestation d'une somme d'argent est le seul mode qui corresponde, directement, au droit bien compris du créancier. La règle est donc que la dette alimentaire doit être payée en argent, et cette règle ne peut fléchir que dans les cas d'impossibilité bien démontrée :

ART. 210. Si la personne qui doit fournir les aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des aliments.

C'est l'impossibilité constatée d'un paiement en argent qui permet aux juges d'autoriser le débiteur à acquitter sa dette d'une autre manière. Il vaut mieux, en définitive, pour le créancier, subir les ennuis d'une vie commune que de n'avoir rien du tout.

218. Mais quand c'est le père ou la mère qui offrent de recevoir leur enfant chez eux, les juges ne sont pas obligés, pour admettre cette offre, de constater l'impossibilité de payer :

ART. 211. Le tribunal prononcera également si le père ou la mère qui offrira de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure, l'enfant à qui il devra des aliments, devra dans ce cas être dispensé de payer la pension alimentaire.

Les ascendants autres que les père et mère ne sauraient être admis à se prévaloir de cette disposition purement exceptionnelle et limitative.

219. Les aliments correspondent aux besoins quotidiens de la personne. Donc leur prestation pourrait, à la rigueur, se traduire par le paiement quotidien de la somme nécessaire pour vivre durant un jour, et cette mesure a dû être prise quelquefois. Mais notre observation tend uniquement à démontrer que les aliments ne peuvent être payés *en masse;* que le débiteur ne peut être tenu de fournir un capital sur lequel le créancier aurait à vivre; qu'il peut seulement être assujetti à acquitter des prestations périodiques dont il appartient aux juges de fixer les échéances (1).

Pour garantir le paiement à chaque échéance les juges ne pourraient pas ordonner la constitution de sûretés particulières, telles que l'affectation d'un capital, la constitution d'une hypothèque ou celle d'une caution. De telles sûretés ne

(1) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 64; Voy. Paris, 27 nov. 1866, *Bull. arr. Paris*, 1867, p. 1.

sauraient, à aucun point de vue, être opposables aux autres créanciers du débiteur d'aliments. Cependant quelques auteurs et la jurisprudence admettent que de semblables sûretés peuvent être autorisées, non pour qu'elles soient opposables aux autres créanciers, mais uniquement pour fournir à l'alimentaire une garantie efficace contre les efforts que pourrait tenter le débiteur dans le but de se soustraire au service de la pension (1), mais il n'y a pas de texte qui, pour des prestations à échoir, remarquons-le bien, autorise de semblables précautions. L'action de l'art. 1167 et l'action en simulation suffiront pour restituer l'alimentaire contre les effets des actes frauduleux ou simulés. En cas d'insolvabilité réelle de son débiteur, l'alimentaire doit suivre le sort commun de tous les créanciers.

220. La créance alimentaire est essentiellement *viagère, constat alimenta cum vitâ finiri* (2), c'est-à-dire qu'elle ne peut survivre à la personne du sujet investi, et doit périr avec lui. Elle est donc intransmissible. Pour expliquer un résultat aussi naturel et aussi nécessaire, les auteurs ont mis en avant ce qu'ils ont appelé *la personnalité de l'obligation alimentaire*, expression équivoque, puisque toutes les obligations sont *personnelles* dans un autre sens. Ils ont en outre conclu de cette prétendue personnalité spéciale, à une intransmissibilité spéciale aussi, et de cette intransmissibilité à l'insaisissabilité et à l'incessibilité. Nous avons démontré ailleurs que les idées exprimées par ces mots n'ont absolument rien de commun (3).

La vérité est que la créance alimentaire n'est pas trans-

(1) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 68; AUBRY et RAU, t. V, § 553; Lyon, 5 févr. 1869, S. 69, 2, 250; Agen, 7 mars 1870, S. 70, 2, 233; Lyon, 29 juin 1882, *Gaz. Pal.*, 83, 2, 13, 2e partie; Lyon, 24 avr. 1885, *Monit. jud.*, 29 avr. 1885.

(2) L. 8, § 10, D. 2, 15.

(3) Voy. notre *Traité de la cession, passim.*

missible parce qu'elle est viagère; il n'y a jamais eu matière à discussion que pour les arrérages impayés.

Ainsi on a soutenu que les héritiers du créancier d'une pension alimentaire ne pouvaient pas exiger les prestations mensuelles ou hebdomadaires auxquelles avait droit leur auteur, si ce dernier était décédé avant de les avoir perçues, par le motif que ces prestations étaient dues pour des besoins ayant cessé d'exister. Une telle prétention ne soutient pas l'examen ; il est certain que les besoins dont s'agit ont existé, qu'ils n'ont pas reçu la satisfaction qui leur était due, que le créancier a, par conséquent, vécu à crédit, et que ses héritiers ne peuvent souffrir d'un retard, calculé peut-être, du débiteur des aliments ; l'action des héritiers doit donc être admise (1).

Il faut même décider que, si le demandeur d'aliments décède durant l'instance, ses héritiers pourront suivre l'instance afin d'obtenir, avec les frais exposés, ce qui aurait été attribué à leur auteur du jour de sa demande au jour de son décès.

221. Au point de vue passif, tout le monde est d'accord que les héritiers doivent les prestations échues au moment du décès (2).

Mais il s'agit de savoir si la dette alimentaire, considérée en elle-même, est transmissible aux héritiers de celui qui en est tenu. L'intérêt de la question apparaît dans les espèces suivantes :

1° L'indigent est un ascendant auquel ses petits-enfants servaient une pension alimentaire; les petits-enfants meurent laissant des frères et sœurs qui font obstacle à la réserve de l'ascendant, sans être d'ailleurs les parents de celui-ci parce qu'ils sont d'un autre lit que le débiteur de la pension alimentaire;

(1) Cass. 8 juill. 1857, D. 57, 7, 331.
(2) Arrêt précité.

2° L'un des époux meurt laissant son conjoint sans ressources ;

Dans ces hypothèses l'obligation alimentaire grève-t-elle les héritiers comme elle grevait leur auteur?

Trois opinions différentes se sont produites :

Suivant une première opinion, l'obligation alimentaire passe toujours aux héritiers de celui qui en est éventuellement tenu, lors même que les besoins de celui qui réclame n'étaient pas encore nés au moment du décès du prétendu débiteur (1).

Dans une seconde opinion l'obligation alimentaire ne passe aux héritiers que lorsqu'elle est déjà née au décès du débiteur, les besoins du créancier s'étant déjà produits à cette époque (2).

Ces deux opinions reposent l'une et l'autre sur cette idée fausse que l'obligation alimentaire légale, réglée par les art. 205 et suiv., la seule dont nous parlons ici, a pour cause le besoin du débiteur.

Enfin, une troisième opinion enseigne que l'obligation légale alimentaire ayant sa véritable cause dans un rapport de parenté qui est brisé par la mort du débiteur, ne peut passer aux héritiers de ce dernier; c'est donc à proprement parler une dette viagère. La jurisprudence se prononce en ce sens (3).

222. Il n'existe aucun rapport entre la question de transmissibilité et celle de cessibilité.

Quand il s'agit d'aliments donnés ou légués, il n'y a pas de loi qui prohibe la cession de la créance alimentaire, et la Cour de cassation admet la validité d'une telle cession (4).

(1) AUBRY et RAU, t. VI, § 552.

(2) V. Les autorités citées par DEMOLOMBE, *Du mariage*, t. II, n° 42.

(3) Besançon, 8 juill. 1879, Cass. 8 juill. 1857, précité; DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n°s 40 et 41; LAURENT, t. IV, n° 48; Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n°s 53 à 55.

(4) Voy. LAURENT, t. XXIV, n° 469.

Quand il s'agit d'une créance alimentaire établie par la loi sur le fondement de la proche parenté ou de l'alliance, il n'y a pas de texte non plus d'où puisse s'induire la prohibition de céder une telle créance (1) en ce qui concerne les termes échus ou les termes à échoir nettement déterminés et indiqués dans la cession.

Mais la question est de savoir si le créancier pourrait céder son titre de créance en bloc? La circonstance que la créance cédée se trouverait dans le patrimoine de son titulaire, grevée d'une charge éventuelle de réduction au profit du débiteur, pour le cas où sa situation pécuniaire viendrait à être diminuée, est indifférente. Il ne faut pas enlever au créancier qu'on a la prétention de protéger, la possibilité de se soustraire, par une cession, aux risques de l'insolvabilité du débiteur. Le créancier a évidemment intérêt à *assurer* sa créance; si les combinaisons de l'assurance impliquent l'opportunité d'une cession, quel motif y aurait-il de ne point déclarer cette cession valable? Nous avons indiqué dans notre *Traité de la cession* quelques-unes de ces combinaisons (2).

223. Les pensions adjugées en vertu de l'obligation alimentaire légale (3), sont insaisissables, si ce n'est pour cause d'aliments (art. 581-2° et 582, C. p. c.). Un fournisseur d'aliments pourra donc faire pratiquer une saisie-arrêt sur une pension adjugée à son débiteur, quand même le droit de son débiteur à cette pension aurait été reconnu postérieurement à la naissance de sa créance contre lui (4).

Enfin de ce que la créance alimentaire légale est insaisissable dans la mesure sus-indiquée, il suit que, dans la même mesure, elle est à l'abri des effets de la compensation légale (art. 1293-3°, C. C.). — Quant à la compensation facultative,

(1) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 184.
(2) T. I, n° 185.
(3) Colmar, 29 avr. 1863, S. 63, 2, 108.
(4) Voy. Cass. 18 janv. 1875, S. 75, 1, 153.

comme en réalité elle constitue une cession volontaire, elle peut être admise (1).

224. L'action en pension alimentaire est de la compétence des juges de paix, pour les demandes inférieures à 150 francs (L. 25 mai 1838, art. 6-4°) et de la compétence des tribunaux ordinaires, quand le chiffre de la demande est plus élevé.

La loi n'a pas fixé un ordre successif suivant lequel les diverses personnes auxquelles est imposée l'obligation alimentaire sont tenues de l'acquitter. C'est fort arbitrairement qu'on a voulu établir un ordre semblable à l'imitation de celui de la vocation héréditaire. Il n'y a aucun rapport entre les deux situations, les débiteurs d'aliments sont donc tenus concurremment (2).

225. Le réclamant peut donc s'adresser à tous ceux qui, par leur qualité, sont tenus vis-à-vis de lui. — S'il ne s'adresse qu'à un seul, on admet généralement, dans la pratique, que ce dernier sera fondé à réclamer la mise en cause de tous les autres, pour permettre au juge de fixer le chiffre de la pension à accorder en raison des facultés respectives des débiteurs (3). Mais la Cour de cassation a jugé au contraire, que chacun des débiteurs étant tenu personnellement dans la limite de ses facultés, celui qui est actionné n'a pas le droit de mettre en cause les autres débiteurs (4). Ceci nous conduit à parler de la vieille question de savoir si, quand il y a plusieurs débiteurs d'aliments, il faut les considérer comme tenus d'une obligation solidaire, ou d'une obligation indivisible, ou d'une obligation à la fois solidaire et indivisible, ce qui est absurde, mais a été soutenu.

(1) Cass. 1er avr. 1844, S. 44, 1, 469.

(2) LAURENT, t. III, n° 65; arg. Cass. 17 mars 1856, S. 56, 1, 487; Caen, 31 déc. 1877, S. 78, 2, 259; *Contrà:* Cass. 7 juill. 1868, S. 68, 1, 437.

(3) Just. Paix, 4e arrond. Paris, 12 janv. 1876, *J. av.*, t. CI, p. 72.

(4) 15 juill. 1861, D. 61, 1, 469.

Cette manière de poser la question laisse entendre qu'il s'agit d'abord d'une obligation unique en soi, mais pesant en même temps sur plusieurs personnes, c'est-à-dire commune, et que la difficulté consiste à savoir comment il sera procédé, entre les divers obligés, à la répartition de cette obligation commune.

C'est précisément dans cette manière d'envisager la question que consiste l'erreur.

226. Chacun des débiteurs, comme l'a reconnu la Cour de cassation (1), est tenu personnellement dans la limite de ses facultés. La dette de l'un n'est donc pas la dette de l'autre; il y a autant de dettes distinctes qu'il y a d'obligés; il ne saurait donc être question ni de solidarité, ni d'indivisibilité (2). Si le réclamant agit contre un seul, le juge, pour apprécier s'il est dans le besoin et dans quelle mesure il s'y trouve, devra tenir compte de la valeur des autres actions en aliments qu'il a dans son patrimoine contre les autres débiteurs; si au contraire le réclamant agit à la fois contre tous les débiteurs, le juge pourra facilement dégager le montant de l'obligation personnelle qu'il faudra reconnaître à la charge de chacun d'eux (3). Les arrêts se servent quelquefois d'une formule défectueuse pour exprimer cette doctrine: ainsi, il a été jugé qu'il appartient aux tribunaux de répartir dans des proportions inégales entre les débiteurs la pension alimentaire qu'ils doivent au réclamant (4). Cela est vrai, quant au résultat final; mais en réalité il ne s'agissait pas d'une répartition à opérer d'une obligation unique, mais de rechercher le montant de chaque obligation distincte de

(1) Arrêt précité.

(2) Cass. 15 juill. 1861, S. 62, 1, 172; Grenoble, 8 avr. 1870, S. 71, 2, 36.

(3) Voy. LAURENT, t. III, nos 65 et 67; Orléans, 8 juin 1870, D. 70, 2, 131; Orléans, 24 mars 1888, *Gaz. Pal.*, 88, 1, 863.

(4) Grenoble, 19 août 1863, *Rec. arr. Grenoble*, 1863, p. 433.

chacun des débiteurs, ces obligations pouvant être inégales.

227. Dans le cas où les aliments ont été fournis par un tiers non tenu de l'obligation alimentaire, l'action pourra être utilement dirigée contre les débiteurs, en vertu, suivant les circonstances, des principes du mandat (1), ou de la gestion d'affaires (2), ou de l'action *de in rem verso* (3). Les principes de l'action *de in rem verso* doivent aussi servir de mesure à l'action directe en répétition que la jurisprudence a fini par reconnaître aux tiers fournisseurs d'aliments, contre ceux qui les ont reçus (4).

228. Le nombre de décisions judiciaires rendues en matière d'aliments suffit pour faire comprendre l'importance pratique d'un tel sujet.

Ce sujet n'intéresse pas seulement les Français, il intéresse aussi les étrangers résidant en France.

Trois hypothèses doivent être distinguées :

1° Si le créancier d'aliments est Français, et le débiteur étranger, il faut appliquer l'art. 14 qui, d'après une jurisprudence constante, n'est pas limité aux seules obligations contractuelles (voy. t. I^er^ sur l'art. 14). Les tribunaux français sont compétents pour connaître de la demande (5);

2° Si le réclamant est étranger et le débiteur Français, on applique l'art. 15, étendu par la jurisprudence aux obligations non-contractuelles dont un Français peut être tenu vis-à-vis d'un étranger (6);

(1) Toulouse, 12 mars 1867, *Pand. franç.*, 87, 2, 261.

(2) Douai, 22 août 1849, S. 50, 2, 586.

(3) Rennes, 26 août 1820, S. chr.

(4) Cass. 18 août 1835, S. 35, 1, 873; Montpellier, 5 févr. 1869, D. 69, 2, 213.

(5) Cass. 16 mai 1888, *Pand. franc.*, 89, 1 et la note; Cass. 13 déc. 1865, D. 66, 1, 21. Y a-t-il exception pour les citoyens Suisses en vertu du traité du 15 juin 1869? Voy. Trib. Seine, 10 mars et 23 avr. 1888, S. 88, 2, 94,

(6) Cass. 3 juill. 1865, D. 65, 1, 347.

3° Quand les deux parties appartiennent l'une et l'autre à une nationalité étrangère, il y a deux cas où la compétence des tribunaux français ne pourrait être mise en doute.

D'abord celui où le demandeur a été autorisé à établir son domicile en France, art. 13.

Ensuite le cas où l'une des parties peut se prévaloir de l'un des traités plus haut énoncés (t. I^er^, n° 286), accordant aux sujets des parties contractantes le libre et facile accès auprès de leurs tribunaux, ou leur assurant, en termes généraux, le traitement de la nation la plus favorisée (1).

En dehors de ces deux hypothèses, la question a pu faire doute sous l'influence de la doctrine qui refuse aux tribunaux français toute compétence pour statuer sur les contestations qui s'élèvent entre deux étrangers. Mais la jurisprudence a suivi une direction différente et admet que les tribunaux du lieu où résident les parties sont compétents en matière alimentaire, quelle que soit la manière d'envisager la nature de la dette alimentaire (2).

S'il y a encore quelques dissidences (3); elles paraissent résulter d'une confusion entre deux questions bien distinctes, d'abord celle de savoir si la justice française est compétente, en second lieu celle de savoir d'après quelle loi la justice française doit mesurer l'obligation alimentaire.

229. C'est le point qu'il faut maintenant examiner. La question suppose qu'il y a conflit entre deux lois différentes, et qu'il s'agit de savoir quelle est celle qu'il faut appliquer.

Les uns soutiennent qu'il faut toujours appliquer à l'obligation alimentaire la loi du lieu où elle est invoquée, *lex fori*, les autres qu'il faut au contraire appliquer la loi personnelle des parties.

(1) Cass. 22 juill. 1886, J. D. I. P. 86, p. 583.

(2) Paris, 29 sept. 1859; *Gaz. Trib.*, 2 oct. 59; Trib. Seine, 3 mai 1879, *le Droit*, 14 juin 79.

(3) Alger, 16 janv. 1882, *le Droit*, 5 août 1882 et la note.

Le premier système allègue que, dans chaque pays, les lois qui ont réglementé le devoir alimentaire sont des lois d'ordre public, s'imposant impérieusement à tous les habitants du territoire (1).

Dans ce système, une fille autrichienne ne pourrait pas se prévaloir en France, contre son père autrichien, de l'art. 1220 du C. C. autrichien, qui, à l'inverse de notre art. 204, soumet le père à l'obligation de doter ses enfants ;

Un frère italien ne pourrait pas réclamer devant nos tribunaux, de son frère italien comme lui et résidant en France, une pension alimentaire.

A l'inverse un enfant naturel anglais, dont on suppose d'ailleurs la filiation et la nationalité établies, pourrait réclamer des aliments à son père naturel, quoique ce dernier ne soit soumis à aucune obligation de ce genre par la loi anglaise;

De même, un gendre anglais ou américain résidant en France, pourrait réclamer des aliments à son beau-père, quoique le statut personnel de ce dernier l'affranchisse d'une telle charge.

Nous préférons adopter le second système, résultant des principes généraux plus haut exposés (t. Ier, n° 151), d'après lequel la demande en pension alimentaire formée devant la juridiction française, par un étranger contre un autre étranger doit être appréciée d'après les règles du statut étranger commun aux deux parties (2). M. Laurent, qui adopte cette solution, ne semble pas aller trop loin en refusant toujours à la loi territoriale la moindre influence; il soutient que l'ordre public n'est jamais intéressé à ce qu'une pension alimentaire soit ou ne soit pas payée. C'est aussi notre avis ; il n'y a en jeu que des intérêts privés. Nous n'hésitons pas cependant à approuver une décision de la Cour de Paris d'après laquelle les étrangers qui invoquent les lois de leur

(1) En ce sens, notamment, Trib. Seine, 14 août 1869, 18 mai 1876; 22 mai 1877, J. D. I. P. 77, p. 428.

(2) LAURENT, *Dr. intern. priv.*, t. V, n° 89 à 92.

pays pour réclamer des aliments devant les tribunaux français, doivent être repoussés lorsque ces lois blessent un principe d'ordre public édicté par la loi française, notamment quand elles permettent la recherche de la paternité (1). Il y a ici une équivoque, et l'arrêt est mal rédigé. La filiation du demandeur en pension alimentaire n'était pas établie ; pour l'établir, il fallait recourir à la recherche de la paternité, ce que permettait son statut personnel. Mais ce n'était pas la contestation sur une pension alimentaire qui pouvait intéresser l'ordre public. C'était la recherche de la paternité, indépendamment du but final que cette recherche était destinée à atteindre.

Si les deux parties n'appartiennent pas à la même nationalité, les tribunaux français devront mesurer l'obligation alimentaire, par application de la loi nationale du créancier. Donc un frère italien de naissance devrait pouvoir réclamer des aliments à son frère d'un autre lit, français de naissance. Mais on déroge dans ce cas au statut personnel dans un *intérêt français* (t. Ier, nº 153). L'observation de M. Laurent est cependant fort juste : « Vainement, dit-il, le Français prétendra que la loi française ne reconnaît pas le droit de l'étranger ; elle le reconnaît par cela seul qu'elle reconnait le statut étranger (2). »

Si l'une des parties a changé de nationalité depuis l'époque où les rapports de famille donnant droit à des aliments ont pris naissance. Cette circonstance ne pourrait ni augmenter ses droits, ni aggraver ses obligations. Une naturalisation acquise par une personne ne peut nuire aux autres (3). Par conséquent un Français naturalisé italien ne pourrait réclamer une pension alimentaire à son frère demeuré français, ni être tenu d'en fournir à celui-ci.

(1) 2 août 1866, S. 66, 2, 342.
(2) T. II, nº 88.
(3) V. Paris, 2 août 1866, S. 66, 2, 342, D. 67, 2, 41. — Trib. Seine, 22 mai 1877, *Gaz. des Trib.*, 28 juin 1877, J. D. I. P. 1877, p. 428.

CHAPITRE VI.

DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

§ 1er. — Devoirs communs aux deux époux.

230. — A certains égards, la loi reconnaît au mari et à la femme une situation égale dans le mariage; art. 212, devoir de fidélité.
231. — Devoir de secours et d'assistance; *quid* en cas de séparation judiciaire?
232. — *Quid* en cas de séparation de fait.
233. — A d'autres points de vue le législateur a consacré la prétendue infériorité de la femme, art. 213.
234. — Base juridique de la subordination légale de la femme dans la direction des intérêts communs.
235. — Application au choix de la résidence commune, art. 214.
236. — Obligation du mari de procurer à la femme une résidence convenable.
237. — Sanction de l'obligation de cohabitation imposée à la femme par l'art. 214.
238. — L'emploi de la force publique est inadmissible.
239. — La véritable sanction consiste dans le droit de demander le divorce ou la séparation pour injure grave.

230. Le mariage étant un contrat, ainsi que nous l'avons démontré, doit engendrer des obligations proprement dites, c'est-à-dire susceptibles d'être sanctionnées par une coercition directe ou indirecte, et non pas seulement des devoirs moraux dont l'accomplissement serait abandonné aux scrupules des consciences individuelles.

Le législateur, pour déterminer l'étendue des droits et des devoirs dérivant du mariage, aurait dû prendre pour base l'égalité incontestable qui existe entre l'homme et la femme. Personne aujourd'hui n'oserait sérieusement alléguer ce qu'on appelait autrefois *la fragilité, la faiblesse, l'inexpérience du sexe*. Aussi faut-il reconnaître que si la femme est encore soumise, dans les actes civils, au contrôle du mari, ce

n'est plus dans le but de protéger sa faiblesse et son inexpérience, mais uniquement pour assurer, par l'unité de direction, la bonne administration du ménage. Nous verrons plus tard ce que vaut cette idée.

Nous remarquerons d'abord qu'il existe certains devoirs dérivant du mariage, pour l'accomplissement desquels la loi pouvait faire aux deux époux une égalité parfaite de situation; ce sont les devoirs qui sont ainsi résumés :

ART. 212. Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance.

Cette formule semble promettre aux deux conjoints un traitement égal et semblable. Il n'en est rien cependant, au moins pour la fidélité.

Sans doute, l'adultère commis par l'un des époux, peut, depuis la loi qui a rétabli le divorce, servir, sans distinction, de base à une demande en divorce ou en séparation de corps de la part de l'autre époux; mais, au point de vue pénal, l'adultère de la femme est réprimé plus sévèrement que l'adultère du mari; il est puni de trois mois à deux ans d'emprisonnement, en quelque lieu qu'il ait été commis. L'adultère du mari n'est au contraire puni que d'une amende de 100 à 2000 francs, et seulement quand le mari a tenu sa concubine dans la maison conjugale.

Il y aura encore d'autres différences que nous signalerons plus loin.

231. Le devoir de *secours* et *assistance* n'est rien autre chose en soi que la dette alimentaire, avec un élément nouveau impliquant une prestation de soins personnels.

En parlant d'assistance, la loi suppose que les époux maintiennent la vie commune; les aliments sont dans ce cas fournis au domicile conjugal, où le mari doit procurer à la femme tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie suivant ses facultés et son état (art. 214).

Donc, pour qu'il soit question d'une prestation alimentaire

proprement dite, il faut supposer que les époux sont séparés. Il ne saurait y avoir de difficulté en cas de séparation de corps judiciairement prononcée. La jurisprudence reconnaît sans difficulté que l'obligation alimentaire continue de subsister entre époux, malgré leur séparation judiciaire (1), avec tous ses caractères de réciprocité et de variabilité en cas de changement dans la condition pécuniaire de l'un des conjoints (2). Mais la pension ainsi due en vertu de l'art. 212 ne doit pas être confondue avec celle qui peut être allouée en cas de divorce en vertu de l'art. 301, qui a plutôt le caractère d'une sorte de réparation et ne peut être réclamée que par l'époux qui a obtenu le divorce. Cependant la Cour de cassation a admis l'application de l'art. 301 en cas de séparation de corps (3). Enfin il ne faut pas confondre la prestation alimentaire due en vertu de l'art. 212, avec les provisions alimentaires accordées durant l'instance en séparation de corps. Ces provisions doivent être considérées comme une simple avance sur ce qui reviendra à la femme d'après la liquidation de la communauté (4).

Lorsque la séparation de corps a été prononcée aux torts réciproques des deux époux, la pension alimentaire qui a pu être allouée à l'un d'eux ne survit pas à la conversion de la séparation de corps en divorce (5).

232. Si au lieu d'une séparation judiciaire, il n'est intervenu entre les époux qu'une séparation de fait, on peut soutenir théoriquement qu'une action alimentaire entre époux est impossible; que les tribunaux ne sauraient sanctionner

(1) Cass. 27 janv. 1890, S. 90, 1, 216.
(2) Orléans, 3 avr. 1889, D. 89, 2, 184.
(3) Cass. 7 avr. 1873, S. 73, 1, 337.
(4) Cass. 12 juill. 1889, D. 1, 422.
(5) Paris, 16 juin 1888, S. 89, 2, 103; Orléans, 30 mars 1887, S. 88, 2, 216.

une situation que la loi ne pouvait reconnaître, que le réclamant peut seulement demander soit le rétablissement du ménage commun, soit le divorce ou la séparation de corps. C'est ce qui a été jugé quelquefois (1).

Mais il faut remarquer qu'il n'entre pas dans la théorie de la loi de pousser forcément l'époux intéressé à demander le divorce ou la séparation de corps. La loi tolère les situations qui laissent quelque espoir de rapprochement. Enfin, admettre entre époux séparés de fait, la recevabilité d'une action alimentaire, ce n'est pas du tout sanctionner une situation que la loi ne reconnaît pas.

En effet, une telle action ne pourrait être accueillie de la part de l'époux indigent que s'il s'offrait en même temps de reprendre la vie commune, de telle sorte que les aliments ne seraient dus que si l'époux actionné s'y refusait (2), sans motif plausible (3), et ne seraient pas dus dans le cas contraire (4). Enfin, l'offre sérieuse du mari condamné de recevoir convenablement sa femme au domicile conjugal, aurait pour conséquence de faire cesser la pension du jour de l'offre (5). Dans ces conditions, toutes admises par la jurisprudence, il ne serait pas exact de prétendre qu'une situation irrégulière se trouve sanctionnée, et dès lors il a été décidé avec raison que la femme n'est pas tenue de faire prononcer judiciairement la séparation de corps pour être reçue à demander à son mari une pension alimentaire, quand la séparation a eu lieu de fait, pour de justes causes (6).

(1) Bordeaux, 11 févr. 1887, *Gaz. Pal.*, 87, 1, 612; Trib. Gannat, 29 oct. 1885, *Gaz. Pal.*, 85, 2, *Suppl.*, 126.

(2) Bordeaux, 3 févr. 1853, S. 53, 2, 260; Aix, 17 févr. 1871, D. 72, 2, 64.

(3) Paris, 29 août 1857, S. 57, 2, 768.

(4) Trib. Lille, 10 nov. 1887, *Gaz. Pal.*, 88, 1, 519.

(5) Trib. Seine, 30 avr. 1887, *Pand. fr.*, 88, 2, 215.

(6) Trib. Seine, 13 janv. 1882, *Gaz. Pal.*, 82, 1, 269.

233. Quand le législateur a voulu déterminer la condition respective de chaque époux dans le ménage commun, il s'est laissé influencer par les vieilles traditions sur la prétendue infériorité de la femme et il l'a absolument subalternisée :

ART. 213. Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.

La vérité est que les deux époux se doivent une mutuelle déférence ; quant à la protection, elle est due par celui des deux qui se trouve en situation de l'accorder à l'autre. Mais on ne voit pas quelle serait la base de l'obéissance que la femme devrait au mari. Nous avons déjà remarqué qu'il n'existe qu'une seule autorité, celle des père et mère sur leurs enfants, et elle n'est pas le résultat d'une délégation. D'où le législateur aurait-il tiré le droit de prétendre soumettre l'un des époux à la nécessité d'obéir à l'autre ?

Tout ce que l'on peut dire, c'est que les affaires intéressant le ménage commun doivent être délibérées entre les époux comme entre deux associés ayant des droits égaux; et que, dans le cas de dissentiment, l'opinion de l'un devant être prépondérante pour qu'une décision soit prise, le mari est investi de cette prérogative. — On comprend très bien, en effet, que la volonté humaine impuissante à proclamer sa propre déchéance, en se soumettant à l'obéissance envers un autre, puisse au contraire, dans une société librement formée, accorder à l'une des parties un vote prépondérant après une délibération commune.

M. Laurent critique cet aperçu : « On oublie, dit-il, qu'il peut très bien y avoir des sociétés de deux personnes, sans que l'une ait la prééminence sur l'autre. Si les associés sont en dissentiment, le tribunal décide. Il en est même ainsi dans la société conjugale, malgré la puissance maritale, quand le mari refuse d'autoriser la femme à faire un acte juridique, la femme peut s'adresser à la justice. Quand le mari ne fournit pas à la femme l'entretien auquel elle a droit, il y a encore

recours au juge. Pourquoi n'organiserait-on pas un recours dans tous les cas où les époux sont en désaccord (1) ?

234. La réponse est facile : d'abord on reconnaît que ce recours existe déjà pour les cas les plus graves; mais on voudrait qu'il pût se produire dans tous les cas de désaccord ! Mais alors la famille serait, en réalité, dirigée par l'autorité chargée de statuer sur ce recours; à chaque dissentiment, l'un des époux menacerait l'autre d'en appeler à cette autorité. Quelle serait ensuite la disposition d'esprit du conjoint convaincu par jugement et arrêt d'avoir eu tort dans tel cas déterminé ? N'est-il pas plus simple d'accorder au mari le droit de prendre une résolution finale, et puisqu'on parle de société, de l'assimiler à un administrateur statutaire en lui appliquant l'art. 1856 ainsi conçu :

« L'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude. »

Une femme non mariée, formant une société ordinaire avec un tiers, pourrait, sans difficulté, souscrire au profit de ce tiers, désigné comme administrateur, une clause semblable. Il n'est donc pas contraire au droit de la femme de présumer qu'une semblable convention est implicitement contenue dans la société spéciale qu'on appelle le mariage; et il faut bien ici procéder par voie de présomption, puisqu'il s'agit d'établir une règle générale pour tous les mariages. Nous admettons donc l'assimilation du mariage à une société ordinaire, mais à une société ayant à sa tête un administrateur investi, par le pacte social, du droit d'agir seul, et non avec une société, où les associés ont un vote indépendant, avec recours éventuel à la justice. Et comme une femme mariée ne pourrait avoir comme associée des droits plus étendus que comme

(1) T. III, n° 83.

femme, il en résulte que le mariage doit avoir pour effet d'annuler toute société qui aurait été conclue entre les parties antérieurement à leur mariage (1).

235. Il est du reste bien facile de faire l'application de ces principes.

Quand deux personnes se marient elles se sont naturellement mises d'accord sur le point de savoir où sera établi le domicile matrimonial. — Mais, après un temps plus ou moins long depuis la célébration du mariage, on peut admettre que la question se pose de savoir s'il n'y aurait pas intérêt à transporter ailleurs le domicile commun. Un dissentiment se produit à cet égard entre les deux époux; le mari voudrait adopter une résidence nouvelle; la femme préfère conserver l'ancienne. A qui doit appartenir la solution? D'après l'opinion ci-dessus énoncée de M. Laurent, le législateur aurait dû laisser en définitive aux tribunaux le droit de statuer. Nous pensons, au contraire, que le mari doit avoir une opinion prépondérante sur une telle question, au moins en principe, et c'est ce qu'a pensé aussi le législateur :

ART. 214. 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, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état.

On peut remarquer que les rédacteurs du Code ayant à exprimer cette idée bien simple qu'il appartenait au mari de déterminer le siège de la résidence commune, semblent avoir recherché la formule la plus désobligeante pour la femme; c'est la femme qui est *obligée* de *suivre* le mari où il *juge à propos* de résider..... Presque chaque mot semble trahir l'intention de rabaisser la femme. On estime cependant que l'intention de la loi ne peut pas avoir été d'obliger la femme à suivre partout un mari qui ne veut s'arrêter nulle

(1) Cass. 7 mars 1888, S. 80, 1, 305; Nîmes, sous Cass. 12 juill. 1886, S. 87, 1, 584.

part : il faut que le mari *juge à propos* de résider, c'est-à-dire de se fixer quelque part. Pourvu qu'il en soit ainsi, la femme doit suivre le mari, même en pays étranger.

Il est cependant reconnu que la femme n'est pas tenue de suivre son mari à l'étranger lorsque l'émigration est défendue par une loi politique.

236. Le mari, de son côté, est obligé de recevoir sa femme. Il doit donc lui offrir un logement convenable eu égard à ses facultés et à son état, et aussi les moyens d'occuper ce logement. Il est donc tenu personnellement des fournitures faites sous ses yeux à sa femme pour son entretien et lui procurer les agréments de l'existence commune, suivant les conditions de fortune, d'éducation et de relations sociales du ménage (1).

La femme n'est donc pas tenue d'habiter avec son mari quand ce dernier ne lui offre pas un logement convenable et dans des conditions de nature à assurer sa dignité et sa tranquillité, par exemple, s'il y exerce une profession déshonnête, ou s'il y entretient une concubine, ou même s'il y tolère des personnes dont la présence et l'attitude sont blessantes pour l'épouse (2).

237. Si la femme refuse d'habiter avec son mari, ce dernier a le droit de lui dénier tout secours pécuniaire, sur les revenus de ses biens personnels et sur ceux de la communauté, et même sur les revenus des biens propres de celle-ci dont il aurait l'administration et la jouissance (3).

Mais cette sanction est insuffisante. Si la femme ne demande pas d'aliments, il n'y a pas lieu de les lui refuser. Si elle est mariée sous le régime de la séparation de biens

(1) Voy. Cass. 16 juill. 1889, S. 90, 1, 117 (résolu par la Cour d'appel).

(2) Cass. 2 janv. 1877, D. 77, 1. 162; Pau, 8 mai 1890, S. 91, 2, 3.

(3) Dijon, 4 févr. 1888, D. 89, 2, 243.

ou sous le régime dotal, elle dispose elle-même de tout ou partie de ses revenus. Le mari pourrait-il, dans ce cas, être autorisé par justice à faire saisir la totalité des revenus de sa femme et à se mettre en possession de ses biens pour la forcer ainsi, indirectement, à rentrer au domicile conjugal? Quelques auteurs l'ont admis par la raison qu'il n'y a pas de texte qui s'y oppose (1). Mais il faudrait au contraire un texte qui permette de priver ainsi la femme d'un droit qu'elle tient de sa qualité de propriétaire et de son contrat de mariage (2).

Les juges ne pourraient-ils pas, tout au moins, condamner la femme à réintégrer le domicile conjugal, sous peine d'encourir des dommages-intérêts au profit du mari? La Cour de cassation l'a ainsi décidé (3). Mais il est impossible de trouver une base sérieuse à une telle décision, quand on considère que les dommages-intérêts doivent être calculés, selon l'art. 1149, d'après la perte que le créancier a subi et le gain dont il a été privé, et que le mari n'est pas un créancier.

238. Enfin, pourrait-on admettre l'exécution par la force, *manu militari*, de la décision condamnant la femme à réintégrer le domicile conjugal? Des auteurs ont pensé que la contrainte personnelle est un moyen légal qui peut souvent atteindre le but et de nombreuses décisions ont été rendues dans ce sens (4). Sans doute, les jugements peuvent, en général, être ramenés à exécution par la force. Mais il faut pour cela que la prestation ordonnée comporte ce genre d'exécution. Quand un jugement condamne la femme *à réintégrer le domicile conjugal*, cette formule ne peut et ne doit

(1) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. II, n° 105.
(2) LAURENT, t. III, n° 91.
(3) Cass. 26 juin 1878, D. 79, 1, 80.
(4) Voy. DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 107 et les autorités et décisions citées.

s'entendre que dans le sens de l'art. 214 déclarant que la femme est obligée d'*habiter avec le mari*. Il ne s'agit pas de la présence matérielle de la femme dans la maison commune à un moment précis, déterminé par un procès-verbal; il s'agit d'une communauté d'habitation, prestation complexe impliquant à la fois un élément moral et l'élément matériel résultant de la présence effective de la femme. Or, cette prestation complexe ne peut être procurée *manu militari*. La femme est donc condamnée à réintégrer le domicile conjugal absolument comme, dans le cas de l'art. 190, les conjoints dont le mariage est annulé doivent être *condamnés à se séparer*. Il n'est pas plus possible d'employer la force publique dans un cas que dans l'autre. Il semble que la jurisprudence la plus récente veuille entrer dans cette voie (1).

239. Faudrait-il donc aboutir à cette conclusion que l'obligation de la femme d'habiter avec son mari n'est pas munie d'une sanction légale? Évidemment non. L'abandon du domicile conjugal par la femme et son refus de le réintégrer pourront constituer une injure grave de nature à motiver contre elle une demande en divorce ou en séparation de corps (2). Le refus du mari de recevoir sa femme aura le même caractère, et pourra motiver aussi une condamnation à des aliments, ainsi qu'on l'a vu plus haut.

§ 2. — Incapacité légale de la femme; — Autorisation maritale.

240. — Base de cette incapacité.
241. — De l'autorisation d'ester en justice, art. 215.
242. — La nature du régime matrimonial ne peut modifier l'incapacité de la femme d'ester en justice sans autorisation.
243. — Forme de l'autorisation d'ester en justice; son étendue; sanction; droit des tiers.

(1) Aix, 22 mars 1884, S. 84, 2, 93.
(2) Cass. 11 déc. 1888, D. 1, 341.

244. — Dérogation aux règles précédentes résultant de l'art. 216.
245. — De l'autorisation de passer les actes juridiques; art. 217.
246. — La femme ne peut s'obliger par contrat sans l'autorisation du mari.
247. — *Secùs*, en cas de délit et de quasi-délit.
248. — *Quid* en cas de quasi-contrat?
249. — La nature du régime matrimonial peut influer sur l'incapacité de la femme de passer des actes juridiques sans autorisation.
250. — Autorisation expresse.
251. — Autorisation tacite résultant du concours du mari.
252. — Ce concours suppose que le mari peut jouer le rôle de partie intéressée dans l'acte.
253. — L'autorisation du mari ne peut être subséquente à l'acte de la femme; de la ratification.
254. — Des obligations contractées par la femme séparée de fait de son mari.

240. De ce que la femme doit obéissance à son mari, selon la déclaration de l'art. 213, la loi a tiré cette conséquence qu'à compter du mariage la femme ne peut procéder aux divers actes de la vie civile qu'après en avoir demandé et obtenu la permission de son mari. A ce point de vue l'incapacité de la femme semblerait avoir pour cause la nécessité de maintenir l'autorité maritale.

Mais cette cause ne saurait être la seule, car lorsque le mari est absent ou incapable, l'autorisation du mari est remplacée par l'autorisation de justice. Serait-ce qu'il s'agirait aussi d'une idée de protection à l'égard de la femme, à raison de sa faiblesse ou de son inexpérience? Évidemment non, puisque le législateur moderne n'a pas songé à une telle protection à l'égard de la femme non mariée.

La vérité est qu'il y a une grande différence entre la condition de la femme mariée et celle de la femme non mariée. Les actes d'une femme non mariée n'intéressent qu'elle seule; les actes d'une femme mariée réagissent au contraire nécessairement sur le mari et sur les enfants, c'est-à-dire sur la famille; il a donc semblé naturel que le chef de la

famille intervienne pour la sauvegarde des intérêts communs, et que dans les cas d'impossibilité d'une intervention personnelle de sa part, la justice le remplace (1). Par conséquent la théorie de l'autorisation maritale est fondée :

1° Sur la nécessité de maintenir l'autorité du mari;

2° Sur la garantie due aux intérêts communs de la famille;

Mais non sur l'intérêt particulier et individuel de la femme (2).

Tel est le système général qui résulte assez clairement, à notre avis, des textes du Code, et dont nous allons maintenant examiner le fonctionnement.

241. Le législateur devait d'abord se préoccuper du droit pour la femme de s'adresser aux tribunaux pour faire valoir ou pour défendre ses droits. La question de savoir s'il y a lieu de soutenir un procès, soit en demandant soit en défendant est toujours grave. Le procès produira des conséquences diverses de nature à influer sur le patrimoine; cela suffit pour motiver l'intervention du mari.

ART. 215. La femme ne peut ester en jugement, sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens.

L'article souligne le cas où la femme est marchande publique, parce que, dans cette hypothèse, elle n'a besoin que d'une autorisation générale pour les divers actes de son commerce (art. 5, C. com.); il lui faudra au contraire une autorisation spéciale pour chaque procès relatif à son commerce, et il est singulier qu'une règle aussi simple et aussi claire ait pu être quelquefois méconnue (3). Ainsi donc, la circonstance qu'une femme mariée est marchande publique n'exerce aucune influence extensive sur sa capacité d'ester en justice.

242. En est-il de même du régime matrimonial de la

(1) Voy. ZACHARIÆ, t. III, § 472; LAURENT, t. III, n° 95.
(2) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. II, n° 117.
(3) Aix, 9 janv. 1866, D. 67, 5, 35.

femme? La nature du régime auquel elle se trouve soumise pourrait-elle influer sur sa capacité d'ester en justice?

Il ne faut pas oublier qu'on désigne sous le nom de régime matrimonial un ensemble de règles sur l'ordonnancement des dépenses du ménage, et l'administration des biens destinés à les supporter.

Or, sous le régime de la communauté légale, la femme n'a, du moins en principe, l'administration d'aucun bien; il en est de même sous le régime exclusif de communauté. On comprend que sous de pareils régimes, qui enlèvent tout pouvoir à la femme, cette dernière ne puisse ester en justice sans l'autorisation de son mari.

Mais il peut arriver, même sous le régime de la communauté, que la femme se soit assurée l'administration de tout ou partie de ses biens personnels, art. 1498, 1500, C. C.; sous le régime dotal, la femme administre ses biens paraphernaux; sous le régime de la séparation de biens, conventionnelle ou judiciaire, la femme administre tous ses biens. Or, on aurait pu croire que, dans tous les cas où la femme a un pouvoir quelconque d'administration sur une partie quelconque de ses biens, ce pouvoir d'administration emporte virtuellement la possibilité d'ester librement en justice pour les procès ayant leur source dans cette administration. Il n'en est pas ainsi, nous dit l'art. 115; la femme a toujours besoin de l'autorisation maritale, quand même elle serait *non commune*, ce qui n'avait pas besoin d'être dit, *quand même elle serait séparée de biens*, c'est-à-dire *quand même elle aurait le droit d'administrer tous ses biens* (1).

En d'autres termes le droit d'administrer n'emporte pas le droit de plaider; plaider n'est pas un acte d'administration.

L'incapacité pour la femme d'ester en justice, sans autorisation, est donc générale et absolue, que la femme soit deman-

(1) Voy. Cass. 21 févr. 1888, S. 88, 1, 104.

deresse ou défenderesse, qu'il s'agisse pour elle de plaider en première instance ou en appel, de se pourvoir en cassation ou par la voie de la requête civile.

243. L'autorisation du mari sera donnée par écrit, ou résultera virtuellement de son concours dans l'instance. Si la femme est demanderesse, il faut, mais il suffit, qu'elle produise l'autorisation du mari avant le jugement (1) ou bien le mari agira avec elle, et l'exploit d'ajournement ou assignation mentionnera qu'il autorise sa femme. Si le nom et l'autorisation du mari ne figurent pas dans l'exploit d'assignation, les tiers ne peuvent en demander la nullité; mais il leur appartient soit de mettre eux-mêmes le mari en cause, soit de repousser la femme par une exception dilatoire jusqu'à ce que elle se soit fait autoriser soit par son mari soit par justice (2).

Quand la femme est défenderesse, le demandeur, dans la pratique, assigne toujours le mari aux fins de l'autorisation, en même temps que la femme. Le mari peut autoriser sa femme par écrit, ou en l'assistant de sa présence dans l'instance. Si le mari refuse son autorisation, le juge peut l'accorder à sa place (art. 218), et la femme peut alors se défendre. Si le juge fait comme le mari, la femme ne pourra pas se défendre, et sera condamnée par défaut.

Si la femme a pour adversaire son mari, il faudra appliquer les mêmes règles : si elle est demanderesse, le mari sera considéré comme l'ayant tacitement autorisée lorsqu'il aura accepté le débat avec elle, et conclu sur le fond (3); si elle est défenderesse, elle est autorisée tacitement par cela seul que son mari l'attaque.

Ordinairement, l'autorisation donnée par le mari est spéciale, et par suite ne peut valoir que pour la juridiction envi-

(1) Trib. corr., Chambéry, 6 nov. 1886, *Loi*, 86, 20 nov.
(2) Paris, 20 janv. 1886, *Gaz. Pal.*, 86, 772.
(3) Cass. 18 mars 1878, S. 78, 1, 193.

sagée. On a admis cependant qu'une autorisation pouvait être donnée valablement pour suivre un procès jusqu'à la fin, et épuiser activement ou passivement toutes les voies de recours. Dans ce cas l'autorisation n'a pas besoin d'être renouvelée devant chaque nouvelle juridiction. En effet, ce qu'on a appelé *la spécialité de l'autorisation* doit s'entendre surtout du procès en vue duquel l'autorisation est donnée et il faut largement interpréter l'art. 215 dont il importe de ne pas aggraver les inconvénients. Si la femme a été simplement autorisée à ester en justice ou à plaider dans telle affaire déterminée, il a été jugé qu'elle avait besoin d'une nouvelle autorisation pour interjeter appel du jugement rendu contre elle, mais non pour défendre à l'appel dirigé contre le jugement qu'elle aurait obtenu (1).

Il est à remarquer que le mari, quoique ne figurant dans l'instance que pour l'autorisation, pourra cependant être condamné aux dépens, lorsque, à raison de la nature de la contestation, et du régime sous lequel il est marié, il est appelé à profiter du procès fait par sa femme (2).

La nullité résultant du défaut d'autorisation ayant pour base le respect du pouvoir marital est considérée comme étant d'ordre public; elle pourra donc être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation (3); mais l'autorisation donnée pour appeler d'un jugement couvrirait la nullité résultant du défaut d'autorisation devant le premier juge (4).

La nécessité de l'autorisation maritale ne peut ni diminuer, ni restreindre le droit des tiers. Par conséquent les créanciers de la femme peuvent exercer sur ses biens le droit de pour-

(1) Cass. 22 janv. 1879, S. 79, 1, 152; Cass. 25 févr. 1879, S. 79, 1, 273.

(2) Cass. 21 mai 1878, S. 78, 1, 295.

(3) Cass. 21 févr. 1888, D. 88, 1, 214; Cass. 16 juill. 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 219.

(4) Cass. 5 déc. 1809, D. *Répert.*, v° *Culte*, n° 625.

suite qui leur appartient; mais la femme poursuivie doit être autorisée soit par son mari, soit par la justice, c'est ce qui résulte de l'art. 2208, C. C. (1). Si les créanciers veulent exercer du chef de la femme une action appartenant à cette dernière, en vertu de l'art. 1166, il est manifeste qu'ils ne sauraient être tenus d'obtenir l'autorisation du mari sous prétexte qu'ils ne peuvent exercer l'action que dans les mêmes conditions que la femme elle-même (2), mais la femme mise en cause devra être autorisée.

244. Par dérogation aux règles qui précèdent, la femme n'a pas besoin d'autorisation du mari pour former contre ce dernier une demande en divorce (art. 238, C. C.), ou en séparation de corps (art. 878, C. p. c.), ou en séparation de biens (art. 865, C. p. c.). La femme est alors autorisée par le président du tribunal.

De même :

ART. 216. L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police.

En matière civile, le mari doit intervenir pour apprécier s'il y a pour la femme intérêt à se défendre ou à faire défaut. En matière criminelle, correctionnelle ou de police, la femme a toujours intérêt à se défendre, dès lors il est inutile d'interpeller le mari sur ce point.

De là il suit, quand il s'agit de l'action civile née d'une infraction commise par la femme :

Que la femme n'a pas besoin d'être autorisée si la partie civile agit concurremment avec le ministère public devant la juridiction répressive, car on se trouve alors dans le cas directement prévu par l'art. 216;

Mais que la femme doit être autorisée si la partie civile a porté son action devant la juridiction civile, ou si elle agit seule et directement devant la juridiction répressive, comme

(1) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. II, n° 134.
(2) Poitiers, 12 déc. 1887, D. 89, 2, 113.

elle peut le faire en matière correctionnelle ou de police. Dans les deux cas l'action tend à des dommages-intérêts, et rentre sous l'empire de la règle générale de l'art. 215; la femme peut ne pas avoir intérêt à se défendre, à arrêter immédiatement le procès en désintéressant le demandeur, etc. Le mari doit donc apprécier la situation.

Les exceptions mentionnées ci-dessus à la nécessité de l'autorisation maritale, sont les seules, et ne sauraient être étendues à d'autres cas (1).

245. Les mêmes motifs, qui ont fait admettre la nécessité de l'autorisation maritale en matière judiciaire, se retrouvent pour tous les faits juridiques extrajudiciaires émanés de la femme et pouvant réfléchir avec une gravité plus ou moins grande sur son patrimoine, et par conséquent sur les ressources de la famille.

La loi énumère d'abord les actes d'acquisition soit à titre gratuit, soit à titre onéreux :

ART. 217. La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothèquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit (*).

Rentrent implicitement dans l'énumération qui précède :

Le fait d'accepter ou de répudier une succession, car en acceptant une succession on acquiert, et en la répudiant on aliène, art. 776;

Le fait de recevoir le paiement d'une créance, ce qui n'est autre chose que l'aliénation de la créance;

Le fait de payer une dette, ce qui est une aliénation de la chose consacrée au paiement, art. 1238. Mais si la femme mariée a volontairement payé des sommes sur un compte résultant de jeux de bourse auxquels elle se livrait au su de son mari, elle ne peut en exiger la restitution; le mari ayant

(*) Art. 217. — Comp. GAI. 1 § 192; *Ulp. reg.* 2 § 1.
(1) Cass. 21 janv. 1845, D. 45, 1, 97.

ainsi couvert, dans toutes ses conséquences, l'incapacité relative de la femme (1).

246. L'art. 217 ne dit pas expressément que la femme ne peut pas *s'obliger* sans l'autorisation du mari. — Or, on peut s'obliger : 1° par l'effet d'un délit, d'un quasi-délit et d'un quasi-contrat; 2° par l'effet d'un contrat. Le Tribunat avait proposé une rédaction qui déclarait la femme incapable de *s'obliger*. Mais cette rédaction fut rejetée parce qu'elle manquait de précision, et pouvait induire à penser que la femme ne pouvait s'obliger par suite d'un délit, d'un quasi-délit ou d'un quasi-contrat, ce qui était faux. C'est de ce rejet qu'a surgi la question de savoir si la femme mariée peut s'obliger *en contractant*.

On a d'abord prétendu que la question ne présentait pas d'intérêt. Que devait-il résulter, disait-on, de ce que l'obligation de la femme pourrait être considérée comme valable? C'est qu'elle pourrait être poursuivie sur ses biens, art. 2092; elle aurait donc aliéné indirectement sans autorisation, ce qui est prohibé par l'art. 217. Mais il faut répondre que certaines femmes mariées, quand elles ont l'administration d'une partie de leur patrimoine, peuvent aliéner dans les limites de leur droit d'administration. Ainsi la femme séparée de biens peut aliéner son mobilier sans autorisation, art. 1449-2° et 1534. Or voici l'intérêt de la question : si la femme séparée de biens ne peut s'obliger en contractant, et que néanmoins elle ait conclu un contrat, son créancier ne pourra pas faire saisir son mobilier. Si on admet au contraire qu'elle a pu s'obliger, le créancier pourra faire saisir ses meubles qu'elle a pu aliéner ainsi indirectement, puisqu'elle avait le droit de les aliéner directement.

Il faut décider que, d'après la théorie du Code civil, la femme mariée est incapable de s'obliger contractuellement

(1) Cass. 20 nov. 1865, S. 66, 1, 14.

sans l'autorisation de son mari. Plusieurs articles de notre chapitre supposent en effet cette incapacité chez la femme, puisqu'ils lui permettent de contracter dans certains cas déterminés, voy. 220, 221, 222, 224. Ces exceptions permettent de dégager la règle générale. Par conséquent, la femme séparée de biens n'a pas le pouvoir de s'obliger seule. Si la loi lui a accordé le pouvoir d'aliéner son mobilier, c'est que telle est la conséquence du pouvoir d'administration qui lui appartient, mais ce pouvoir d'aliéner, ne saurait dépasser les limites de l'administration (1). Par conséquent on ne saurait voir un simple acte d'administration des deniers d'une femme séparée de biens dans l'acquisition qu'elle aurait faite d'un immeuble en emploi de deniers provenant de la vente d'un immeuble dotal. L'autorisation du mari ou de justice est nécessaire pour la validité d'un tel acte (2).

247. La femme est tenue, sans l'autorisation du mari, de réparer le préjudice résultant d'un délit ou d'un quasi-délit par elle commis; tout le monde est d'accord sur ce point (3).

248. Il y a plus de difficulté dans le cas de quasi-contrat. D'abord lorsqu'un tiers a géré spontanément le patrimoine d'une femme mariée, et que la gestion a été utile, il est certain que la femme est tenue de rembourser les dépenses faites (art. 1375). Si c'est au contraire la femme qui s'est ingérée, sans l'autorisation de son mari, dans l'administration des affaires d'autrui, elle n'est tenue d'aucune obligation comme gérant, car elle ne peut être obligée par son fait sans autorisation. Mais elle pourra être tenue des suites de sa mauvaise gestion, considérée comme fait volontaire dommageable, c'est-à-dire comme un quasi-délit.

Dans le cas de réception de l'indu, la femme doit être tenue à concurrence de son enrichissement, même quand elle est

(1) Voy. Aix, 29 avril 1890, S. 90. 2, 130 (*Concl. du Proc. gén.*).
(2) Cass. 2 déc. 1885, *Gaz. Pal.*, 86, 83.
(3) Ex. Cass. 11 janv. 1869, S. 69, 1, 171.

séparée de biens pourvu qu'elle soit de bonne foi; si elle est de mauvaise foi, elle doit être tenue du préjudice total, car il y a eu dol de sa part, et par conséquent délit (1).

249. La règle que la femme ne peut, sans autorisation, ni aliéner, ni acquérir, ni s'obliger par contrat, comporte quelques exceptions dont les principales proviennent de la nature du régime matrimonial adopté.

Ainsi, sous le régime de la séparation de biens contractuelle ou judiciaire, sous le régime dotal à l'égard des paraphernaux, et sous les deux autres régimes, quant aux biens dont la femme s'est réservée l'administration, la femme peut faire sans autorisation tous les actes relatifs à l'administration des biens dont il s'agit. Elle a donc pleine capacité pour s'obliger en tant qu'il s'agit de cette administration, et elle confère ainsi à son créancier le droit de poursuite tant sur ses immeubles, que sur ses meubles.

250. L'autorisation du mari peut résulter d'après l'art. 217, soit de son consentement donné par écrit, soit de son concours dans l'acte, ce qui revient à dire que l'autorisation peut être expresse ou tacite.

La preuve de l'autorisation expresse ne peut résulter que d'un écrit, authentique ou sous-seing privé peu importe, et jamais de la preuve testimoniale. Mais comme cet écrit n'est pas requis pour la solennité de l'acte, on a voulu en déduire que l'absence de cet écrit n'annulera pas le consentement, qui pourra toujours être prouvé par l'aveu de la partie, ou par la délation du serment. Cela paraît contraire à l'esprit et au texte de la loi duquel il résulte que l'autorisation expresse ne peut se prouver que par écrit.

251. L'autorisation tacite résulte du concours du mari dans l'acte accompli par la femme; du *concours*, dit l'art. 217 et non de la seule *présence;* il faut donc que le mari figure dans

(1) LAURENT, t. III, n° 401.

l'acte, non avec la simple qualité d'*assistant*, mais en qualité de partie jouant un rôle actif, et il faut de plus que de l'acte il résulte que, dans le même moment et à la connaissance du mari, la femme jouait aussi dans l'acte le rôle actif que la situation comportait. C'est parce que le mari et la femme ont concouru ensemble au même acte, que la loi tire du concours du mari la présomption qu'il a entendu autoriser sa femme.

Il s'agit par conséquent d'un concours *intellectuel*, et il faut rejeter la singulière opinion émise par la Cour de Toulouse d'après laquelle le concours du mari à l'acte serait tout simplement un fait *matériel*, pouvant être prouvé par témoins ou présomptions (1)!

Il suit de cet aperçu, que l'engagement de la femme ne peut pas valablement intervenir postérieurement à l'engagement du mari, car dans ce cas rien ne prouve que le mari a connu l'engagement de la femme et a voulu l'approuver. Ainsi par, exemple, le mari commence par signer une obligation à laquelle la femme reste étrangère; puis vient un cautionnement signé par la femme sans que le mari l'ait autorisée. On a jugé qu'il y avait eu dans ce cas concours du mari (2); il est certain cependant que le mari n'est pas intervenu dans le cautionnement (3).

Mais si au lieu d'un cautionnement de la femme, on suppose un engagement ordinaire souscrit par cette dernière, on peut admettre que la co-existence de l'obligation du mari et de celle de la femme dans un même acte soit de nature à faire présumer qu'elles ont été contractées ensemble, au moment où l'acte a été créé, et que dès lors le concours du mari à

(1) 18 fév. 1889, *Gaz. Midi*, 26 mai 1889.

(2) Paris, 14 mai 1846, D. 46, 2, 139; Trib. Annecy, 28 juin 1888, *Mon. Lyon*, 28 déc. 1888.

(3) Voy. LAURENT, *loc. cit.*, n° 122.

l'acte, voulu par l'art. 217, a été réalisé (1). Il faut d'ailleurs reconnaître que le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit ne peuvent être suppléés par des équivalents tirés des circonstances qui ont précédé ou suivi l'engagement pris par la femme (2). Le concours du mari dans l'acte, tel que nous venons de le définir, est le seul fait duquel on puisse induire l'autorisation maritale.

252. Voici donc quelle est, en définitive, l'économie de la loi :

Dans tous les cas qui peuvent se présenter, l'autorisation peut être expresse.

Mais il ne faut pas croire que cette même autorisation puisse être toujours tacite.

La loi n'admettant en effet d'autre cas d'autorisation tacite que celui du concours du mari à l'acte, il faut pour concevoir la possibilité d'une autorisation tacite qu'il s'agisse d'un acte dans lequel le mari puisse intervenir comme partie. Le cas se présentera, par exemple, quand le mari et la femme emprunteront conjointement ou solidairement une somme d'argent; quand ils achèteront un bien en commun, quand le mari fera à la femme ou recevra d'elle une donation. Dans toutes ces hypothèses et autres analogues, l'acte sera valable quoique le mari n'ait point *expressément* autorisé la femme à le faire; il a en effet été *partie* dans l'acte, et par conséquent il a *concouru à l'acte.*

Mais s'il s'agit d'un acte à l'égard duquel rien n'autorise le mari à jouer le rôle de partie, cela prouve qu'il lui est impossible de *concourir à l'acte*, c'est-à-dire de donner une autorisation *tacite*, et dans ce cas, il ne reste plus de place que pour une autorisation *expresse.*

Ainsi, par exemple, il s'agit pour la femme de vendre un

(1) Arrêt précité de Toulouse, du 18 fév. 1889.
(2) Paris, 21 nov. 1885, *Gaz. Pal.*, 86, 98.

de ses immeubles propres; il est impossible de concevoir comment le mari pourrait *concourir* à cette vente, dans le sens qui vient d'être donné à cette expression; il ne peut jouer dans cet acte juridique aucun rôle personnel, autre que celui d'*auctor*. Si donc l'acte de vente constatait seulement que la femme a procédé avec l'*assistance* de son mari, l'acte quoique signé par le mari, serait nul faute d'autorisation maritale. En effet, il est certain que la formule employée constatant seulement la présence du mari, ne contient pas une autorisation expresse de la part de ce dernier, et il est non moins certain que le mari n'ayant rien à faire dans cet acte n'y a pas *concouru*, et par suite n'a pas donné d'autorisation tacite.

Cette doctrine, qui est celle de la loi, est extraordinairement étroite, et a pour résultat d'accentuer le caractère parfois insupportable de l'autorisation maritale. Aussi la jurisprudence a-t-elle une tendance à entendre autrement le concours exigé du mari pour valoir comme autorisation tacite. Elle considère comme un concours suffisant toute coopération active donnée par le mari dans le but de faciliter la conclusion de l'acte juridique intéressant la femme, quoique d'ailleurs il ne puisse jouer dans cet acte aucun autre rôle personnel. En voici un exemple remarquable : Une femme avait donné mandat à un tiers pour vendre un de ses immeubles propres; le mari, connaissant l'existence de ce mandat, donna lui aussi mandat à ce tiers pour la vente de ce même immeuble. La Cour de cassation a décidé que le mari devait être réputé avoir concouru à la vente de cet immeuble consentie par le mandataire commun (1). C'est là évidemment une décision *utilitaire;* de deux choses l'une, en effet, ou le mari avait donné mandat d'autoriser sa femme, et alors il y avait autorisation expresse, ou il avait simplement donné mandat pour

(1) Cass. 10 fév. 1886, *Gaz. Pal.*, 86, 454.

être représenté dans la vente, et alors il ne pouvait à aucun titre jouer le rôle de partie dans l'acte et par conséquent y concourir.

253. L'autorisation du mari étant un élément essentiel à la validité de l'acte juridique émané de la femme, peut être antérieure à cet acte ou concomitante de cet acte, mais ne saurait être postérieure.

Le défaut d'autorisation engendre, en effet, deux actions en nullité, l'une au profit du mari, dont l'autorité a été méconnue, l'autre au profit de la femme qui n'a pas eu la garantie que l'autorisation devait lui procurer. La ratification émanée du mari ne saurait donc enlever à la femme l'action en nullité qui lui appartient, c'est-à-dire que l'acte ratifié par un consentement postérieur donné par le mari sans le concours de la femme, resterait toujours annulable au regard de la femme (1). La jurisprudence s'est prononcée, en général, dans ce sens. Il y a quelques décisions qui semblent admettre qu'une obligation nulle en principe, pour défaut d'autorisation maritale, peut être validée d'une manière absolue, aussi bien vis-à-vis de la femme qu'à l'égard du mari, par une ratification postérieure expresse ou tacite. Mais il faut remarquer que ces décisions visent des hypothèses dans lesquelles il y avait eu en même temps ratification certaine émanée de la femme et ratification émanée du mari (2).

254. Il arrive, parfois, que les époux étant séparés de fait, la femme contracte pour son entretien des obligations dont elle demande ensuite la nullité pour défaut d'autorisation. Ces engagements sont valables, non, comme on l'a jugé, parce que le mari qui permet à sa femme de vivre séparément, l'autorise par cela même à contracter des obligations

(1) Paris, 14 nov. 1887, D. 88, 2, 225; MOURLON, t. I, nos 792 et 793; DEMOLOMBE, *Mariage*, t. II, n° 211; *Contrà*, LAURENT, t. III, nos 165 et 166.

(2) Cass. 25 mai 1886, S. 87, 1, 268.

pour son entretien, mais en vertu du mandat tacite résultant du mariage. Si le mari veut empêcher sa femme de l'obliger ainsi indéfiniment, il doit révoquer ce mandat tacite, et porter cette révocation à la connaissance du public par la voie des journaux dans les lieux où la femme réside (1).

§ 3. — Incapacité légale de la femme; autorisation de justice.

255. — De l'autorisation de justice :
256. — 1° Pour habiliter la femme à ester en jugement, art. 218 ; — Cas où la femme est défenderesse.
257. — Cas où la femme est demanderesse, art. 861, 862, C. pr. c.
258. — De qui doit émaner l'autorisation nécessaire à la femme pour se pourvoir en appel ou en cassation?
259. — 2° Pour habiliter la femme à passer un acte juridique, art. 219, C. C., 861, 863, C. p. c. La justice, en principe, peut donner l'autorisation dans tous les cas où le mari pourrait la donner lui-même.
260. — Exceptions.
261. — Spécialité, soit de l'autorisation maritale, art. 223, soit de l'autorisation de justice.
262. — Dérogation admise pour le mari quand il s'agit d'autoriser la femme à exercer la profession de commerçante.
263. — *Quid* des autres professions? La justice ne peut intervenir.
264. — De la femme commerçante, art. 220.
265. — Influence du régime matrimonial sur les effets, par rapport au mari, des actes émanés de la femme commerçante.
266. — Des actes de la femme commerçante non commerciaux par leur nature.
267. — Révocabilité de l'autorisation donnée à la femme de faire le commerce.

255. Il est facile de prévoir que le mari et la femme ne seront pas toujours d'accord lorsqu'il s'agira d'apprécier l'utilité, la convenance ou l'opportunité d'un procès à soutenir, ou d'un acte juridique à poser par la femme. Cette dernière

(1) Voy. LAURENT, t. III, n° 124.

demande l'autorisation qui lui est nécessaire; le mari croit devoir la refuser.

La loi a organisé dans ce cas, au profit de la femme, un recours devant la justice.

Ce serait une singulière illusion de penser que la bonne harmonie, dans le ménage, pourra survivre à l'exercice d'un tel recours. Si les époux ne sont pas parvenus à se mettre d'accord, presque toujours le recours de la femme à l'intervention de la justice, aura pour résultat d'aggraver le dissentiment, et de pousser à une séparation volontaire et de fait ou judiciaire.

Quoi qu'il en soit, il faut prévoir deux hypothèses :

1° Celle où le mari refuse à la femme l'autorisation d'ester en justice ;

2° Celle où le mari refuse à la femme l'autorisation de passer un acte juridique.

256. Parlons d'abord de la première :

ART. 218. Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation.

Si la femme est défenderesse, le mari doit être assigné en même temps qu'elle pour donner son autorisation. Cette autorisation n'est, dans ce cas, vis-à-vis du demandeur qu'une simple formalité que la justice supplée quand le mari la refuse. Mais c'est au demandeur à provoquer cette autorisation, et la femme ne pourrait être ni poursuivie ni condamnée par défaut si elle n'était pas autorisée à ester en jugement (1).

C'est au juge ou tribunal devant lequel la contestation est portée qu'il appartient d'accorder l'autorisation d'office.

Celui qui a assigné une femme mariée sans assigner en même temps le mari pour l'autorisation, pourrait régulariser la procédure en assignant postérieurement le mari. Cepen-

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, t. VI, q. 2914 *bis*.

dant, à l'égard de l'appel et du pourvoi en cassation, qui doivent être formés dans un délai déterminé à peine de déchéance, l'appelant, pour réparer l'omission par lui commise, devrait notifier au mari l'appel ou le pourvoi avant l'expiration du délai. — Après l'expiration du délai, l'omission serait irréparable (1).

Les jugements et arrêts rendus sans que la femme ait été autorisée sont nuls, et la preuve que l'autorisation a fait défaut peut résulter du silence gardé sur cette formalité par le jugement ou l'arrêt intervenu dans la cause, et par leurs qualités (2).

257. Quand le mari et la femme procèdent conjointement comme demandeurs, il y a autorisation tacite résultant du concours des deux parties.

Mais quand la femme veut agir comme demanderesse pour la poursuite de son droit, et que le mari refuse de l'autoriser à ester en justice, il y a lieu dans ce cas à un débat particulier sur l'usage que le mari prétend faire de son autorité.

Ce débat est réglementé par l'art. 861, C. pr. civ., ainsi conçu :

« La femme qui voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits, après avoir fait une sommation à son mari, et sur le refus par lui fait, présentera requête au président, qui rendra une ordonnance portant permission de citer le mari, à jour indiqué, à la chambre du conseil, pour déduire les causes de son refus. »

Le tribunal compétent pour statuer sur la question d'autorisation est le tribunal du domicile du mari. Par conséquent, si la femme s'était déjà portée demanderesse sans avoir obtenu l'autorisation de son mari, le tribunal saisi pourrait surseoir, afin de donner à la femme le moyen de

(1) Voy. CHAUVEAU-CARRÉ, t. IV, q. 1646 *ter;* t. VI, q. 2912.
(2) Cass. 21 fév. 1888, D. 88, 1, 214.

réparer son omission, et c'est devant le tribunal du domicile du mari que la demande en autorisation devrait être portée.

L'intervention des avoués n'est pas obligatoire. D'après l'art. 862, C. pr. civ. : « Le mari entendu, ou faute par lui de se présenter, il sera rendu, sur les conclusions du ministère public, jugement qui statuera sur la demande de la femme. » Ce jugement est rendu en la chambre du conseil (1).

258. On a fortement discuté la question de savoir si l'autorisation demandée par la femme à l'effet de se pourvoir par la voie de l'appel ou du pourvoi en cassation pouvait émaner du tribunal du domicile du mari, conformément à la procédure qui vient d'être indiquée, ou si au contraire cette autorisation ne devait pas alors émaner de la Cour d'appel ou de la Cour de cassation. La question est toujours de savoir si le mari abuse ou n'abuse pas de son autorité. Cet examen ne préjuge pas le fond et ne saurait aucunement troubler l'ordre hiérarchique des juridictions. Aussi la jurisprudence est-elle fixée en ce sens que l'autorisation peut être valablement donnée à la femme par le tribunal du domicile du mari, et la Cour de cassation a jugé que la production de ce jugement d'autorisation peut avoir lieu en tout état de cause avant la décision sur le pourvoi (2).

259. Telles sont les règles générales touchant l'autorisation judiciaire d'ester en justice. Voyons maintenant ce qui concerne l'autorisation judiciaire de passer un acte au refus du mari :

ART. 219. Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte, la femme peut faire citer son mari directement devant le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation, après que le mari aura été entendu ou dûment appelé en la chambre du conseil.

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, t. VI, q. 2973.
(2) Cass. 19 mai 1886, S. 87, 1, 113.

Il est généralement admis que ce texte a été modifié par les art. 861 et 862, C. pr. civ., et que la femme doit adresser à son mari une sommation préalable.

Quels sont les pouvoirs du juge? La justice peut-elle accorder l'autorisation à la femme dans tous les cas où le mari lui-même pourrait lui accorder la sienne?

Il faut d'abord bien déterminer la portée de la question : il s'agit uniquement des actes juridiques, c'est-à-dire pouvant produire certaines conséquences en droit, et rentrant dans l'un des cas suivants : *acquérir*, *aliéner*, *s'obliger*. C'est seulement à l'égard des actes de cette nature que le mari peut intervenir comme *auctor*, et qu'on peut se demander si la justice peut toujours le remplacer. Il faut donc mettre de côté les actes *non juridiques* de la femme que le mari peut prohiber ou tolérer non comme *auctor*, mais comme ayant la direction morale du ménage commun.

En ce qui touche les actes juridiques, il faut admettre que la justice peut, en principe, autoriser la femme, dans tous les cas où le mari pourrait l'autoriser lui-même. Il ne saurait y avoir à cette règle d'autres exceptions que celles pouvant résulter d'un texte formel.

260. C'est d'abord le cas de l'art. 1029 ainsi conçu : « La femme mariée ne pourra accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari. Si elle est séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement, elle le pourra avec le consentement de son mari, ou, à son refus, autorisée par la justice. »

Nous reviendrons sur cette exception au titre des donations.

Il résulte encore de l'art. 1004, C. p. c., combiné avec l'article 83 n° 6, du même Code, que la justice ne peut autoriser la femme à faire un compromis.

On peut encore citer le cas où la femme veut aliéner ses immeubles dotaux pour l'établissement des enfants communs (art. 1555, C. C.).

261. L'autorisation maritale doit être *spéciale :* cependant cela semble excessif. Il y aurait utilité évidente à ce qu'un mari appelé par ses affaires à de lointains voyages, ou absorbé par des travaux spéciaux, ou par la gestion des affaires publiques, pût laisser à sa femme, par une autorisation générale, le pouvoir d'acheter ou de vendre, suivant les besoins du ménage, et de régler, suivant les circonstances, les clauses d'un contrat.

Mais le Code s'est placé à un point de vue plus étroit; il a admis que le mari ne devait pas avoir l'air d'abdiquer ses droits au moyen d'une autorisation générale donnée à la femme, soit directement, soit indirectement :

ART. 223. Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme.

Si la femme a déjà l'administration de ses biens en vertu de son contrat de mariage stipulant le régime de la séparation, elle n'a pas besoin d'autorisation pour administrer; si la nature du régime adopté attribue l'administration des biens de la femme au mari, ce dernier n'a pas le droit d'y renoncer, et alors la prétendue autorisation générale donnée à la femme pour l'administration de ses biens, serait en réalité un *mandat.* Dans ce cas les actes d'administration de la femme mandataire obligeraient le mari sans l'obliger elle-même.

Le but de l'art. 223 est de prohiber toute autorisation générale, quelle que soit la forme sous laquelle elle tenterait de se dissimuler. Ainsi l'autorisation donnée par le mari à sa femme non commerçante de passer procuration à un tiers pour toutes les affaires concernant le commerce des époux, serait nulle à raison de sa généralité (1).

L'autorisation doit donc être spéciale; s'il s'agit de l'autorisation d'ester en justice, elle doit être donnée séparément pour chaque instance judiciaire, sauf ce qui a été dit ci-des-

(1) Cass. 4 juill. 1888, D. 89, 1, 357.

sus pour l'exercice des diverses voies possibles de recours (n° 243) ; s'il s'agit d'actes juridiques, l'autorisation est nécessaire pour chaque aliénation, chaque constitution d'hypothèque, chaque emprunt.

L'autorisation donnée à la femme d'une manière vague et indéterminée, d'aliéner ses immeubles, ou d'emprunter, ou d'ester en justice pour toutes les affaires intéressant son commerce, ne serait pas suffisamment spéciale (1) ; il faut indiquer la somme à emprunter et les immeubles à hypothéquer (2).

Les mêmes règles sont applicables à l'autorisation qui émane de la justice (3).

262. Il y a cependant à étudier une importante dérogation admise par la loi en ce qui touche l'autorisation dont la femme mariée a besoin pour faire le commerce.

La dérogation est double :

Le mari peut en effet accorder cette autorisation, quoiqu'elle soit générale ;

Mais la justice ne pourrait pas l'accorder au refus du mari ;

En effet :

De ce que l'autorisation du mari doit être spéciale (article 223), de ce que l'art. 219 prévoit seulement le refus du mari de donner son autorisation pour *passer un acte*, il suit que la justice ne peut accorder son autorisation que pour *passer un acte*, c'est-à-dire que la justice, et le mari, ne peuvent pas, en principe, accorder une autorisation générale. L'art. 4 du Code de commerce déroge, il est vrai, à ces prohibitions quand il s'agit d'autoriser la femme à faire le commerce, mais il n'y déroge qu'à la condition que le mari accorde lui-même l'autorisation de faire le commerce.

Il faut donc reconnaître que la justice ne pourrait, au refus

(1) Cass. 30 janv. 1877, S. 77, 1, 73.
(2) Cass. 19 juin 1888, S. 88, 1, 432.
(3) Voy. arrêt précité du 30 janv. 1877.

du mari, autoriser la femme à faire le commerce, que le mari soit capable, incapable ou absent. La plupart des auteurs sont d'accord sur ce point (1); la jurisprudence se prononce dans le même sens (2), avec une tendance à admettre une exception pour la femme séparée de corps ou de biens (3).

Mais l'unique raison juridique pour laquelle la justice ne saurait autoriser la femme à faire le commerce, c'est qu'il s'agit, non d'un acte isolé, mais d'une série indéfinie d'actes, pour l'appréciation desquels elle ne saurait se substituer au mari. Car s'il s'agissait d'un acte de commerce isolé, la justice pourrait, au refus du mari, accorder son autorisation comme pour tout autre acte juridique (4).

263. Ce qui caractérise la profession de commerçant, c'est que son exercice se traduit par une série indéfinie d'actes juridiques, pour chacun desquels, s'il était isolé, on pourrait concevoir l'autorisation spéciale du mari, et au refus de ce dernier, celle de justice. C'est même cette circonstance qui explique à la fois et l'intervention du législateur et les dissidences qui se sont produites soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence.

Mais l'exercice des autres professions ne se traduit pas par une série indéfinie d'actes juridiques; par conséquent le législateur n'avait pas à intervenir à cet égard, et si le mari est le seul juge de la question de savoir s'il est convenable que la femme exerce telle ou telle profession pour vivre, c'est en vertu de principes autres que ceux de l'autorisation maritale.

Pour la solution des questions de ce genre qui n'intéres-

(1) AUBRY et RAU, t. V, § 472, texte et notes, 31, 70; — DEMOLOMBE, *Mariage*, t. II, n° 248; — LAURENT, t. III, n° 135.

(2) Trib. civ. Lyon, 16 janv. 1869, S. 69, 2, 273; D. 69, 3, 29; — Lyon, 14 août 1872, *Rec. arr. Lyon*, 72, 148.

(3) Paris, 19 mars 1864, *J. trib. comm.*, t. XIII, 486; — Grenoble, 27 janv. 1863, S. 63, 2, 79.

(4) Trib. civ. Lyon, 16 janv. 1869, S. 69, 2, 273.

sent pas le patrimoine, le mari n'agit pas comme *auctor*, mais simplement comme chef d'une famille dont la direction morale lui appartient. Il faut donc mettre l'art. 219 de côté, et la Cour de Paris, en concluant de la généralité des termes de cet article, que la justice pouvait, au refus du mari, autoriser la femme à contracter un engagement théâtral (1), a complétement déplacé le véritable terrain de la discussion.

Quand il s'agit d'actes *non juridiques*, intéressant la condition morale de la femme et de la famille, les éléments d'appréciation quant aux aptitudes de la femme, aux convenances de toute nature à observer, etc., n'existent que dans la conscience du mari; le mari doit donc en rester l'arbitre souverain (2).

Par conséquent, quel que fût le régime matrimonial, la justice ne pourrait pas, au refus du mari, autoriser la femme :

A publier ou rééditer des œuvres littéraires, même publiées par la femme avant son mariage, ou à faire représenter des œuvres dramatiques (3);

A exposer publiquement des œuvres de peinture ou de sculpture;

A passer des examents de droit, de médecine, d'élève sage-femme (4), etc.

Toutes ces hypothèses sont en dehors du champ de l'*auctoritas* et relèvent uniquement de la direction morale appartenant au mari. Ce dernier ne pourrait du reste publier une œuvre littéraire de sa femme sans son consentement (5);

(1) Paris, 3 janv. 1868, D. 68, 2, 29.

(2) LACAN et PAULMIER, *Législ. théâtr.*, t. I, n° 258; — DELALANDE, *Étud. sur la propr. litt.*, *Revue pratique*, 1879, p. 192.

(3) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. II, n° 248 *bis*; — Paris, 3 janv. 1866, D. 68, 2, 28; *Contrà*, NION, *Dr. civ. des auteurs*, p. 109.

(4) Trib. civ. Seine, 2 mars 1887, S. 87, 2, 117.

(5) DELALANDE, *loc. cit.*, p. 192.

mais il aurait le droit d'en percevoir les produits (1), sauf en cas de séparation de biens.

264. Mais quand il s'agit pour la femme de faire le commerce, le mari intervient d'abord pour trancher les questions de convenance et d'aptitude, et ensuite comme *auctor* à raison du caractère juridique des actes auxquels donnera lieu la profession envisagée. Le mari doit être majeur et capable; il ne pourrait valablement autoriser sa femme s'il était pourvu d'un conseil judiciaire (2).

La loi ne prescrit aucune forme particulière pour l'autorisation donnée à la femme de faire le commerce. Cette autorisation peut être écrite ou verbale, expresse ou tacite.

Ainsi, la femme qui était commerçante avant son mariage, et qui continue le commerce après son mariage est suffisamment autorisée de son mari (3). Du reste, les tribunaux de commerce sont compétents pour décider, en fait, si le mari a autorisé sa femme à être marchande publique (4). Mais à défaut d'autorisation bien établie, une femme mariée ne pourrait encourir les peines de la banqueroute frauduleuse, quoique s'étant livrée à de nombreuses opérations de commerce (5). Sa responsabilité pénale n'est engagée que si elle est réellement marchande publique. Il en est de même de sa responsabilité civile :

ART. 220. La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce; et, au dit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux. — Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé.

(1) Paris, 2 mai 1876, *Gaz. trib.*, 3 mai 76.
(2) Paris, 13 nov. 1866, S. 67, 2, 324.
(3) Cass. 12 juill. 1887, S. 87, 1, 384.
(4) Cass. 31 mai 1875, D. 76, 1, 390.
(5) Cass. 17 mars 1853, S. 53, 1, 239; Aix, 16 janv. 1876, S. 76, 2, 104.

La femme autorisée aura donc la faculté de faire seule tous les actes relatifs à son commerce, et même d'hypothéquer et d'aliéner ses immeubles, sauf à se conformer aux règles ordinaires pour les biens dotaux (art. 7, C. com.).

Il n'y a que la faculté d'ester en justice qui demeure en dehors de cette autorisation générale. L'autorisation du juge pourra remplacer celle du mari, et devra, comme cette dernière, être spéciale à chaque procès (1).

Quoique devenue commerçante par l'autorisation de son mari, la femme n'aura pas son entrée à la Bourse! On considère en effet comme étant toujours en vigueur l'art. 11 de l'arrêt du Conseil du 24 septembre 1724, portant que les femmes ne doivent pas entrer à la Bourse pour quelque cause que ce soit (2)!

L'autorisation de faire le commerce ne saurait comprendre de plein droit l'autorisation de former une société avec un tiers (3). Un contrat de cette nature exige une autorisation spéciale, même quand la femme est déjà marchande publique; cette autorisation peut être tacite (4).

Néanmoins, en matière de société anonyme ou de commandite par actions, on peut soutenir une opinion différente, et considérer l'autorisation du mari comme inutile, en fait, à cause de cette circonstance que l'obligation des associés est réduite au versement d'une somme déterminée. Rien n'empêche en effet une femme autorisée à faire le commerce, et ayant par conséquent la disposition de certaines sommes, ou une femme séparée de biens, d'acheter des actions ou intérêts dans ces sociétés pourvu que le versement de sa mise

(1) Cass. 30 janv. 1877, S. 77, 1, 73.

(2) ALAUZET, *Comment. C. comm.*, t. II, n° 654; BOISTEL, *Précis c. dr. comm.*, p. 382; BUCHÈRE, *Op. de Bourse*, n° 20; *Contrà*, DALLOZ, v° *Bourses de comm.*, n° 153.

(3) PONT, *Cont. de société*, t. II, n° 826; LYON-CAEN et RENAULT, n° 189; Lyon, 28 juin 1866, D. 66, 2, 224.

(4) Cass. 27 avril 1841, S. 41, 1, 385.

ait lieu immédiatement. Il est manifeste que si elle souscrivait un engagement pour en assurer le paiement, le titre serait sans valeur, parce que l'autorité maritale est indispensable dès que la convention engendre des obligations qui grèvent l'avenir (1).

265. Les actes de la femme n'auront pas du reste, vis-à-vis du mari, les mêmes conséquences sous tous les régimes.

Sous le régime de la communauté légale, et même de la communauté réduite aux acquêts, tous les bénéfices du commerce de la femme tombent dans la communauté (art. 1481 § 1 et 1498), donc, par voie de réciprocité, toutes les dettes contractées par la femme doivent tomber dans la communauté (art. 1409 § 2), et par conséquent le mari, chef de la communauté, en est forcément tenu, malgré les réserves les plus formelles qu'il aurait exprimées en accordant l'autorisation à la femme de faire le commerce (2).

Si le régime matrimonial est celui de la séparation de biens, le mari n'est pas tenu.

S'il s'agit du régime exclusif de communauté et du régime dotal, on peut conclure des termes de l'art. 220, que le mari, sous ces deux régimes, n'est pas tenu des dettes que contracte la femme, au moins relativement au capital. Nous aurons d'ailleurs à revenir sur ces difficultés quand nous étudierons le *contrat de mariage*.

266. La femme marchande publique peut donc s'obliger, hypothéquer et aliéner pour ce qui concerne son négoce, et ces actes commerciaux réfléchiront contre le mari dans la mesure qui vient d'être indiquée. Mais quand l'acte émané de la femme commerçante ne sera pas commercial de sa nature, quand rien n'indiquera qu'il est relatif à son négoce, faudra-t-il, dans le doute, en présumer la commercialité? —

(1) DELANGLE, *Sociétés*, n° 52.
(2) Paris, 19 juin 1869, S. 69, 2, 264.

On a soutenu que la capacité de la femme mariée étant exceptionnelle, la présomption doit être que l'acte émane d'une personne non commerçante, sauf aux tiers à en établir la commercialité (1).

Mais comme l'art. 7, C. com., est conçu en termes généraux; qu'il s'attache uniquement à la qualité de marchande publique pour permettre à la femme d'engager et hypothéquer ses immeubles, il faut admettre qu'il y a présomption, dans tous les cas, que l'acte émane d'une personne commerçante; c'est par conséquent à ceux qui prétendent que l'acte n'est pas commercial à en établir la non-commercialité (2).

267. Le mari demeure toujours le maître de révoquer l'autorisation de faire le commerce par lui précédemment donnée à la femme (3), et cela sous tous les régimes. Il faut même reconnaître qu'une femme ne pourrait être commerçante, en vertu d'une clause de son contrat de mariage, de telle sorte que le mari ne pourrait pas retirer le consentement une fois donné de cette manière; une telle clause ne serait qu'une abdication du droit d'autorisation (4).

Le mari qui retire son autorisation doit prendre, vis-à-vis des tiers, les mesures de publicité voulues par les usages commerciaux. Sinon, il demeure exposé aux poursuites de ceux qui auraient continué à traiter avec la femme, et il ne pourrait repousser leur action qu'en établissant qu'ils ont dû connaître le retrait de l'autorisation (5).

Lorsque la femme détaille simplement les marchandises du commerce de son mari, elle ne peut être considérée comme faisant pour son compte un commerce séparé. Il en est de même si elle est préposée d'une manière générale à

(1) PARDESSUS, *Dr. comm.*, t. I, nos 62 et 71.
(2) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. II, no 301.
(3) Bordeaux, 12 nov. 1873, S. 74, 2, 193.
(4) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, no 324.
(5) Toulouse, 22 mai 1876, S. 76, 2, 209; D. 77, 2, 33.

l'exploitation du commerce, ou d'une branche du commerce de son mari. Dans toutes ces hypothèses elle agit comme mandataire ou agent de son mari; sa signature oblige le mari, car elle crée et accepte les traites en vertu du mandat commercial qui lui a été donné (1).

Si le mari veut révoquer ce mandat, il doit prendre, vis-à-vis des tiers, les mêmes précautions de publicité que nous avons signalées pour le retrait de l'autorisation de faire le commerce.

§ 4. — De l'autorisation de justice, quand le mari est dans l'impossibilité d'accorder la sienne.

268. — Cas où le mari a été condamné, art. 221.
269. — Cas où le mari est interdit ou absent, art. 222;
270. — Ou placé dans un asile d'aliénés;
271. — Ou pourvu d'un conseil judiciaire.
272. — Cas où le mari est mineur, art. 224.
273. — Les cas ci-dessus sont les seuls dans lesquels la justice peut intervenir. — Procédure, art. 863, 864, C. pr. c.
274. — Effets de l'autorisation, soit qu'elle émane du mari, soit qu'elle émane de la justice.
275. — Conséquences du défaut d'autorisation, art. 225 :
276. — A l'égard de la femme,
277. — A l'égard du mari,
278. — A l'égard des créanciers du mari et de la femme, et des autres tiers,
279. — A l'égard des héritiers de la femme et du mari.
280. — La capacité de la femme mariée étrangère est régie par son statut personnel.
281. — Actes pour lesquels la femme n'a besoin d'aucune autorisation; notamment le testament, art. 226.
282. — Appréciation critique de la théorie légale sur l'autorisation maritale.

268. La pratique de l'autorisation maritale, suppose que le mari est en état de formuler une appréciation qui se traduira par son refus ou par son consentement.

(1) Rouen, 15 janv. 1885, S. 87, 2, 186.

Mais il peut ne pas en être ainsi :

Soit parce que le mari a subi une certaine condamnation,

Soit parce qu'il est absent, interdit ou mineur.

La loi s'occupe d'abord du cas où le mari a été condamné :

ART. 221. Lorsque le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace, la femme, même majeure, ne peut, pendant la durée de la peine, ester en jugement, ni contracter, qu'après s'être fait autoriser par le juge, qui peut, en ce cas, donner l'autorisation sans que le mari ait été entendu ou appelé.

Le texte déclarant que la femme sera autorisée par justice *pendant la durée de la peine*, indique clairement qu'il n'entend parler que d'une déchéance temporaire, dont la durée est mesurée par la *durée de la peine principale;* donc, le mari, après avoir subi la peine principale, recouvrera le droit d'autorisation, malgré la dégradation civique qui persistera; bien plus, si la peine principale prononcée contre le mari, est précisément la dégradation civique qui est elle-même une peine infamante, il faut admettre que la déchéance ne sera pas encourue, car l'art. 34, C. P., qui détermine l'étendue des effets de la dégradation civique, ne mentionne pas cette déchéance.

Il résulte encore du texte que le condamné par contumace est privé du droit d'autorisation pendant toute la durée de la contumace, c'est-à-dire pendant les vingt années à l'expiration desquelles la prescription lui est acquise. Toute autorisation émanée de lui pendant cette période est donc nulle; cependant une telle autorisation deviendrait valable, si le contumace était arrêté avant l'introduction de la demande en nullité, l'arrestation anéantissant les effets du jugement et l'incapacité qui en résulte (1).

Le motif de cette incapacité est surtout l'indignité dont se trouve atteint le mari.

(1) Trib. comm. Seine, 8 mars 1889, *la Loi*, 28 mars 1889.

269. Dans les autres cas, il ne saurait être question d'indignité :

ART. 222. Si le mari est interdit ou absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

Il s'agit ici de l'absence *présumée* ou *déclarée*, mais non de la *non présence* (arg. art. 863, C. pr. c.) (1).

La femme d'un absent peut donc demander la nullité des actes auxquels elle aurait procédé sans autorisation. Cependant si elle s'est qualifiée veuve dans tous les actes de la procédure, elle ne peut arguer du défaut d'autorisation d'ester en justice pour demander la cassation de l'arrêt rendu contre elle, si elle ne fournit pas la preuve de l'inexistence de son mari (2).

270. Pourrait-on assimiler à l'interdit, le mari placé dans une maison d'aliénés en vertu de la loi du 30 juin 1838? Cela est fort douteux, et, d'après la rigueur des principes, la femme devrait se faire autoriser par le mari quand il se trouve dans un intervalle lucide (3), ou bien elle devrait provoquer son interdiction.

Si elle devient tutrice de son mari interdit, elle agira comme telle à l'égard des biens personnels du mari et de ceux de la communauté, elle pourra notamment intenter seule les actions mobilières; au contraire, elle ne pourra intenter ces mêmes actions à l'égard de ses propres biens qu'avec l'autorisation de justice.

271. Quant à celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire, il doit être assimilé à l'interdit lorsqu'il s'agit des actes qu'il ne peut faire lui-même; il est incapable d'autoriser. On a soutenu qu'il pourrait donner l'autorisation assisté de son conseil. Mais la loi ne paraît pas admettre cette façon de pro-

(1) LAURENT, t. III, n° 127.
(2) Cass. 7 mai 1889, D. 90, 1, 119.
(3) LAURENT, *loc. cit.*, 130; Comp. DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 225.

céder. Quand le mari est interdit ou absent, ou incapable d'autoriser parce qu'il est pourvu d'un conseil judiciaire, et qu'il s'agit d'un acte qu'il ne pourrait faire lui-même, la justice seule peut donner l'autorisation (1).

Il n'y a pas d'autre extension à donner à l'art. 222; ainsi le dessaisissement du failli ne porte aucune atteinte et ne met aucun obstacle à l'autorisation maritale (2).

272. Mais la minorité doit produire les mêmes effets que l'absence ou l'interdiction :

ART. 224. Si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

Cependant le mari mineur, en tant qu'émancipé par le mariage, peut autoriser sa femme pour tous les actes qu'il peut faire lui-même sans l'assistance de son curateur, notamment l'autoriser à ester en justice en matière mobilière (art. 482, C. C.).

Si la femme est mineure, elle est autorisée et assistée par son mari curateur pour les actes d'administration (art. 480, 482), pour les autres actes, il y aura lieu en outre, selon les cas, à *l'autorisation du conseil de famille et à l'homologation du tribunal.*

Si le mari refuse ou se trouve dans l'impossibilité physique ou légale de donner l'autorisation, le tribunal nommera à la femme, pour chaque acte, un *curateur ad hoc.* L'art. 2208 fournit un exemple de cette situation.

273. L'autorisation maritale peut donc être remplacée par l'autorisation de justice dans les cas prévus par les art. 221, 222 et 224. Mais ces cas sont les seuls. Quand la femme traite avec son mari, ou quand elle contracte avec des tiers dans l'intérêt du mari, l'autorisation maritale est toujours néces-

(1) Voy. Cass. 16 juillet 1889, D. 90, 1, 377.
(2) Bordeaux, 29 fév. 1888, S. 89, 2, 125.

saire, mais elle suffit (1). La maxime *nemo potest auctor esse in rem suam* n'a d'application qu'au tuteur.

Pour obtenir l'autorisation de justice, lorsque le mari est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, la femme procédera comme dans le cas où il y a refus de la part du mari. Seulement il n'y aura pas lieu de lui faire sommation, ni de le citer devant la chambre du conseil, et il devra être commis un juge pour faire le rapport sur la requête de la femme (art. 863, 864, C. pr. c.).

274. L'autorisation, qu'elle émane du mari lui-même, ou qu'elle émane de la justice, produit les mêmes effets vis-à-vis de la femme ; la femme se trouve relevée de son incapacité, et placée absolument dans la même situation, en ce qui touche l'acte envisagé, que si elle était fille ou veuve.

En ce qui concerne le mari, il faut distinguer entre l'autorisation donnée par le mari, et celle qui est donnée par la justice.

En principe, l'autorisation donnée par le mari ne produit aucun effet à son égard : *qui auctor est se non obligat*. Mais il faut tenir compte des conventions matrimoniales.

Si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, les obligations contractées par la femme avec l'autorisation du mari sont à la charge de la communauté, et par conséquent à la charge du mari (art. 220 et 1419).

Si les époux sont mariés sous un autre régime, le mari qui a la jouissance du bien formant l'objet de l'acte accompli par la femme, pourra se trouver atteint par l'effet de son autorisation. Tel est le cas où un individu marié sous le régime sans communauté (art. 1530), autorise sa femme à aliéner un de ses immeubles. S'il n'a fait aucune réserve au sujet du droit de jouissance qui lui appartient, ce droit est perdu pour

(1) LAURENT, t. III, n° 134; Voy. Bordeaux, 1888, S. 89, 2, 125; Comp. Cass. 13 nov. 1867, S. 68, 1, 202.

lui, car la femme a été implicitement autorisée à aliéner la pleine propriété. Il se produira un résultat analogue si la femme qui s'est obligée avec l'autorisation de son mari, ne remplit pas son engagement. Le créancier pourra saisir la pleine propriété des biens de la femme, si le mari n'a pas réservé son droit de jouissance.

Au contraire, l'autorisation de justice ne peut, en général, produire aucun effet à l'égard du mari, sauf dans les cas exceptionnels de l'art. 1427. Si les époux sont communs en biens, l'acte fait par la femme n'engage pas la communauté (art. 1426), et si le mari tient de ses conventions matrimoniales un droit de jouissance sur les biens de sa femme, ce droit demeure intact.

275. Voyons maintenant quels sont les effets du défaut d'autorisation.

Ces effets se résument dans la nullité de l'acte accompli par la femme.

Dans l'ancien droit, la nullité résultant du défaut d'autorisation était absolue, et pouvait être invoquée même par celui avec qui la femme avait traité, à la différence du mineur et des interdits. Le Code civil a innové sur ce point :

ART. 225. La nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers.

276. La femme se trouve ainsi rangée dans la classe des incapables ordinaires (art. 1125, C. C.).

L'action est accordée à la femme à raison de son intérêt pécuniaire, et au mari à raison de la méconnaissance de son pouvoir.

La femme exercera donc l'action en nullité pour faire annuler les obligations par elle contractées.

Si pour déterminer les tiers à contracter avec elle, la femme s'est présentée simplement comme fille majeure ou comme veuve, cela ne change pas son droit; les tiers doivent

porter la responsabilité de leur crédulité (arg. art. 1307) (1). Mais des manœuvres frauduleuses pour se faire croire fille ou veuve, la production, par exemple, d'un faux acte de décès du mari, rendraient la femme irrecevable dans son action en nullité (art. 1310) (2).

L'engagement contracté par la femme, quoique annulé par la justice, devra cependant produire son effet à concurrence du profit que la femme peut en avoir retiré. C'est aux créanciers qui allèguent cet enrichissement à en établir la réalité et l'importance (3).

277. Durant le mariage, le mari pourra sans difficulté exercer l'action en nullité; après la dissolution du mariage, le mari pourra l'exercer encore si elle présente pour lui un intérêt pécuniaire, s'il s'agit, par exemple, de faire annuler une renonciation que la femme aurait faite d'une succession devant tomber dans la communauté en tout ou en partie.

Il y a plus de difficulté quand il s'agit pour le mari de se pourvoir contre une décision qui a condamné sa femme ayant plaidé sans autorisation. Le plus souvent, les deux conjoints agissent ensemble, et se pourvoient, par exemple, en cassation, afin d'exciper, contre l'arrêt intervenu, de la nullité résultant du défaut d'autorisation, nullité qui peut, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation (4). Mais, dans certains cas, le mari sera obligé de prendre la voie de la tierce-opposition. Ainsi, une femme mariée avait plaidé en première instance et en appel, sous la qualité de veuve d'un individu autre que son mari. Elle était ensuite décédée, et le mari, comme époux

(1) Paris, 14 nov. 1887, D. 88, 2, 225; Besançon, 5 avril 1879, S. 80, 2, 101.

(2) Cass. 28 mars 1888, D. 88, 1, 361.

(3) Cass. 16 nov. 1886, S. 87, 1, 56.

(4) Cass. 21 fév. 1888, D. 88, 1, 214, etc.

commun en biens, avait intérêt à ce que la condamnation prononcée contre la femme, et de nature à diminuer l'émolument de la communauté, ne fût pas maintenue. Le mari n'ayant plus d'intérêt moral à sauvegarder, ne pouvait agir que comme époux commun en biens. Or, à ce titre, il n'avait pas figuré dans l'instance. Donc la tierce-opposition demeurait la seule voie qui lui fût ouverte (1).

278. On se demande encore si les créanciers soit de la femme, soit du mari, pourraient se prévaloir de l'art. 1166 pour exercer l'action en nullité? Il faut distinguer :

A l'égard de la femme, l'action en nullité, comme toutes les actions ayant pour base un intérêt pécuniaire, fait partie du gage des créanciers, et par conséquent peut être exercée par eux (2).

A l'égard du mari, et pendant le mariage, l'action ayant pour base un intérêt moral, ne fait pas partie du gage des créanciers, et ne peut être exercée par eux.

Après la dissolution du mariage, s'il existe quelque intérêt pécuniaire pour le mari à exercer l'action, les créanciers de ce dernier pourront aussi l'exercer, car l'action fera alors partie de leur gage (3).

Quant aux tiers qui ont traité avec la femme dans l'ignorance de son incapacité, on leur accorde, en général, le droit de refuser l'exécution du contrat jusqu'à ce que la femme se soit fait autoriser (4). S'ils ont su qu'ils traitaient avec une femme mariée, ils sont en faute de n'avoir pas exigé une justification de l'autorisation maritale, et leur responsabilité peut se trouver engagée, si ce sont des changeurs, par exemple, qui ont acheté des valeurs à une femme non auto-

(1) Cass. 28 mars 1888, D. 88, 1, 361.
(2) Paris, 14 nov. 1887, D. 88, 2, 225.
(3) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 103.
(4) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 441 et suiv.

risée (1). Mais si la femme n'a joué qu'un rôle passif, si elle a simplement reçu les marchandises expédiées à son mari, elle a agi dans les limites du mandat tacite dont elle est supposée investie, et le transporteur qui a fait la remise n'engage pas sa responsabilité (2).

279. L'art. 225 accorde l'action en nullité aux héritiers du mari comme à ceux de la femme. Mais comme il est assez difficile de trouver une hypothèse où les héritiers du mari auront un intérêt pécuniaire à exercer cette action, les auteurs admettent généralement que l'art. 225 contient à leur égard une déclaration sans application. Voici néanmoins, une hypothèse dans laquelle l'action dont il s'agit leur serait utile :

Une femme commune en biens s'est obligée envers un tiers sans l'autorisation du mari ; le mari meurt ; la femme pour frustrer ses créanciers renonce frauduleusement à la communauté ; les héritiers du mari profitent de cette renonciation. Les créanciers frustrés exercent alors l'action paulienne ; dans ce cas les héritiers du mari auront intérêt à faire prononcer la nullité de l'engagement contracté par la femme.

Nous avons vu ci-dessus (n° 253), que le mari peut ratifier, par un consentement donné postérieurement, l'acte irrégulier passé par la femme, et que cette ratification anéantit l'action en nullité, même vis-à-vis de la femme, si elle a eu lieu avec le concours de cette dernière.

280. Enfin, nous devons faire observer, que la capacité de la femme mariée, conformément aux principes généraux que nous avons exposés, est régie par son statut personnel. Par conséquent le sort des actes passés en France, sans l'autorisation maritale, par une femme étrangère, devra être appré-

(1) Paris, 26 août 1864, S. 65, 2, 172.
(2) Niort, 21 fév. 1877, *J. av.*, 77, 144.

cié d'après la loi nationale de cette dernière (1). Nous supposons que la femme avait la même nationalité que son mari. Si les deux conjoints étaient de nationalité différente, ce qui peut arriver, il faut appliquer la loi nationale du mari, quoique cela ait été contesté. La femme ne peut se prévaloir de la protection qui lui est due par le mari que dans les limites où c'est pour le mari un droit et un devoir de l'accorder (V. ci-dessus, T. Ier, n° 150).

281. L'incapacité de la femme mariée dont nous venons de déterminer les diverses applications, se résume en définitive en ce qu'elle ne peut acquérir, aliéner ou s'obliger sans autorisation. Cette règle comporte cependant un certain nombre d'exceptions.

Ainsi :

1° Toute femme mariée peut, sans autorisation, révoquer les donations qu'elle a faites à son mari pendant le mariage (art. 1096).

2° La femme séparée de biens par contrat ou par jugement, peut faire sans autorisation tous les actes relatifs à l'administration de ses biens (art. 1449 et 1536).

3° A plus forte raison doit-elle pouvoir faire librement son testament, qui ne doit produire d'effet qu'à sa mort :

ART. 226. La femme peut tester sans l'autorisation de son mari (*).

Ce droit emporte naturellement celui de révoquer le testament déjà fait. La femme peut aussi régler les conditions et le mode de ses funérailles conformément à la loi du 18 novembre 1887 et au décret du 27 avril 1889 (V. T. Ier, nos 348 et 349).

(*) Art. 226. — ULP. fr. 20, 15; *Gai.* I, 192, 193; — Cap. 4, *Decret. Greg.*, 3, 26, *De testamentis*; — *Cout. de Normandie*, art. 407; Bourgogne, chap. 4, sect. 1; Berry, Nivernais, art. 108.

(1) Paris, 14 nov. 1887, D. 88, 2, 225; Paris, 17 déc. 1883 et Chambéry, 9 janv. 1884, D. 85, 2, 117 et 279.

4° La femme est en outre capable pour tous les actes qui ne constituent ni une aliénation, ni une acquisition, ni une obligation ; ainsi elle peut, sans autorisation :

Reconnaître un enfant naturel qu'elle aurait eu avant son mariage, arg. art. 337 ;

Donner ou refuser son consentement au mariage de ses enfants, art. 148 et 149 ;

Consentir à leur adoption, art. 346 ;

Accepter pour eux les donations qui leur sont offertes, art. 935.

Faire tous actes conservatoires autres que ceux pour lesquels il serait nécessaire d'ester en justice.

Il faut en outre remarquer que la femme peut se réserver, dans son contrat de mariage, la faculté d'administrer tout ou partie de ses biens.

Enfin, la femme peut, en fait, prendre sans autorisation un brevet d'invention, car l'administration délivre le brevet sans s'enquérir jamais de la capacité civile de l'impétrant (1).

282. Nous pouvons maintenant nous rendre compte de la valeur théorique et pratique de l'autorisation maritale, telle qu'elle a été réglementée par le Code civil.

Sans doute, les rédacteurs du Code n'ont pas méconnu cette idée exacte que la femme étant douée des mêmes facultés, de la même capacité que l'homme, le contrôle du mari doit avoir pour but unique d'assurer, par l'unité de direction, la bonne administration du ménage. Mais en même temps ils se sont laissés entraîner par l'idée traditionnelle d'une prétendue infériorité ou incapacité de la femme. C'est pour ce motif qu'ils l'ont soumise à la nécessité d'une autorisation, même dans le cas où le mari, absent, interdit, mineur ou condamné, est incapable de la fournir lui-même,

(1) ALLART, *Brev. d'inv.*, n° 36 ; BÉDARRIDES, *Brev. d'inv.*, n° 170 ; POUILLET, n° 88.

en remplaçant alors l'autorisation du mari par celle de la justice. C'est encore pour ce motif qu'ils ont exigé une autorisation *spéciale*. Mais, par une singulière contradiction, lorsqu'il s'agit pour la femme de contracter avec son mari ou de s'obliger pour lui, le législateur français l'abandonne à elle-même, la jugeant sans doute suffisamment capable pour débattre ses droits contre son époux et son maître.

« Enfin, dit Paul Gide, n'est-il pas contraire aux notions les plus élémentaires de la justice de permettre à une femme, qui a contracté librement et en pleine connaissance de cause, d'attaquer elle-même son contrat, sous prétexte que son mari ne l'a pas autorisée ou ne l'a autorisée qu'après coup? Sans doute, la femme pourra dire au créancier : vous avez commis une insigne imprudence; mais un tel langage tenu à celui qu'on trompe et qu'on dépouille ressemble trop à une mauvaise plaisanterie, et un tribunal ne peut l'entendre sans gémir sur l'iniquité de la loi (1). »

On voit donc quelles sont les réformes qu'il conviendrait d'adopter dans la matière qui nous occupe; elles peuvent se réduire aux quatre règles suivantes :

1° Le mari peut donner à la femme une autorisation générale ;

2° La femme dont le mari est absent, incapable ou condamné est affranchie de toute autorisation;

3° Le mari a seul le droit de faire annuler les actes faits par la femme sans son autorisation;

4° L'autorisation de justice est nécessaire dans tous les cas où il y a opposition d'intérêts, dans le même acte, entre le mari et la femme.

Nous devons remarquer que sur tous ces points la réforme réclamée a déjà été réalisée par le Code civil italien (2).

(1) *Condition de la femme*, p. 537.
(2) Voy. notre *Code civil italien*, p. 66 à 73.

CHAPITRE VII.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

283. — Causes de dissolution du mariage, art. 227.

283.

ART. 227. Le mariage se dissout, — 1° par la mort de l'un des époux ; — 2° par le divorce légalement prononcé ; — 3° par la condamnation devenue définitive de l'un des époux, à une peine emportant mort civile (*).

La loi du 31 mai 1854 a fait disparaître la mort civile.

La loi du 27 juillet 1884 a rétabli le divorce.

Par conséquent le mariage, quoique ne pouvant être contracté ni à terme, ni sous aucune espèce de condition soit suspensive, soit résolutoire, est cependant soumis à certaines causes déterminées de dissolution par le divorce. Théoriquement, il y a quelque difficulté à justifier la dissolution entre vifs d'un contrat ayant pour objet l'état des personnes, et ne comportant pas le rétablissement des parties dans leur état antérieur (1). Mais la discussion à laquelle a donné lieu le projet de rétablissement du divorce n'a eu aucun caractère juridique ; elle a été transportée tout entière dans le domaine des faits ; le divorce a été considéré comme un remède à certaines situations troublées, remède préférable à la séparation de corps, et aussi utile aux enfants qu'aux époux eux-mêmes ; on a fait remarquer qu'il peut invoquer en sa faveur le témoignage de notre propre histoire de 1804 à 1816, aussi bien que l'exemple des nations étrangères ; et enfin qu'il ne porte pas atteinte à la liberté de conscience des catholiques (2).

(*) Art. 227. — L. 1, D. 24, 2, *De divort. et repud.* ; L. 6 § 1, D. 48, 20, *De bon. damnat.* ; L. 13 § 1, D. 24, 1, *De donat. int. vir. et uxor.* ; L. 1, C. 5, 17, *De repud.* ; Novell. 20, cap. 13.

(1) Voy. notre *Code civil italien*, p. 74 et suiv.

(2) Rapport de M. Léon Rénault ; *J. off.* 1880, p. 1097 et 1146.

CHAPITRE VIII.

DES SECONDS MARIAGES.

284. — Délai à observer pour la veuve qui veut se remarier, art. 228.

284. Quand le mariage est dissous par le divorce ou par le prédécès de la femme, le mari peut se remarier immédiatement; il n'en est pas de même quand le mariage est dissous par le prédécès du mari :

ART. 228. La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent (*).

L'art. 296 contient une disposition semblable pour le cas où le mariage a été dissous par le divorce.

Cette prohibition a pour but principal d'éviter la *confusion de part*. Si une veuve remariée presque immédiatement après le décès de son mari met au monde un enfant, qui d'après le calcul de la durée des grossesses pourrait aussi bien appartenir au premier mari qu'au second, il y aura, quant à l'attribution de paternité, un doute assez difficile à éclaircir. La loi empêche ce doute de naître en obligeant la femme à attendre dix mois avant de contracter un nouveau mariage.

Faudrait-il appliquer encore notre art. 228 si une femme veuve met un enfant au monde très peu de temps après la mort de son mari, le lendemain par exemple? On répond généralement que désormais la confusion de part n'est plus à craindre. Cela est douteux dans l'opinion médicale admettant la possibilité d'une *superfétation*. Mais en laissant de côté cette opinion peut-être fantaisiste, il faut reconnaître que la raison tirée de la confusion de part n'existant plus, la

(*) Art. 228. — L. 8 et 11, D. 3, 2, *De his qui not. inf.;* L. 2, C. 5, 9, *De secund. nupt.;* Cap. 4 et 5, *Decr. Greg.* 4, 21, *De secund. nupt.*

loi a alors fondé sa prohibition sur les convenances sociales exigeant qu'une veuve porte le deuil de son mari. *L'année de deuil*, ou de *viduité*, est en effet consacrée par les plus anciennes traditions. Mais ces traditions remontent aux époques où la femme était considérée comme tout à fait inférieure à l'homme, obligée à ce titre, de porter le deuil de son mari, alors que l'homme était affranchi de semblables exigences.

Il ne résulte de l'art. 228 qu'un empêchement prohibitif. On décide assez généralement que cet empêchement doit être étendu au cas où un mariage a été annulé. Dans ce cas en effet, il peut y avoir encore *confusion de part;* mais il est certain que la raison de convenance n'existe pas, et il est difficile d'étendre une disposition restrictive à un cas non prévu.

Si une veuve trompant l'officier de l'état civil parvient à se marier contrairement aux prohibitions de l'art. 228, et met au monde un enfant avant la fin du dixième mois, l'attribution de paternité donnera lieu, par la force des choses, à une pure question de fait, qui en l'absence d'autres motifs de solution, pourra être résolue suivant l'intérêt apparent de l'enfant.

TITRE VI.

DU DIVORCE.

285. — Loi du 27 juillet 1884 rétablissant le divorce.

285. Le Code civil avait admis et réglementé le divorce, soit pour cause déterminée, soit par consentement mutuel.

La loi du 8 mai 1816 l'abolit purement et simplement, transformant en demandes en séparation de corps les instances en divorce pour causes déterminées alors pendantes.

Enfin, une loi promulguée le 27 juillet 1884, a rétabli le divorce pour cause déterminée (1).

L'art. 1er de cette loi est ainsi conçu :

« La loi du 8 mai 1816 est abrogée.

Les dispositions du Code civil abrogées par cette loi sont rétablies à l'exception de celles qui sont relatives au divorce par consentement mutuel, et avec les modifications suivantes, apportées aux art. 230, 232, 234, 235, 261, 263, 295, 296, 298, 299, 306, 307 et 310. »

Les expressions de cet article semblent, au premier abord, restreindre aux seuls textes contenus dans le Code civil l'effet du rétablissement implicitement prescrit par le premier ali-

(1) Ouvrages principaux à consulter sur le divorce : *Traité pratique du divorce*, par M. L. GOIRAND, 3e édit. — *Traité théorique et pratique du divorce, L. du 27 juillet* 1884, par M. CARPENTIER. — *La loi du 18 avril* 1886, par le même ; — *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, par M. FRÉMONT ; — *Manuel formulaire du divorce et de la séparation de corps*, par MM. COULON et FAIVRE. — *Le divorce et la séparation de corps*, par MM. VRAYE et GODE ; — *Le divorce*, etc., par M. POULLE.

néa. Mais le législateur, loin de vouloir opposer les articles du Code civil aux prescriptions contenues dans les autres Codes, n'a songé qu'à les opposer à eux-mêmes dans celles de leurs dispositions auxquelles il faisait subir des modifications. Il faut donc entendre l'art. 1er de la loi du 27 juillet 1884 en ce sens que les tribunaux devront appliquer, non seulement les articles contenus dans le titre VI du Code civil, mais encore tous ceux qui, se trouvant dans d'autres lois, n'avaient cessé d'être en vigueur que par suite de l'abrogation prononcée par la loi du 8 mai 1816 (1).

(1) CARPENTIER, *Traité du divorce*, n° 1, p. 65.

CHAPITRE PREMIER.

DES CAUSES DU DIVORCE.

286. — Causes du divorce : I. *Adultère*, art. 229 et 230.
287. — *Quid*, des faits d'adultère antérieurs à la loi du 17 juillet 1884 ?
288. — L'adultère simple du mari est désormais une cause de divorce.
289. — Preuve de l'adultère ; témoins, présomptions, aveu.
290. — Lettres missives.
291. — Serment.
292. — II. *Excès, sévices, injures*, art. 231.
293. — Pouvoir d'appréciation du juge.
294. — Les faits dont s'agit doivent être postérieurs à la célébration du mariage.
295. — Ils constituent des causes réciproques de divorce; ex. : refus de cohabitation.
296. — Caractère relatif des injures ou mauvais procédés.
297. — Des condamnations correctionnelles.
298. — L'exercice d'un droit ne peut, en lui-même, constituer une injure; ex. : refus de célébration religieuse du mariage.
299. — De la preuve.
300. — III. *Condamnation à une peine afflictive et infamante*, art. 232.
301. — Rejet du divorce par consentement mutuel, art. 233 (abrogé).
302. — Et pour cause d'absence.

286. La loi nouvelle place les deux époux, au point de vue du droit de demander le divorce, dans des conditions d'égalité absolue.

D'un autre côté, d'après l'art. 306, dans tous les cas où il y a lieu à demande en divorce, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps.

Les mêmes causes peuvent donc motiver soit une demande en divorce, soit une demande en séparation de corps; mais théoriquement elles doivent toujours être appréciées, d'une manière intrinsèque, d'après les mêmes principes, indépendamment du but final que se proposent les demandeurs. Par conséquent les décisions judiciaires rendues sur ce point

dans un cas, ont une autorité jurisprudentielle dans l'autre cas.

Cette précision admise, voyons quelles sont les causes du divorce.

I. La loi a d'abord prévu le cas d'adultère :

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

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

D'après l'ancien art. 230, la femme ne pouvait demander le divorce (ou la séparation de corps) pour cause d'adultère de son mari, que lorsque ce dernier *avait tenu sa concubine dans la maison commune*. En établissant à cet égard une égalité parfaite entre les deux conjoints, on peut dire que la loi a non seulement rendu hommage au principe de justice, mais encore qu'elle s'est bornée à suivre les indications résultant du dernier état de la jurisprudence. Les tribunaux en effet n'hésitaient pas à considérer comme constituant une injure grave, pouvant à ce titre motiver une séparation, l'adultère commis dans des conditions pouvant blesser publiquement l'honneur de la femme, quoique la concubine n'eût pas été tenue dans la maison commune.

Cependant la réforme dont nous parlons a été critiquée, surtout par cette considération que l'adultère de la femme a des conséquences beaucoup plus graves que l'adultère commis par le mari, si bien qu'au point de vue pénal il est réprimé plus sévèrement. Mais Tronchet avait déjà répondu, que lorsqu'il s'agit d'établir une peine contre l'adultère on peut faire une distinction qui sert à graduer la peine d'après les conséquences; mais que lorsque l'adultère est seulement

(*) Art. 229. — L. 8 § 3, C. 5, 17, *De repud.*; Novell., 22, cap. 15 § 2; Novell. 117, C. 8 § 2; Cap. 5, *Decret. Gregor.*, 4, 19, *De divor.*; Cap. 4, *Decret. Gregor.* 5, 16, *De adult.*

(**) Art. 230. — L. 8 § 3, C. 5, 17, *De repud.*; Novell. 22, cap. 15 § 1; Novell. 117, c. 9, § 6. — *Decreti secunda pars*, Caus. 32, *quæst.* 1, *cap.* 10, § *hoc in mulier.*

considéré par rapport au divorce (ou à la séparation de corps) tout doit être égal entre les époux (1). C'est ainsi qu'il faut envisager la question; l'adultère considéré en lui-même, doit être une cause de divorce, qu'il émane du mari ou qu'il émane de la femme, à cause uniquement de sa gravité intrinsèque; mais quand il émane de la femme on peut ajouter à sa gravité intrinsèque toutes les conséquences qu'il peut alors produire. Mais ce qui est *une raison de plus* à l'égard de la femme, ne doit pas constituer *une raison de moins* à l'égard du mari.

287. La première question que soulève l'innovation consacrée par la loi nouvelle, est celle de savoir si le divorce pourrait être prononcé pour un fait d'adultère simple, commis antérieurement à la loi du 27 juillet 1884, par un mari qui n'aurait pas tenu sa concubine au domicile conjugal? La question est douteuse; il s'agit en effet de savoir si une loi nouvelle peut attribuer à une partie un droit d'action contre une autre, à raison d'un fait posé par cette dernière à une époque où ce fait ne pouvait engendrer d'action au profit de personne. La jurisprudence admet l'affirmative (2), par cette considération que *les lois d'ordre public saisissent les personnes dans la situation où celles-ci se trouvent au moment de leur promulgation, indépendamment des lois qui étaient en vigueur, tant au jour où l'état des parties a été établi, qu'au jour où ont eu lieu les faits qui servent de fondement à l'exercice du droit résultant de la nouvelle législation* (3).

A l'appui de cette solution on fait remarquer d'abord que l'art. 4 de la loi nouvelle autorise la conversion en instance de divorce des instances en séparation de corps pendantes au moment de la promulgation de cette loi, et de plus que les

(1) LAURENT, t. III, n° 179.

(2) Pau, 28 mars 1887, D. 87, 2, 248; Nancy, 12 nov. 1884, S. 85, 2, 83.

(3) Trib. Versailles, 29 janv. 1885, *Droit* du 5 fév. 1885.

jugements de séparation de corps devenus définitifs avant cette même époque peuvent être convertis en jugements de divorce conformément à l'art. 310; ce qui tendrait à démontrer que le législateur a entendu que la loi nouvelle rétroagirait (1). Mais il ne s'agit pas de savoir seulement si la loi nouvelle peut rétroagir; il s'agit surtout de savoir dans quelle mesure elle peut rétroagir. Or il faut remarquer que, *légalement*, il ne pouvait pas exister, au moment de la promulgation de la loi nouvelle, des instances en séparation de corps, motivées par un simple fait d'adultère, commis dans des conditions où ce fait ne constituait pas une injure; il faut remarquer en outre qu'au moment de la promulgation de la loi nouvelle il ne pouvait pas exister de jugement ayant prononcé *légalement* une séparation de corps pour un simple fait d'adultère non déclaré injurieux. Les deux situations que nous venons de prévoir sont donc juridiquement impossibles. Or la circonstance qu'une loi peut rétroagir dans certaines situation légalement possibles, ne saurait faire admettre qu'elle devra également rétroagir dans les situations qui, n'ayant pas ce caractère, n'ont pas été envisagées par le législateur.

288. L'ancien texte de l'art. 230 combiné avec l'art. 231, permettait aux tribunaux d'admettre, comme cause de séparation, l'adultère du mari considéré comme constituant une injure, lorsque la concubine n'avait pas été tenue dans la maison commune. Puisque dans ce cas il s'agissait d'une injure, les juges pouvaient en apprécier la gravité plus ou moins grande, en tenant compte des circonstances de fait si diverses qui pouvaient se produire; ce qui faisait dire à Demolombe que l'*adultère a ses degrés* (2). — Désormais, il n'en sera plus ainsi : l'adultère prouvé du mari est une cause péremptoire de divorce, et la décision qui refuserait de donner

(1) CARPENTIER, *L. du 18 avril 1886*, n° 3.
(2) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. II, n° 71.

sur ce point satisfaction au demandeur devrait être cassée par la Cour suprême (1).

289. La notion de l'adultère implique un rapport sexuel et conscient entre deux personnes dont l'une au moins se trouve engagée dans les liens du mariage avec une autre personne.

C'est sur ces points que doit porter la preuve de l'adultère. Des actes simplement immoraux, mais n'aboutissant pas au rapprochement sexuel pourront constituer une injure grave, mais ne constitueront pas l'adultère (2).

Les faits constitutifs de l'adultère peuvent être établis par témoins et même à l'aide de présomptions (3). La preuve directe par témoins étant assez difficile à administrer, la preuve indirecte par présomptions sera le plus souvent employée.

La preuve résultant de l'aveu pourra aussi être admise, quand les circonstances de la cause démontreront la sincérité de l'aveu, et l'absence de collusion entre les deux époux (4); la loi suppose en effet formellement qu'un aveu utile peut intervenir en matière de divorce (art. 244).

290. L'admissibilité de l'aveu comme moyen de preuve, entraîne pour le demandeur le droit de produire en justice les lettres missives d'où pourrait résulter cet aveu; mais nous entendons parler seulement des lettres missives adressées à l'époux demandeur lui-même, et non de celles qui auraient été adressées à un tiers, et qui seraient parvenues par l'effet d'un événement ou d'un procédé quelconque entre les mains du demandeur (5). Cependant la dernière jurispru-

(1) CARPENTIER, *Du divorce*, n° 9. — Cass. 13 nov. 1889, D. 90, 1, 36; S. 90, 1, 338.

(2) Trib. Auxerre, 3 mai 1881, S. 81, 2, 143.

(3) Cass. 13 nov. 1889, D. 90, 1, 36.

(4) Trib. Louvain, 24 nov. 1877, *Belg. jud.*, 78, 12.

(5) LAURENT, t. III, n^{os} 201, 204; CARPENTIER, *loc. cit.*, n° 18; *De la loi du 18 avril 1884*, n° 5; Nancy, 30 janv. 1886, *Droit* du 24 fév. 1886; comp. Cass. 28 juillet 1864, S. 65, 1, 33; Cass. 21 juillet 1832, S. 62, 1, 926; Besançon, 30 déc. 1862, D. 63, 2, 63.

dence de la Cour de cassation admet que le demandeur peut faire usage en justice, pour démontrer l'inconduite de son conjoint, soit de lettres confidentielles adressées à celui-ci (1), soit de lettres écrites par celui-ci à une tierce personne (2), lorsque ces lettres sont arrivées entre les mains de celui qui les produit, sans qu'il ait employé un procédé ou artifice blâmable pour se les procurer.

291. Quant au serment, soit décisoire, soit supplétoire, il faut le tenir pour inadmissible en matière de divorce ; mais il est permis de recourir à l'interrogatoire sur faits et articles (3).

292. II. Au point de vue moral et social, l'adultère est certainement l'infraction la plus grave qui puisse être faite à un conjoint. Mais il est des torts d'une autre nature dont un des époux peut se rendre coupable envers l'autre et qui auront pour résultat de rendre la vie commune insupportable. Ces torts devaient faire l'objet d'une disposition spéciale :

ART. 231. Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre (*).

Les *excès* sont les violences ou attentats de nature à mettre en péril la vie ou tout au moins la santé de la personne. Tout excès est par lui-même grave; il serait impossible de concevoir un *excès* qui serait *modéré* ou *atténué;* la contradiction dans les termes rend manifeste la contradiction dans la pensée.

Les *sévices* sont des voies de fait ou mauvais traitements, concernant principalement la personne physique.

Les *injures* sont tous les faits outrageants qui attentent au respect dû à la personne sociale.

(*) Art. 231. — L. 8, § 3, C. 17, *De repud.;* Novell. 22, cap. 15, § 1, Novell. 117, cap. 8 et 9.

(1) Cass. 11 juin 1888, S. 88, 1, 376.

(2) Cass. 25 mars 1890, S. 90, 1, 168.

(3) DEMOL., *loc. cit.*, nos 475 et 476; LAURENT, *loc. cit.*, n° 207.

Enfin, les sévices ou injures doivent être *graves* pour pouvoir servir de base à une demande en divorce.

293. Tout excès étant, comme nous l'avons dit, nécessairement grave par lui-même, devrait constituer une cause péremptoire de divorce (1). Les pouvoirs du juge en cette matière seraient donc beaucoup plus limités qu'à l'égard des sévices et injures, dont la gravité doit être en quelque sorte mesurée. Mais il est assez difficile de tracer nettement la ligne qui séparera les excès des sévices graves. D'un autre côté, il faut remarquer que la loi ne donne aucune définition des excès, sévices et injures graves; il faut donc admettre, avec la Cour de cassation, un large pouvoir d'appréciation pour les juges du fond, non seulement en matière de sévices et d'injures, mais encore en matière d'excès (2).

Ce pouvoir d'appréciation est néanmoins dominé par certaines règles de logique juridique. Ainsi, les juges sont appréciataires souverains du point de savoir si tel fait caractérisé de violence constitue un excès dans le sens de la loi. Mais une fois que l'existence d'un tel fait a été constatée, les juges doivent prononcer le divorce ou la séparation; un seul fait de cette nature suffit, indépendemment de toute idée de continuité. On admet assez généralement la même solution pour le cas d'injure. Une seule injure, si elle est jugée grave, peut motiver le divorce. La continuité dans l'injure n'est donc pas nécessaire. Mais il convient d'observer que la continuité dans l'injure produira presque toujours l'aggravation requise pour en faire une cause de divorce (3).

En est-il de même pour les sévices? La raison de douter vient de ce que cette expression étant toujours employée au pluriel et se référant à de *mauvais traitements* semble impliquer assez naturellement une idée de continuité. N'est-il pas

(1) AUBRY et RAU, t. IV, p. 155.
(2) Cass. 2 juin 1890, S. 90, 1, 364.
(3) Montpellier, 1er fév. 1866, D. 67, 5, 390.

manifeste, cependant, qu'un seul acte doit suffire si l'on entend par *sévice* un acte de cruauté (1), et qu'il en faudra au contraire plusieurs s'il s'agit de sévices moins accentués, dont le caractère insupportable provient surtout de leur continuité. D'ailleurs aucun texte de loi ne prescrit aux juges de ne s'appuyer que sur plusieurs faits constitutifs d'excès, sévices ou injures graves. Par conséquent les magistrats ont en pareille matière un pouvoir souverain d'appréciation échappant à la censure de la Cour suprême (2).

294. Les excès, sévices et injures graves ne peuvent, d'après le texte de l'art. 231, motiver une demande en divorce que s'ils ont été commis par l'*un des époux envers l'autre*. Il faut donc qu'à la date où les faits de cette nature ont été commis, les parties aient déjà été investies de la qualité d'époux; c'est-à-dire que les faits dont il s'agit doivent être postérieurs à la célébration du mariage. Cela est de toute évidence pour les excès et les sévices, mais cela est contesté pour les injures; ainsi il a été jugé que la séparation peut être prononcée par le motif que l'un des époux n'a pas révélé à l'autre avant la célébration du mariage, soit son inconduite antérieure (3), soit son état de grossesse (4), soit une condamnation précédemment encourue (5). L'injure, dit Demolombe, consiste alors dans une réticence ou odieuse dissimulation concomitante de la célébration même du mariage (6). Cela est insoutenable, et il faut appeler les choses par leur nom. Dans les cas examinés, il y a eu dol, le dol le mieux caractérisé : *Dolus causam dans contractui*. Toute la question est de savoir si la loi admet le divorce ou la séparation pour cause de dol.

(1) LAURENT, t. III, n° 187.
(2) Cass. 12 juin 1880, S. 81, 1, 268.
(3) Paris, 10 mars 1887, *Gaz. Pal.*, 22 mai 1887; Paris, 25 mai 1837, D. *Rép.*, v° *Sép. de corps*, n° 61, 1°.
(4) Bordeaux, 22 mars 1826, D. *eod. loc.*
(5) Trib. Anvers, 27 mai 1876, *Pas.*, 77, 3, 272.
(6) *Loc. cit.*, n° 392.

Poser une telle question, c'est la résoudre. Reconnaissons donc que les faits antérieurs au mariage ne peuvent servir de base à une demande en divorce, ni à raison de leur caractère propre, ni à raison de cette circonstance que l'époux défendeur les aurait dissimulés à son futur conjoint (1).

Mais il peut arriver que des faits antérieurs au mariage, et déjà directement injurieux à cette époque, produisent après le mariage, des conséquences d'où pourra ressortir une nouvelle injure pour l'un des conjoints. Dans ce cas, ils pourront être articulés comme griefs, à raison de ces conséquences postérieures au mariage. Ainsi nous avons parlé plus haut (n° 11), des marchés qui peuvent intervenir entre un entremetteur matrimonial et un individu pour faciliter le mariage de ce dernier avec une personne déterminée. Un tel marché, surtout quand la personne envisagée n'est pas connue de celui qui s'oblige à payer tant pour cent sur le montant de la dot, est en lui-même une injure incontestable; il témoigne d'une indifférence profonde envers la personne et ses qualités soit morales, soit physiques, et d'une attention exclusivement concentrée sur le chiffre de la fortune. Le mariage ayant été célébré, si l'époux qui a souscrit l'engagement paie, sans débat, le prix stipulé, il est certain que l'autre conjoint qui viendrait à découvrir l'existence du traité conclu à son occasion, ne pourrait se plaindre. Si, au contraire, l'auteur de l'engagement veut se soustraire à son exécution, et rend nécessaire, par son attitude, un procès, c'est-à-dire un débat public sur la validité, l'étendue, etc., d'un tel engagement, il y aura dans cette publicité une nouvelle injure postérieure au mariage qui pourra être retenue par les juges de la demande (2).

295. L'art. 231 contient cette précision, que les excès,

(1) Dijon, 19 janv. 1890, S. 90, 2, 111; Leipzig, 9 mai 1884, S. 86, 4, 7.

(2) Paris (2e Ch.), 10 août 1891.

sévices et injures graves sont des causes *réciproques* de divorce. Il n'y a donc pas à distinguer, à cet égard, entre l'homme et la femme.

On trouve une première application de cet aperçu, quand le devoir d'habitation commune a été méconnu. Le refus du mari de recevoir sa femme (1), ou de la femme de suivre le mari au domicile conjugal, peut constituer une injure grave. Le refus de cohabitation ne serait donc pas une cause péremptoire de divorce, en tant qu'il constituerait seulement une violation de l'art. 214; il faut de plus que ce refus de cohabitation soit considéré par les juges du fond comme constituant une injure grave (2), et ils ont à cet égard un droit souverain d'appréciation (3). Il peut arriver, en effet, tantôt que le refus de cohabitation ne soit expliqué ou justifié par aucun motif plausible (4), tantôt qu'il soit atténué par certaines circonstances (5), tantôt qu'il soit effacé par une offre ultérieure de reprendre la vie commune (6). — Enfin il peut encore arriver qu'il y ait de la part de l'un des conjoints simple éloignement du domicile conjugal, sans nouvelles, mais aussi sans que l'intention de refuser la vie commune ait été expressément manifestée. Pour qu'il y ait, en pareille hypothèse, cause de divorce, il faudrait trouver dans les circonstances de la cause une preuve de l'intention d'abandonner le domicile conjugal (7). L'éloignement du mari motivé par le désir de se

(1) Cass. 6 nov. 1888, S. 89, 1, 64.

(2) Langres, 13 août 1884, S. 85, 2, 22; Trib. Seine, 4 juin 1885, *Droit*, 7 juin 1885; Trib. civ. Seine, 11 mars 1886, *Gaz. Pal.* 86, 1, 410.

(3) Cass. 6 nov. 1888, S. 89, 1, 64.

(4) Amiens, 20 nov. 1837, S. 88, 2, 85; Paris, 8 juillet 1886, S. 86, 2, 164.

(5) Cass. 8 janv. 1872, S. 72, 1, 66.

(6) Besançon, 26 juillet 1889, S. 89, 2, 156.

(7) Ex. : Paris, 18 avril 1888, D. 90, 5, 151.

soustraire à une condamnation prononcée, ne serait pas une injure (1).

Le refus persistant de consommer le mariage, ou d'accomplir les devoirs conjugaux, peut encore constituer une cause réciproque de divorce, sur laquelle il est inutile d'insister (2).

296. L'injure résultant du refus de cohabitation ou de consommation du mariage semble présenter un caractère absolu, indépendant des habitudes sociales des époux. Au contraire, l'injure résultant des mauvais procédés dont l'un des époux a usé envers l'autre pourra être singulièrement aggravée ou atténuée par leurs habitudes sociales, et la nature du milieu qu'ils habitent. En effet, si toutes les conditions sociales sont absolument égales, il peut arriver que les mœurs, le langage et les habitudes qu'elles comportent, soient dissemblables. Ainsi il est avéré que, dans certains milieux, l'usage des *corrections manuelles* a été conservé, entre époux, alors que dans d'autres milieux un tel usage n'existe pas. On peut donc facilement comprendre qu'une voie de fait infligée à titre de correction à la femme, pour certains écarts de conduite, ne soit pas considérée comme une injure grave entre certains époux (3), et soit au contraire, entre certains autres, considérée comme une injure grave. Cela revient à dire que la gravité des injures pouvant servir de fondement à une demande en divorce ou en séparation, doit s'apprécier suivant le milieu auquel les époux appartiennent (4).

Mais nous croyons qu'il faut limiter cette solution aux injures dérivant des procédés ou manière d'être tenant à l'éducation, aux habitudes, au genre de vie des époux. Ainsi

(1) Paris, 11 fév. 1887, S. 87, 2, 88.

(2) Besançon, 24 juillet 1889, S. 89, 2, 156.

(3) Trib. civ. Seine, 23 déc. 1885, S. 87, 2, 23 ; comp. Chambéry, 4 mai 1872, S. 73, 2, 217.

(4) Cass. 17 déc. 1872, D. 73, 1, 156.

Nous avons déjà remarqué que le refus de cohabitation ou de consommation du mariage présente un caractère injurieux absolu, tout à fait indépendant des habitudes sociales. nous en dirons autant de l'injure pouvant résulter de la condamnation de l'un des époux à une peine simplement correctionnelle.

297. Il est admis en effet que les condamnations correctionnelles prononcées contre l'un des conjoints peuvent constituer des injures graves au sens de l'art. 231 (1), à cause du froissement qui en résultera pour la dignité et les sentiments de l'autre conjoint. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur ce point (2). Or il serait odieux et contraire d'ailleurs à la réalité, de prétendre faire de la délicatesse et de l'élévation des sentiments, l'apanage exclusif de certaines classes. Par conséquent toute condamnation correctionnelle qui paraîtra constituer une injure grave, aura ce même caractère dans toutes les classes de la société.

Mais dans quels cas une condamnation correctionnelle prononcée contre l'un des époux, devra-t-elle être considérée comme constituant une injure grave à l'égard de l'autre époux?

Tout le monde est d'accord sur ce point que la condamnation de l'un des époux à une peine correctionnelle n'est pas une cause péremptoire de divorce comme la condamnation à une peine afflictive et infamante; il y a donc pour les juges une appréciation à faire. D'après certaines décisions une condamnation correctionnelle pourrait constituer, par elle-même, une injure grave suffisante pour motiver le divorce (3). Mais on décide d'autre part que le Code civil n'ayant

(1) CARPENTIER, *Traité du divorce*, p. 105.

(2) *J. Off.*, séance du 8 mai 1862.

(3) Toulouse, 30 déc. 1888, S. 89, 2, 61; Trib. civ. Liège, 15 déc. 1888, *Gaz. Pal.*, 89, 87; Trib. civ. Seine, 2 août 1889, *Droit*, 1er octobre 1889.

pas rangé les condamnations à des peines correctionnelles parmi les causes déterminées pouvant donner lieu à divorce, de pareilles condamnations ne peuvent être prises en considération qu'autant que les faits qui les ont motivées, sont directement attentatoires à la dignité personnelle du conjoint et constituent envers lui une injure grave dans le sens de l'art. 231 (1).

Cette dernière appréciation semble trop étroite. Une condamnation correctionnelle prononcée contre l'un des époux peut atteindre directement l'autre époux dans sa dignité et sa considération et par suite constituer une injure grave au sens de l'art. 231, sans que les faits incriminés présentent rien de spécialement et personnellement outrageant pour lui. L'injure en définitive, dérive de la condamnation qui flétrit le conjoint coupable, plutôt que des faits ayant servi de base à cette condamnation.

298. L'exercice régulier d'un droit ne pourra jamais être considéré comme rentrant dans la catégorie des excès, sévices ou injures graves.

Nous citerons comme exemples :

La perception rigoureusement faite par le mari, en exécution du régime matrimonial adopté, ou du contrat de mariage, de tous les revenus des biens appartenant à sa femme;

L'emploi des moyens de coercition qu'il a été autorisé à exercer pour décider la femme à réintégrer le domicile conjugal (2);

Le refus fait par le mari d'accorder à la femme son autorisation pour ester en justice ou passer un acte juridique;

La reconnaissance faite par l'un des époux au cours du

(1) Lyon, 26 juillet 1888, *Mon. Lyon*, 23 janv. 1889 ; Trib. civ. Coulommiers, 19 fév. 1886. *la Loi*, 7 mars 1886.

(2) Lyon, 19 mars 1870, D. 71, 5, 258.

mariage, d'un enfant qu'il aurait eu d'un autre que son conjoint (1);

La direction donnée par le père à l'éducation religieuse des enfants communs (2);

Le choix qu'il fait pour eux d'une religion; son refus d'autoriser leur baptême, quand même les conventions matrimoniales contiendraient sur ce point des clauses spéciales. Ces clauses sont nulles et il n'y a pas à en tenir compte. Un père ne saurait aliéner par anticipation le droit que la loi lui reconnaît, d'exercer sur ses enfants l'autorité paternelle (3);

Le changement de religion de la part de l'un des époux (4);

Le refus fait par l'un des époux de consentir, après le mariage civil, à la célébration du mariage religieux (5), quand même il violerait ainsi la promesse expresse ou tacite qu'il aurait faite antérieurement.

S'il est en effet reconnu que les clauses insérées dans le contrat de mariage, concernant la religion dans laquelle doivent être élevés les enfants à naître sont nulles et non obligatoires pour le père, il faut reconnaître aussi qu'un futur époux ne peut pas davantage, par une promesse imprudemment faite, ou simplement supposée, enchaîner ainsi pour l'avenir sa conscience et sa foi.

Nous supposons bien entendu que le mari s'est borné à refuser la célébration religieuse, tout en conservant d'ailleurs, à tous les autres points de vue, l'attitude la plus correcte à l'égard de sa femme. Mais il pourra arriver que le refus de

(1) Aix, 28 avril 1863, J. P. 63, p. 656.
(2) Nîmes, 12 mai 1886, *Gaz. Trib.*, 28 mai 1886.
(3) CARPENTIER, *loc. cit.*, p. 101 et les autorités citées.
(4) *Ibid.*
(5) BATBIE, *Le Correspondant*, 1866, p. 92; LAURENT, t. III, n° 196. *Contrà*, Bruxelles, 17 juillet 1889, S. 90, 24, 8; Angers, 29 janv. 1859, S. 59, 2, 77. V. notre *Dissert. sur la célébration des mariages, Revue critique*, 1867, t. XXX.

procéder à la célébration du mariage religieux se produise dans des conditions différentes : s'il est démontré par les faits que le mari n'a cherché dans ce refus que le moyen de manifester son indifférence, son mépris ou son hostilité à l'égard de sa femme, le divorce pourra être prononcé à raison de cette hostilité, de ce mépris et de cette indifférence. Il est en effet reconnu que les procédés qui sont un témoignage d'indifférence, de mépris et d'hostilité peuvent constituer une injure grave (1).

299. La preuve des excès, sévices et injures graves aura lieu selon les règles ci-dessus indiquées pour la preuve de l'adultère. Nous ferons cette seule précision, que les injures proprement dites résultant de paroles outrageantes, gestes, écrits doivent être prouvées directement, et qu'il n'est pas possible de concevoir à leur égard une preuve par présomption. Au contraire, les excès et sévices, quand ils ont laissés des traces apparentes sur la personne, pourront être imputés par voie de présomption au conjoint de l'époux demandeur, quand il sera démontré qu'ils ne peuvent avoir d'autre cause. Si l'injure résulte d'une condamnation correctionnelle, il faudra en rapporter la preuve écrite (2).

300. III. Les condamnations à une peine afflictive et infamante, ne donnent lieu à aucune appréciation à faire par le juge, et constituent une cause péremptoire de divorce.

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

L'ancien texte ne parlait que d'une peine *infamante*. En exigeant une peine *afflictive et infamante*, le législateur de 1884 a voulu que le bannissement et la dégradation civique,

(*) Art. 232. — L. 8 § 3, C. 5, 17, *De repud.;* Novell. 22, cap. 1, § 1; Novell. 117, cap. 8 et 9; cap. 2, *Decret. Gregor.* 4, 19, *De divort.*

(1) Cass. 2 juin 1890, S. 90, 1, 344.

(2) Trib. Anvers, 27 mai 1876, *Pas.*, 76, 3, 372.

qui sont d'ordre politique, ne puissent être des causes de divorce ou de séparation de corps.

La condamnation à une peine afflictive et infamante doit émaner d'une *juridiction répressive* française; c'est-à-dire d'une Cour d'assises, d'un conseil de guerre ou d'un tribunal maritime, ou enfin d'une Cour criminelle instituée dans certaines colonies. L'ancien art. 235 de la loi du 27 juillet 1884 contenait en effet, intentionnellement (1), l'expression générale *juridiction répressive;* mais quoique ce texte ait disparu par l'effet de la loi du 18 avril 1886, dont nous parlerons bientôt, la pensée qu'il exprimait ainsi n'en demeure pas moins exacte.

La condamnation n'est une cause de divorce qu'autant qu'elle est devenue définitive. Par conséquent, en cas de condamnation par contumace, la demande en divorce ou en séparation ne sera recevable que si vingt ans, et non pas seulement cinq ans, se sont écoulés depuis la condamnation (2).

Il faut que la condamnation ne soit plus susceptible d'être réformée par les voies légales *ordinaires*. C'est ce qui résultait de l'ancien art. 261 de la loi de 1884, aux termes duquel le demandeur devait présenter au tribunal une expédition en bonne forme de la décision portant condamnation, *avec un certificat du greffier constatant que cette décision n'est plus susceptible d'être réformée* par les *voies légales ordinaires*. La loi du 18 avril 1886 a fait il est vrai disparaître cet article, mais uniquement pour soumettre à la procédure ordinaire la demande en divorce fondée sur l'art. 232. En effet, l'art. 261 admettait pour ce cas une procédure extrêmement sommaire, dans laquelle, d'après l'opinion commune, le défendeur n'était même pas mis en cause. Le législateur

(1) Sénat, séance du 23 juin 1884, discours de M. Ronjat.
(2) Paris, 11 fév. 1887, S. 87, 2, 88.

de 1886 n'a pas voulu qu'il en fut ainsi, mais cela n'empêche pas que le certificat du greffier, constatant que la décision produite n'est plus susceptible d'être réformée par les voies légales *ordinaires*, a toujours sa raison d'être (1).

La commutation de la peine, sa prescription, son expiration, la grâce accordée au condamné, laissent intact le droit pour son conjoint de demander le divorce ou la séparation. Au contraire, l'amnistie et la réhabilitation enlèvent au conjoint, qui ne l'a pas encore exercée, l'action en divorce ou en séparation (2).

301. Les trois causes déterminées de divorce que nous venons d'étudier, servent de base explicite et ostensible aux demandes qui peuvent se produire sous la garantie d'une audience publique. Mais on peut concevoir que les parties soient d'accord pour reconnaître l'existence d'une de ces causes, et en même temps la nécessité, dans un puissant intérêt de famille, de ne la point révéler. C'est dans cet esprit que les rédacteurs du Code civil avaient admis, dans l'article suivant qui est demeuré abrogé, le principe du divorce par consentement mutuel :

ART. 233 (*abrogé*). Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce (*).

Cette disposition n'a pas été maintenue. Il a paru que l'intervention des magistrats était nécessaire, et qu'il n'y avait pas de raisons suffisantes pour permettre à certaines personnes de dissimuler les véritables causes de leur séparation.

302. Le projet voté par la Chambre comptait l'absence au

(*) Art. 233. — L. 60 § 1, L. 26 pr., D. 24, 1, *De donat. int. vir. et uxor.*; Novell. 117, c. 10; Novell. 140.

(1) CARPENTIER, *Loi du 18 avril 1886*, p. 110.

(2) Voy. Paris, 19 août 1847, S. 47, 2, 524.

nombre des causes de divorce. Mais cela fut définitivement rejeté, surtout par cette considération que si l'absent était vivant et ne voulait pas revenir, son abandon pouvait constituer une injure grave, cause de divorce déjà inscrite dans la loi (1). Comment d'ailleurs prononcer le divorce contre une personne dont le sort est tellement incertain qu'il est impossible de dire si elle est encore vivante ou décédée? — Par conséquent celui qui aura intérêt à faire considérer comme constituant une injure grave l'abandon prolongé et sans nouvelles de son conjoint, devra s'abstenir de provoquer sa déclaration d'absence.

(1) Sénat, séance du 7 juin 1884.

CHAPITRE II.

DE LA PROCÉDURE DU DIVORCE.

§ 1er. — A qui appartient l'action en divorce. Compétence.

303. — Loi des 18-20 avril 1886.
304. — De la femme.
305. — De l'individu en état d'interdiction légale.
306. — De l'aliéné non interdit placé dans un établissement.
307. — De l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ;
308. — Ou en état d'interdiction légale.
309. — Des héritiers.
310. — Compétence.

303. La procédure que le Code civil avait organisée en matière de divorce, et que le législateur de 1884 avait à peu près fait revivre, était extrêmement lente et compliquée. La nécessité d'une révision sur ce point ne tarda pas à devenir évidente, et la loi du 20 avril 1886 vint donner satisfaction aux nécessités de la pratique.

L'art. 1er de cette loi porte :

« Les articles 234 à 252 et l'art. 307 du Code civil sont remplacés par les dispositions suivantes... » Ce numérotage des dispositions nouvelles permet de les fusionner dans le texte du Code civil.

304. Avant d'entrer dans l'examen des détails nous devons nous préoccuper des situations diverses de ceux à qui appartient l'action en divorce.

L'action en divorce n'appartient qu'aux époux. Comme elle n'a pas pour objet un intérêt pécuniaire, elle ne rentre pas dans le gage commun des créanciers (art. 2092-2093), et par conséquent ces derniers ne pourraient prétendre l'exercer du chef de leur débiteur.

La femme n'a pas besoin pour agir de l'autorisation maritale, ni de l'assistance d'un curateur si elle est mineure. Aux termes de l'art. 238, § 4, par le fait de l'ordonnance que doit rendre le président sur la requête de la femme demanderesse, cette dernière est autorisée à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont les suites.

305. Quelle est la situation de l'individu qui est en état d'interdiction judiciaire ?

Le projet du gouvernement (sur l'art. 234), contenait la disposition suivante : « Le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête à fin de divorce. » Mais cette disposition a disparu dans le travail d'examen de la commission du Sénat, et n'a pas été soumise au vote de l'assemblée ; elle était, en effet, monstrueuse. Sous prétexte de protéger la personne de l'interdit, elle autorisait un tiers, un étranger, à se faire le juge de l'honneur de la famille, du sort des enfants, et à rompre un mariage. Est-ce là la mission d'un tuteur (1) ?... Il est probable que la commission aura reculé devant le danger que présentait la rédaction primitive : un interdit, recouvrant plus tard sa raison, aurait pu se trouver en présence d'un divorce *irrévocable*, qu'il n'aurait pas demandé, mais que son tuteur et son conseil de famille auraient cru devoir demander en son nom. La séparation de corps qui n'anéantit pas le mariage, qui laisse toujours la réconciliation possible, est une mesure suffisante quand les circonstances ne permettent pas de laisser au conjoint de l'interdit, sa place au foyer conjugal. Voilà pourquoi, sur la demande de M. Le Guen, la disposition dont nous parlons, a été éliminée de l'art. 234 et transportée à l'art. 307 spécial à la séparation de corps. Il

(1) Voy. LAURENT, t. III, n° 216.

est donc avéré, dans le silence du texte, qu'il ne peut être formé de demande, à fin de divorce, au nom de l'interdit judiciairement (1).

Mais l'interdit pourrait-il, du moins, dans un intervalle lucide, agir lui-même en divorce? Nous avons admis ci-dessus (n° 17), que l'interdit pouvait valablement contracter mariage durant un intervalle lucide; or il n'y a pas de texte qui lui défende de rompre dans un intervalle lucide, les liens qu'il peut former dans ce même intervalle (2). On objecte que le mariage se formant en un seul trait de temps, il est possible de s'assurer que l'interdit se trouve dans un intervalle lucide quand il consent au mariage, alors que la procédure en divorce se décomposant en plusieurs phases distinctes, il sera difficile d'affirmer que les intervalles lucides ne font défaut à aucun moment du procès (3). C'est là un raisonnement *prépostère*. On suppose, gratuitement, que l'interdit est dans un *intervalle* lucide, en entendant l'expression dans un sens rigoureusement technique, c'est-à-dire qu'il retombera sous l'empire de la démence.... Mais peut-être est-il, au contraire, entré dans cette période de guérison qui doit se continuer et aboutir à la mainlevée de l'interdiction. Dans tous les cas, il s'agit uniquement de savoir s'il est en état d'introduire la demande au moment où il la présente.

306. De ce que le tuteur ne pourrait introduire une demande en divorce au nom de l'interdit, il est permis de conclure *a fortiori* que le mandataire *ad litem* de l'individu non interdit, placé dans un établissement d'aliénés ne pourra intenter en son nom l'action en divorce. Tout au plus on aurait pu soutenir autrefois, qu'il peut poursuivre l'action inten-

(1) *Annuaire de législation fr.*, 1888, *notice* de M. CHALLAMEL, sur sur la loi du 18 avril 1886, p. 47, 49, note 4; CARPENTIER, *L. du* 18 *avril* 1886, p. 46, n° 27; BAUDRY-LACANTINERIE, n° 694.

(2) LAURENT, *loc. cit.*, n° 216.

(3) CARPENTIER, *Du Divorce*, p. 129.

tée par l'aliéné avant son placement dans l'asile (1); mais cela n'est pas conforme au caractère rigoureusement personnel attribué par la loi à l'action en divorce. L'interné aurait donc le droit d'agir personnellement (2). La Cour de Bordeaux a cependant admis, d'une manière générale, que la disposition de l'art. 33 de la loi du 30 juin 1833, prescrivant de nommer un mandataire spécial à l'effet de représenter tout individu, non interdit, placé dans un établissement d'aliénés, qui est engagé dans une contestation judiciaire, s'applique à toutes les contestations, même en matière de séparation de corps et de divorce (3); mais comme il s'agissait, dans l'espèce, de faire uniquement l'application de cet aperçu à un défendeur sur une demande en conversion de séparation en divorce, qui avait été interné depuis le jugement, cette décision n'a réellement pas visé la difficulté qu'il s'agissait de résoudre.

307. L'individu pourvu d'un conseil judiciaire, doit pouvoir agir seul en divorce sans l'assistance de son curateur. La généralité de l'art. 513 ne peut pas englober une action aussi personnelle que celle dont nous nous occupons (4).

308. La solution qui refuse au tuteur de l'interdit judiciaire et au mandataire *ad litem* de l'interné non interdit le droit d'introduire une demande en divorce, repose sur cette considération que le droit de formuler une telle demande exige une manifestation personnelle de la volonté même de l'intéressé. Or, cette même considération devait produire son effet dans le cas d'interdiction légale. En conséquence, l'art. 134 décide que la demande en divorce, au nom d'un individu légalement interdit, ne peut être présentée par le

(1) Cass. 20 mars 1878, D. 78, 1, 180.
(2) DEMOLOMBE, t. VIII, n° 863.
(3) Bordeaux, 18 juillet 1888, S. 89, 2, 64.
(4) LAURENT, t. V, n° 361; CARPENTIER, *loc. cit.*, n° 69; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. VIII, n° 723; Amiens, 9 juillet 1873, S. 73, 2, 225, etc.

tuteur que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit.

309. Enfin, d'après l'art. 244, § 3, l'action en divorce s'éteint par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil. Il n'y a donc plus à discuter sur le point de savoir si les héritiers d'un conjoint décédé après avoir commencé une instance en divorce, peuvent continuer cette instance, au moins quant à son but principal (*infrà*, n° 453).

310. L'action en divorce doit être portée devant le tribunal du domicile conjugal, c'est-à-dire devant le tribunal du domicile du mari (1). Si ce dernier est sans domicile ni résidence connue, la demande sera portée devant le tribunal de son dernier domicile connu (2). S'il y a impossibilité de connaître le nouveau domicile du mari, à raison de la vie errante de ce dernier, l'action sera portée devant le tribunal du lieu où se trouvait le domicile conjugal (3), du moins si la femme a conservé sa résidence au lieu de ce domicile. Mais si la femme a elle-même changé de résidence depuis le départ de son mari, faudra-t-il encore l'obliger à porter son action devant le tribunal du domicile conjugal?

L'ancien art. 234 portait que la demande en divorce *ne pourra être formée qu'au tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux auront leur domicile*. Avec un texte pareil, il eût été difficile d'autoriser la femme à saisir le tribunal de sa nouvelle résidence. Mais cet article a disparu par l'effet de la nouvelle loi de 1886. Cela n'empêche pas qu'en principe le seul tribunal compétent soit celui dans le ressort duquel les époux ont leur domicile. Mais cela suppose que le mari et la femme ont un domicile commun. Quand le mari a dis-

(1) Bruxelles, 18 janv. 1888, D. 88, 2, 249; Nîmes, 10 juin 1885, *Gaz. Pal.*, 86, 1, D. *Répert.*, v° *Divorce*, n° 9.

(2) Trib. civ. Nancy, 4 juillet 1888, *Rec. de Nancy*, 66, 1888-89.

(3) Trib. Seine, 12 juillet 1886, *Gaz. Trib.*, 22 août 1886.

paru, il n'est pas possible d'exiger que la femme demeure toujours au lieu que son mari a quitté. Il ne serait pas logique, tout en l'admettant à s'en écarter, de l'astreindre néanmoins à y porter une action qui ne lui offrirait désormais aucune garantie spéciale, et ne serait pour elle qu'une occasion de dépenses et d'embarras (1).

La partie appelée devant un juge autre que celui qui est le sien, d'après les distinctions qui précèdent, pourra donc opposer le déclinatoire. Mais l'incompétence est couverte par la comparution sans réserves de l'époux défendeur devant le tribunal incompétent, car à partir de ce moment l'instance est liée (2).

Ces préliminaires posés, nous allons étudier maintenant la procédure qui doit être suivie devant le juge compétent, mais auparavant une remarque importante doit être faite.

Le projet primitif sur la révision de la procédure ne concernait que le divorce. La commission du Sénat proposa, pour faire une œuvre complète, d'étendre à la séparation de corps l'application de la procédure nouvelle. Tel est l'objet d'une disposition spéciale introduite dans l'art. 307. La loi du 18 avril 1886, comme le dit son titre, est donc une loi générale sur les deux matières de la séparation de corps et du divorce. Les art. 875 à 880 du Code de procédure civile n'en restent pas moins en vigueur et doivent être seulement complétés par les articles nouveaux du Code civil.

§ 2. — Tentative de conciliation devant le Président.

311. — Requête au président présentée par le demandeur en personne, art. 234.
312. — Ce que doit contenir la requête.
313. — Du cas où les faits allégués pourraient motiver des poursuites criminelles ou correctionnelles.

(1) CARPENTIER, *L. du 18 avril 1886*, p. 57, n° 35.
(2) Cass. 2 déc. 1880, S. 82, 1, 103; Paris, 5 août 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 2, 295.

314. — Cas où le demandeur est empêché de présenter la requête en personne.
315. — Du demandeur en état d'interdiction légale.
316. — Mission du président, art. 235.
317. — Il peut statuer sur la résidence provisoire du demandeur, art. 236.
318. — De la citation à comparaître, art. 237; — cas où le défendeur est en état d'interdiction judiciaire.
319. — Cas où le défendeur est en état d'interdiction légale.
320. — Délai et formes de la citation.
321. — Comparution des deux parties devant le président, art. 238, § 1.
322. — Du défaut de l'une des parties.
323. — Le juge peut ajourner les parties à une nouvelle comparution personnelle, art. 238, § 6.

311. Si une conciliation est désirable, c'est surtout dans les différends qui mettent en question l'union des époux.

Dans les affaires ordinaires, la tentative de conciliation est abandonnée à la libre initiative de celui qui veut se porter demandeur. En matière de divorce la seule manifestation de la volonté de le réclamer, peut rendre toute réconciliation sinon impossible, du moins plus difficile. Il ne fallait donc pas que l'époux qui se croit en droit de recourir à une telle extrémité, pût appeler son conjoint devant un conciliateur, sans avoir, au préalable, été mis en situation d'entendre de sages observations qui pourront l'amener peut-être à renoncer à son action. Il devra donc se présenter, de sa personne, au magistrat qui a reçu la mission spéciale de l'écouter et de lui donner des conseils :

ART. 234. L'époux qui veut former une demande en divorce présente, en personne, sa requête au président du tribunal ou au juge qui en fait fonctions. — En cas d'empêchement dûment constaté, le magistrat se transporte, assisté de son greffier, au domicile de l'époux demandeur. — En cas d'interdiction légale résultant d'une condamnation, la requête à fin de divorce ne peut être présentée par le tuteur que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit.

La requête est présentée par la partie *en personne,* mais elle est rédigée et signée par son avoué, c'est ce qui résulte,

sans aucun doute possible, de l'exposé des motifs et du rapport de la commission (1). Le président devrait donc refuser toute requête qui serait signée par la partie elle-même.

312. D'après l'ancien art. 236, toute demande en divorce devait *détailler les faits*. L'art. 234 ne contient pas une précision semblable. La nécessité d'une énonciation *suffisante* des faits n'en résulte pas moins de la combinaison de l'article 307 nouveau avec l'art. 875, C. pr. c. Tout ce qu'on peut inférer du silence de l'art. 234, c'est que le juge devra se montrer plus facile dans l'appréciation du point de savoir si la requête contient une énonciation des faits suffisante au double point de vue suivant :

1° Pour éclairer le président sur les véritables causes de l'action en divorce;

2° Pour permettre au défendeur la préparation de sa défense.

Mais la requête étant supposée admissible à raison d'une suffisante énonciation des faits, que faudrait-il statuer par rapport aux faits omis dans la requête, ou aux faits nouveaux qui viendraient à se produire depuis la présentation de la requête?

Avant la loi de 1884 la jurisprudence admettait assez facilement que les faits omis dans la requête pouvaient être soumis au tribunal soit au moyen d'une requête nouvelle, soit au moyen de conclusions signifiées au cours de l'instance, et qu'il en était de même pour les faits nouveaux qui avaient pu se produire.

Depuis la loi de 1884, et sans qu'il soit nécessaire de compulser la jurisprudence antérieure, la Cour de Douai a eu l'occasion de formuler les véritables principes. Elle a reconnu que toute articulation reposant sur une cause distincte de celles qui figurent dans la requête constitue une demande

(1) CARPENTIER, *L. du 18 avril 1886*, n° 40.

nouvelle, au sens propre du mot, et que toute demande nouvelle qui ne suit pas la marche tracée par la loi de procédure spéciale au divorce, c'est-à-dire pour laquelle n'ont pas eu lieu la remise par le demandeur en personne de sa requête au président, et, d'une façon plus générale, les deux degrés de conciliation exigés par la loi, était nulle et non avenue, la procédure de divorce étant de droit étroit. La même Cour paraît en outre reconnaître qu'il y a lieu de distinguer entre les faits constituant véritablement une cause nouvelle et distincte de divorce, et les faits nouveaux se référant à la cause primitive servant de base à la demande, et articulés plutôt comme *moyens* ou supplément de preuve à l'appui de cette demande (1).

313. L'ancien art. 235 prévoyant le cas où quelques-uns des faits allégués par l'époux demandeur donneraient lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, portait que l'action en divorce serait suspendue jusqu'après la décision de la juridiction répressive. Il ajoutait que l'action pourrait alors être reprise, sans qu'il soit permis d'inférer de cette décision aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle.

C'était une application au divorce de la règle générale que le *criminel tient le civil en état.* Bien que cette disposition ait été supprimée dans le texte nouveau, le principe doit continuer à produire son effet (art. 3, § 3, C. instr. crim.). Or, cet effet ne peut plus aujourd'hui être restreint aux poursuites criminelles, puisque l'article qui le restreignait ainsi a disparu; il semble donc logique d'étendre cet effet suspensif aux poursuites correctionnelles conformément à la règle plus générale de l'art. 3, § 3, précité.

Si l'époux défendeur est condamné, sur la poursuite dirigée contre lui, à une peine afflictive et infamante, comme

(1) Douai, 9 mai 1885, D. 86, 2, 99.

cette condamnation constitue une cause péremptoire de divorce, le tribunal civil n'aura qu'à le prononcer.

Si la peine prononcée est une peine correctionnelle, le tribunal aura à apprécier si la condamnation et les faits qui lui servent de base peuvent constituer une injure grave.

Si le conjoint défendeur est acquitté ou relaxé, cette circonstance n'enlèvera pas aux juges civils le droit d'apprécier les faits au point de vue spécial du divorce réclamé (1).

314. Nous avons vu que le demandeur doit présenter, en personne, sa requête au président du tribunal. Mais le second paragraphe de l'art. 234 ajoute que, en cas d'empêchement dûment constaté, le magistrat se transportera, assisté de son greffier, au domicile de l'époux demandeur.

Il résulte du rapport au Sénat, que l'on n'a pas cru utile d'indiquer dans quels cas le juge admettra que les parties sont dans l'impossibilité de se rendre près de lui, ni quelles justifications devraient être exigées. C'est en définitive au président à apprécier la situation. Mais il faut observer que le président ne peut se transporter, en cette qualité, hors de son arrondissement; d'un autre côté, si le demandeur a son domicile dans le ressort d'un autre tribunal, il n'y a pas de texte qui autorise le président compétent à adresser, dans ce cas, une commission rogatoire au président du tribunal du domicile du demandeur pour le charger de la mission résultant des art. 234 et 235. Par conséquent pour que l'article 234, § 2, puisse recevoir son application, il faut nécessairement que le demandeur ait sa résidence sur le territoire de l'arrondissement du tribunal compétent, afin que le magistrat puisse se transporter auprès de lui. Dans le cas contraire, le demandeur empêché ne pourra pas déposer sa demande en divorce. C'est une lacune dans la loi qui a négligé, dans l'hypothèse examinée, d'autoriser l'emploi des

(1) Trib. civ. Seine, 31 août 1885, *Droit*, 14 août 1885.

commissions rogatoires qu'elle a admis dans d'autres cas (art. 238).

315. Si le demandeur est en état d'interdiction légale, la requête ne peut être présentée par le tuteur que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit lui-même. Il était inadmissible en effet, que le tuteur put prendre sur lui de faire divorcer l'interdit malgré lui. L'interdit doit donner son *autorisation*, ce qui suppose qu'il est d'accord avec le tuteur pour l'introduction de l'action en divorce. S'il y a désaccord entre eux, que le tuteur ne veuille pas s'associer en quelque sorte à sa demande, l'interdit devra procéder par *voie de réquisition*. Mais comment aura lieu cette réquisition? On a soutenu que le condamné devait s'adresser au procureur de la République, et que ce dernier en sa qualité de représentant des incapables formerait la demande en son nom (1). Le texte n'autorise pas cette manière de procéder. L'art. 234 dit formellement que la requête *sera présentée par le tuteur sur la réquisition de l'interdit*. Sans doute, le procureur de la République pourra, en sa qualité de représentant des incapables, transmettre au tuteur la réquisition de l'interdit; mais le texte dit, sans équivoque, que la requête doit être présentée par le tuteur lui-même. Si, malgré la réquisition, le tuteur persiste à ne pas vouloir présenter la requête, nous pensons que l'interdit aurait une action directe à exercer contre son tuteur. Lorsque la loi accorde en effet à l'interdit légalement le droit de réquisition, il ne peut s'agir que d'une réquisition utile, et l'interdit se trouve implicitement autorisé à faire le nécessaire pour que cette réquisition soit utile.

Du reste, toutes ces difficultés auraient été évitées si la loi, reconnaissant franchement que le droit d'action en matière de divorce ne comporte pas de distinction entre la jouissance

(1) CARPENTIER, *L.* 18 *avril* 1886, p. 73, n° 48.

et l'exercice, avait tout simplement autorisé l'interdit à saisir le magistrat de sa demande.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire que le juge entende l'interdit en personne. Si cela lui semble convenable, il le fera comparaître; jusqu'à ce que le juge réclame cette comparution, l'interdit sera légalement représenté par son tuteur (1).

316. La requête étant présentée au président du tribunal compétent, dans les conditions réglées par l'art. 234, le rôle de conciliateur attribué par la loi à ce magistrat commence alors :

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

Il n'est pas dressé un procès-verbal spécial de l'audition du demandeur par le président. L'ordonnance de ce magistrat, rédigée par le greffier, tenant lieu de procès-verbal, fera mention de l'audition du demandeur, et indiquera le jour et l'heure de la comparution. Il résulte de la combinaison de l'art. 235 avec l'art. 237, qu'un intervalle d'au moins trois jours doit séparer les deux degrés de conciliation.

Enfin le président doit commettre un huissier pour signifier l'ordonnance au défendeur avec citation à comparaître au jour indiqué.

317. Si l'ordonnance rendue par le président ne contient que l'indication du jour de la comparution des parties, et l'autorisation de citer le défendeur, elle ne présente aucun caractère contentieux, et n'est par conséquent susceptible d'aucune voie de recours (2).

(1) Rapport, p. 297.

(2) Cass. 19 fév. 1861; Paris, 29 fév. 1861, D. *Code pr. c. annoté*, art. 876.

En sera-t-il de même si l'ordonnance contient quelque disposition relative à la résidence des époux? En effet :

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

On lit dans le rapport au Sénat : « La pratique avait révélé la nécessité de régler ce point. La situation faite aux époux, du jour où la citation en conciliation a été lancée, rend pénible, parfois dangereuse, la cohabitation; il était indispensable d'accorder au juge le droit de la faire cesser. L'époux demandeur peut provoquer cette mesure, le mari aussi bien que la femme. Cette dernière hypothèse pourrait se réaliser, par exemple, si les époux avaient leur domicile au siège d'une maison de commerce dirigée par la femme. La seule différence admise, c'est qu'on ne pourra imposer une résidence déterminée au mari dont le choix reste libre. »

Le président ayant le droit d'assurer la résidence séparée du demandeur, pourra obtenir ce résultat en enjoignant au défendeur d'aller résider dans un autre lieu. C'est ce qui aura lieu surtout quand l'époux demandeur est commerçant.

En statuant ainsi, le juge ne cesse pas d'agir comme magistrat conciliateur. La décision n'est par conséquent susceptible d'aucun recours; c'est ce qui résulte *a contrario*, de l'art. 238, § 3. Cela est grave; car la décision touchant la résidence du demandeur a été prise en l'absence du défendeur, et elle peut se traduire par l'injonction adressée à ce dernier de transporter ailleurs sa résidence. Mais le défendeur, qui pourrait être lésé, pourra agir en référé. D'ailleurs, et par la force des choses, l'effet de la première ordonnance rendue par le président ne pourra pas se produire longtemps, puisque, lorsque les parties auront comparu ensemble devant lui, il pourra être *statué à nouveau* sur la résidence de l'époux demandeur (art. 238, § 2).

318. Il s'agit maintenant de porter à la connaissance

du défendeur la décision provoquée par son conjoint (1) :

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

La citation doit naturellement être donnée à la personne qui doit jouer le rôle de défendeur dans l'instance en divorce, mais il y a quelques précisions à faire pour le cas où cette personne est en état d'interdiction soit judiciaire, soit légale.

L'interdiction judiciaire de l'un des époux n'est pas, pour l'autre, une cause de divorce. L'individu interdit est désormais incapable de commettre un acte conscient de nature à motiver contre lui une action en divorce. Mais on peut supposer qu'avant son interdiction, et avant même qu'aient apparu les causes qui ont déterminé son interdiction, l'un des époux se soit rendu coupable envers l'autre d'un acte constituant une cause de divorce. Son interdiction ultérieure ne saurait évidemment enlever à l'époux offensé l'action en divorce qui lui appartient. Dans ce cas, l'ordonnance du président portera que la citation à comparaître sera donnée au tuteur de l'interdit, car le tuteur représente complétement l'interdit, et de ce que la loi ne l'autorise pas à demander le divorce au nom de l'interdit, il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse, au nom de ce dernier, défendre à une action en divorce.

319. Il faut adopter une solution différente si le défendeur est en état d'interdiction légale. Nous verrons plus loin que la loi exige que l'individu légalement interdit soit assigné à

(1) L'art. 45 n° 8 de la loi du 28 avril 1826, qui tarife au droit de 5 francs (aujourd'hui 7 fr. 50), les actes et jugements interlocutoires et préparatoires de divorce, vise spécialement les actes judiciaires proprement dits, tels que : jugements d'avant faire droit, préparatoires et interlocutoires, ordonnances, procès-verbaux d'enquête, de comparution et enfin les différentes mesures d'instruction que comporte la procédure du divorce. *Sol. de l'Admin.*, 27 juin 1887, D. 89, 3,

comparaître devant le tribunal qui doit connaître de la demande en divorce dirigée contre lui. Si sa présence est jugée nécessaire devant le tribunal, on ne voit pas pourquoi il serait inutile de l'appeler en conciliation devant le président. S'il est possible de le mettre en présence de son conjoint, peut-être ce dernier abandonnera-t-il la demande. Comment donc sera-t-il assigné en conciliation? L'assignation pourra-t-elle être adressée au tuteur? Il résulte de l'art. 234 que l'action en divorce ne peut être introduite par le tuteur de celui qui est légalement interdit, que sur la justification de l'autorisation ou de la réquisition de l'interdit. Si la loi a trouvé qu'il serait odieux et absurde que le tuteur pût agir en divorce sans l'assentiment de l'interdit, il serait non moins absurde, et peut-être même davantage, que le divorce pût être demandé contre l'interdit défendeur, *sans même qu'il le sache;* de sorte que le tuteur assigné serait maître de se présenter ou de ne pas se présenter, et cela dans un système où, pour plus de certitude que la partie intéressée sera prévenue, on a prescrit la citation par un huissier commis!

D'ailleurs, lorsque l'art. 235 parle des *parties* qui doivent comparaître, il vise bien certainement les époux eux-mêmes, sauf le cas unique de l'interdiction judiciaire.

L'assignation doit donc être donnée à l'interdit légalement lui-même. C'est dans ce sens que l'ordonnance doit être rédigée (1). L'interdit, s'il veut défendre, transmettra à son tuteur la copie qui lui aura été signifiée. Le tuteur figurera alors dans l'instance ou pourra être requis d'y figurer.

320. Le délai de trois jours est franc, et ne saurait être abrégé. Mais le défendeur pourrait, en comparaissant sur une citation donnée à un délai plus court, couvrir la nullité soit en répondant aux observations du président, soit en demandant l'indication d'un jour ultérieur.

(1) *Contrà*, Paris, 7 avril 1887, S. 88, 2, 54.

La citation sera remise sous pli fermé. Le but de cette innovation s'explique de lui-même. Le moyen le plus simple de se conformer à cette prescription, est celui qui résulte des instructions de la chambre des avoués du tribunal de la Seine : l'huissier ne fermera l'enveloppe qu'après avoir parlé à la personne elle-même, à son domestique, au concierge ou au voisin, et pourra ainsi mentionner le *parlant à* sur la copie comme sur l'original.

La citation devra mentionner aussi que la copie est remise sous pli fermé.

Remarquons cependant que la loi n'attache pas la nullité à l'inobservation de la règle concernant la remise sous pli fermé par huissier commis, comme elle l'attache à l'inobservation des dispositions précédentes.

321. D'après l'exposé des motifs du projet présenté par le gouvernement, la loi a voulu organiser une sorte de *conciliation à deux degrés*. Dans le premier, le demandeur s'est présenté seul; dans le second, les deux parties seront présentes, ou tout au moins convoquées.

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

Les parties doivent comparaître en personne sans l'assistance d'aucun conseil, parent, avocat ou avoué; sans l'assistance également du curateur ou conseil judiciaire, si la demande est formée par ou contre un mineur émancipé ou demi interdit.

Si le défendeur est en état d'interdiction légale, puisqu'il doit être cité (1) ainsi que nous l'avons vu plus haut (n° 319), sa comparution personnelle pourra avoir lieu, si le juge

(1) Paris, 7 avril 1887, S. 88, 2, 54.

estime qu'elle est nécessaire. Le rapporteur reconnaissait que le juge pouvait faire comparaître l'interdit demandeur; il ne sera pas plus difficile de faire comparaître l'interdit défendeur.

Si l'une des parties se trouve dans l'impossibilité de se rendre auprès du président, ce dernier, appréciateur souverain de la situation, pourra indiquer un lieu, dans le ressort de son tribunal, où sera tentée la conciliation. Si le défendeur empêché se trouve hors du ressort, le président pourra donner commission rogatoire afin qu'il soit entendu. Mais cette disposition ne s'applique pas au demandeur.

322. Il peut arriver que l'une des parties fasse défaut quoique ayant la possibilité de se présenter. Si c'est le demandeur, on peut le considérer comme ayant retiré sa demande. On a soutenu que le défaut du demandeur ne saurait obliger le président à le débouter de son action, et que ce magistrat pourrait, au contraire, tout aussi bien rendre immédiatement en sa faveur une ordonnance l'autorisant à citer, qu'ajourner la comparution à une date ultérieure (1). C'est possible; mais le magistrat qui agirait ainsi méconnaîtrait singulièrement son rôle de conciliateur, en autorisant à lancer la citation au demandeur qui n'insiste pas, sous l'influence, peut-être, des premières observations qui lui ont été faites. Le président doit au contraire s'empresser de donner défaut contre le demandeur, lequel d'ailleurs ne perdra pas son droit d'exercer de nouveau son action en divorce en l'appuyant sur les mêmes causes.

Si c'est le défendeur qui ne comparaît pas, il n'y a pas de difficulté. Si le demandeur, malgré les observations du président, persiste dans les conclusions de sa requête et si le président ne juge pas utile d'ajourner la comparution à une époque ultérieure, suivant ce qui va être dit, une ordon-

(1) CARPENTIER, *loc. cit.*, n° 60, p. 87.

nance est rendue qui constate le défaut, et autorise le demandeur à assigner devant le tribunal.

323. Supposons maintenant que les deux parties comparaissent et se trouvent en présence devant le président. Si cette tentative de conciliation ne réussit pas, peut-être sera-t-il permis de mieux espérer d'une nouvelle tentative, surtout si plusieurs jours de réflexion la séparent de la précédente. Pour obtenir ce résultat:

ART. 238, § 6. Le juge suivant les circonstances, avant d'autoriser le demandeur à citer, peut ajourner les parties à un délai qui n'excède pas vingt jours, sauf à ordonner les mesures provisoires nécessaires.

Dans cette limite de vingt jours, le président pourrait ordonner plusieurs comparutions successives. D'après le texte, c'est le président lui-même qui *ajourne* les parties à un délai déterminé. Le but de cet ajournement est une nouvelle comparution personnelle. Comme la date de cette comparution leur a été indiquée par le président lui-même, une nouvelle assignation n'est pas nécessaire. Mais il faudrait nécessairement une nouvelle assignation, avec signification de l'ordonnance d'ajournement, si le juge avait cru devoir adopter cette mesure en l'absence du défendeur.

Il résulte des termes de l'art. 238, § 6, que le délai de vingt jours dans lequel le président peut se mouvoir pour *ajourner* les parties est un délai franc.

§ 3. — Pouvoirs du président en cas de non conciliation. Mesures provisoires.

324. — Des mesures provisoires en cas de non conciliation, art. 238, § 2.
325. — Pouvoirs du juge des référés.
326. — La femme est implicitement habilitée pour agir, art. 238, § 4.
327. — Déchéance du demandeur faute d'utiliser l'ordonnance dans les délais, art. 238, § 7 et 8.
328. — Voies de recours contre l'ordonnance du président, art. 238, § 3.

329. — Compétence du tribunal saisi quant aux mesures provisoires, art. 238, § 5.
330. — Si un appel contre l'ordonnance du président est encore pendant au moment où le tribunal est saisi, la Cour ne doit-elle pas statuer sur l'appel?
331. — Système d'après lequel la Cour serait dessaisie; réfutation.
332. — L'appel contre l'ordonnance du président est-il encore possible après que le tribunal a été saisi?
333. — Solution négative rejetée.
334. — Résumé et conclusion.

324. Si les parties se réconcilient devant le président, il n'est dressé aucun acte ni procès-verbal de leur rapprochement.

S'il n'y a pas conciliation, le juge entendra alors les parties sur les mesures provisoires que la situation paraîtra exiger. Il importe de remarquer que les explications échangées entre les époux sur ce point particulier pourront avoir de graves conséquences juridiques. Ainsi il a été jugé que si le défendeur présente devant le président des explications ou défenses contre les mesures provisoires sollicitées par son conjoint, sans opposer, par exemple, l'exception d'incompétence, cette exception est couverte et ne peut plus être reproduite par le défendeur devant le tribunal saisi de l'instance principale (1). Par conséquent le défendeur qui aurait quelques exceptions à soulever devrait les formuler et en demander acte, avant d'accepter le débat sur la question des mesures provisoires.

Quelles sont ces mesures?

ART. 238, § 2. Le juge statue, à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence de l'époux demandeur, sur la garde provisoire des enfants, sur la remise des effets personnels, et il a la faculté de statuer également, s'il y a lieu, sur la demande d'aliments.

Cette énumération doit être complétée par l'adjonction de certaines autres mesures, non visées expressément par le

(1) Paris, 3 fév. 1889, S. 89, 2, 30.

texte, mais qui sont l'accessoire de celles qui y sont prévues. Ainsi le président pourra, quand la femme sera maintenue au domicile conjugal, ordonner qu'un séquestre soit nommé pour faire périodiquement un relevé des opérations commerciales, et encaisser les bénéfices réalisés, après déduction des sommes nécessaires à la femme et à son industrie (1), ou encore que la femme aura seule la gestion du fonds de commerce, à charge d'en rendre compte au mari à certaines époques déterminées (2). Pourrait-il accorder une provision *ad litem?* La raison de douter vient de ce que l'art. 238, § 2, parle seulement des aliments, tandis que l'art. 240, concernant les pouvoirs du tribunal, parle des *aliments* et des *provisions*. Mais cette dernière expression peut être considérée comme surabondante dans l'art. 240. La provision *ad litem* pour si minime qu'elle soit peut être indispensable à la femme, surtout si elle veut faire appel de l'ordonnance du président. La Cour de Paris lui a refusé le droit de la réclamer, mais par des motifs qui n'ont rien de juridique (3).

Toutes les mesures ci-dessus, et autres semblables (4), devront, comme celles qui sont spécialement visées par l'article 238, § 2, être formellement demandées devant le président, mais il n'est pas nécessaire qu'elles aient fait l'objet d'un chef spécial dans la citation.

Le président est appréciateur absolu de la convenance et de la portée de ces mesures; il pourra les autoriser en tout ou en partie, mais il ne pourra, quoi qu'il ordonne à cet égard, refuser en définitive l'autorisation de citer. On a pu soutenir une opinion différente quand l'autorisation de citer était accordée par un jugement du tribunal (5), quoique le texte de

(1) Paris, 25 fév. 1885, *Gaz. Pal.*, 85, 1, 540.
(2) Paris, 24 nov. 1884, *Gaz. Pal.*, 84, 1, 766.
(3) Paris, 12 janv. 1889, S. 91, 8, 51.
(4) Ex. : Cass. 15 fév. 1859, D. 59, 1, 201.
(5) LAURENT, t. III, n° 229.

l'ancien art. 240 ne fût pas favorable à cette solution; mais aujourd'hui la difficulté ne pourrait pas même être soulevée.

325. En dehors des mesures provisoires ci-dessus indiquées, il n'en est pas d'autre que le président puisse prendre, du moins en tant que conciliateur, saisi par la requête du demandeur. Mais ce qu'il ne pourrait pas faire comme magistrat chargé de la conciliation, il aurait incontestablement le droit de le faire comme juge des référés, saisi en cette qualité, sauf les restrictions apportées par la loi. Il a même été jugé que le président pouvait statuer à la fois comme magistrat conciliateur et comme juge des référés, sur une seule et même assignation et par une seule et même ordonnance (1). Cette solution est fort douteuse, et pourrait entraîner de bien graves inconvénients. En effet, devant le juge conciliateur, les parties doivent comparaître sans l'assistance d'avoués ou d'avocats ; elles ont droit au contraire à cette assistance, devant le juge des référés. Donc, si le président est saisi à la fois comme conciliateur et comme juge des référés, les conseils des parties devront attendre à la porte que le conciliateur ait achevé sa mission, et ne devront entrer que lorsque le juge des référés commencera la sienne. Or, que deviendront les dispositions conciliantes des parties, si elles savent que leurs conseils sont dans une pièce voisine attendant avec impatience le moment d'intervenir? D'un autre côté, la citation devant le juge conciliateur n'a pas besoin de contenir des indications précises sur les mesures provisoires à prendre; au contraire la citation devant le juge des référés doit contenir des conclusions précises sur ce qui fait l'objet de la demande... Tout cela prouve qu'il y a des simplifications apparentes qui sont en réalité des complications. — Nous aurons du reste à revenir en détail sur chacune des principales

(1) Cass. 15 juillet 1879, S. 80, 1, 97, note de M. LABBÉ.

mesures provisoires auxquelles peut donner lieu une action en divorce.

326. Puisque le président ne peut pas, à défaut de conciliation, refuser de rendre l'ordonnance portant autorisation de citer, il faut que le procès ait son cours ; par conséquent la femme doit nécessairement figurer dans l'instance, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse ; elle est donc forcément habilitée par l'ordonnance :

ART. 238, § 4. Par le fait de cette ordonnance, la femme est autorisée à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont les suites.

En vertu de cette autorisation implicite la femme peut accomplir seule, non seulement les actes judiciaires nécessités par l'instance en divorce, et cela devant tous les degrés de juridiction (1), mais encore tous les actes judiciaires ou d'administration pouvant s'y rattacher d'une manière même incidente (2). Mais elle demeure soumise à l'observation des règles du droit commun pour tout ce qui ne se rattache pas au procès en divorce.

327. Dans cette disposition, la loi suppose qu'il sera donné suite à l'autorisation de citer. L'hypothèse inverse devait être prévue. Il pourrait arriver, en effet, que l'époux demandeur après avoir obtenu du président les mesures provisoires sollicitées, relativement à la résidence ou à la garde des enfants, demeurât dans l'inaction et s'abstint de former sa demande en divorce, mettant ainsi son conjoint dans la situation la plus fausse et la plus pénible. C'est du moins ce qui fut dit au Sénat (3). La crainte exprimée était chimérique, puisque le défendeur ayant toujours le droit de faire réformer en appel la décision qui lui faisait grief, ne pouvait

(1) Cass. 14 mai 1884, S. 85, 1, 161.
(2) CARPENTIER, *loc. cit.*, p. 101, n° 73.
(3) Sénat, séance du 10 déc. 1885.

souffrir de l'inaction de son adversaire. Quoi qu'il en soit, le calcul supposé a été rendu impossible, en effet :

ART. 238, § 7 et 8. L'époux demandeur en divorce devra user de la permission de citer qui lui a été accordée, par l'ordonnance du président, dans un délai de vingt jours, à partir de cette ordonnance. — Faute par l'époux demandeur d'avoir usé de cette permission dans ledit délai, les mesures provisoires ordonnées à son profit cesseront de plein droit.

Le délai dont il s'agit commence à courir du jour où l'autorisation d'assigner a été donnée par le président, mais il n'est pas franc. Ce délai n'est pas suspendu par l'appel que le demandeur interjetterait de l'ordonnance, cet appel ne pouvant porter que sur les mesures provisoires prescrites, et non sur l'autorisation de former la demande (1). Enfin ce délai est distinct du délai d'attente de vingt jours qui peut déjà avoir été imposé par le président.

La deuxième ordonnance rendue par le président contient donc :

Nécessairement, l'autorisation de citer ;

Éventuellement, fixation de la résidence de l'époux demandeur ;

Et quelquefois, détermination de certaines mesures provisoires à prendre.

328.

ART. 238, § 3. Cette ordonnance est exécutoire par provision ; elle est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'art. 809 du Code de procédure.

C'est-à-dire que cette ordonnance est traitée, au point de vue du recours, comme les ordonnances de référé ; elle ne sera donc pas susceptible d'opposition, mais l'opposition sera naturellement recevable contre l'arrêt rendu par défaut sur l'appel de cette ordonnance. Il ne conviendrait pas de pousser plus loin l'assimilation, et de considérer comme statuant véritablement en référé, le juge remplissant la mission

(1) Paris, 10 août 1887, D. 90, 2, 149.

spéciale que lui confère l'art. 238. Par conséquent si le président hésitait à prendre la responsabilité de la mesure demandée, rentrant d'ailleurs dans les limites fixées par l'article 238 § 2, il ne pourrait renvoyer la contestation à l'audience pour y faire statuer par le tribunal tout entier.

L'appel dont l'ordonnance est susceptible ne peut évidemment porter que sur la partie de cette ordonnance qui pouvait soulever une véritable discussion. La disposition contenant autorisation de citer, demeurera donc toujours définitive (1). Mais celle qui fixe la résidence de la femme pendant la durée du procès sera susceptible d'appel, quand même il ne serait pas consigné dans l'ordonnance qu'il y a eu débat sur ce point. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'il fût constaté que les époux ont donné leur adhésion à la mesure prescrite par le juge (2). Certaines décisions paraissent admettre au contraire que l'appel n'est possible qu'à l'égard des points sur lesquels, d'après les termes de l'ordonnance, il y a eu controverse (3) ; de sorte que l'appel ne serait pas recevable, si le débat n'était pas révélé par l'ordonnance. Cette solution consiste, dans le silence de l'ordonnance, à présumer un acquiescement aux mesures édictées par le président, ce qui est contraire aux principes.

329. Tant que le tribunal n'est pas saisi de la demande principale en divorce ou en séparation, il est tout naturel que le président ait le droit d'édicter cartaines mesures provisoires, dans les limites qui ont été ci-dessus déterminées; mais

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

(1) Paris, 10 août 1887, D. 90, 2, 149.
(2) Bordeaux, 23 mars 1887, D. 88, 2, 109.
(3) Paris, 5 mars 1886, *Gaz. Trib.*, 7 mai 1886.

Par conséquent, le premier résultat immédiatement produit par l'introduction de l'action principale devant le tribunal, est le retrait de tous les pouvoirs que le président tenait de l'art. 238, sauf ce qui concerne la résidence de la femme. Toutes les autres mesures sans distinction devront faire l'objet d'incidents portés devant le tribunal saisi, quand même elles auraient un caractère d'urgence; c'est ce qui résulte avec évidence du second paragraphe de l'art. 240, et la jurisprudence s'est prononcée dans ce sens (1). Par conséquent, et sauf l'exception concernant la résidence de la femme, la juridiction du référé est supprimée, à partir de l'introduction de l'instance principale, non seulement pour les questions relatives aux mesures provisoires, aux aliments et aux provisions, mais encore pour les questions relatives *à toutes les autres mesures urgentes* (art. 240) (2).

330. Le président n'est donc compétent pour statuer sur les mesures provisoires que jusqu'au jour où le tribunal est saisi de la demande principale; mais il peut statuer jusqu'à cette date, et ses décisions sont susceptibles d'appel, d'après l'art. 238, § 3.

Si la Cour d'appel a pu statuer avant que le tribunal de première instance soit saisi, il n'y aura pas de difficulté.

Mais il arrivera souvent, et même le plus souvent, que la Cour n'aura pas encore pu statuer sur l'appel dirigé contre l'ordonnance du président, lorsque le tribunal sera saisi de l'action principale. Il semble, tout d'abord, qu'il y a, dans ce cas, un conflit entre la Cour et le tribunal.

En effet, le § 5 de l'art. 238 paraît donner au tribunal seul, à partir du jour où il est saisi, le droit de modifier ou compléter les mesures provisoires déjà prescrites par le prési-

(1) V. les motifs des arrêts suivants : Paris, 10 janv. 1889, S. 89, 2, 29; *Contrà*, CARPENTIER, *loc. cit.*, p. 107, n° 77.

(2) Paris, 8 fév. 1889, *Gaz. Trib.*, 24 fév. 1889.

dent. Or, on suppose que par l'effet d'un appel, non encore jugé, l'appréciation de ces mêmes mesures est déjà soumise à la Cour. Dans ces conditions que faut-il décider?

D'après les principes généraux, et le droit commun en matière d'appel, il est certain que l'appel, à la date où il est intervenu, était dans le droit de la partie de qui il est émané; puisque cet appel a valablement saisi la Cour, la Cour doit statuer par un arrêt et ne saurait être dessaisie par un événement ultérieur, tel que l'introduction de l'action principale devant le tribunal de première instance. Or, rien dans le texte de la loi ne vient contrarier cette application des règles du droit commun.

331. Cette solution, qui paraît si légitime, a été contestée, et il s'est produit un système d'après lequel les paragraphes 2 et 5 de l'art. 238, éclairés et expliqués par les travaux préparatoires, doivent conduire à ce résultat que le paragraphe 5 réservant au tribunal saisi de la demande principale le droit *exclusif* de statuer sur les mesures provisoires, la Cour saisie de l'appel d'une ordonnance du président, appel interjeté en vertu du paragraphe 3 et encore pendant au moment de l'introduction de l'instance, se trouve dessaisie *ipso jure* par le fait même de cette introduction. Quant à l'appel qui serait interjeté postérieurement à l'introduction de l'instance, il serait purement et simplement irrecevable.

A l'appui de cette solution on invoque les incidents qui se sont produits dans la discussion de la loi :

Ainsi, dans la séance du 7 décembre 1885 au Sénat, le rapporteur répondant à une question qui lui élait posée, s'exprimait ainsi : « L'honorable M. Batbie a dit : comment ferez-vous, si le tribunal est saisi et que la Cour n'ait pas statué? Je réponds : *dans ce cas la Cour est dessaisie.* » Or, rien n'autorisait le rapporteur à faire une pareille réponse, ni les principes généraux admis par le droit commun, ni les

termes du projet en discussion. Cependant, comme cette façon de procéder par voie d'affirmation intrépide produit toujours son effet, quelques sénateurs firent observer qu'il serait utile de mentionner que si l'appel était déjà formé au moment de l'introduction de la demande principale, il tombait et que la Cour se trouvait dessaisie. Le rapporteur ajouta alors : « *Je ne croyais pas utile de le mettre dans le texte;* si néanmoins vous jugez que ce soit utile, cela ne fera pas de difficulté. » Une telle réponse peut se concevoir quand il s'agit d'une solution dérivant forcément du droit commun; mais lorsqu'il s'agit d'une solution aussi étrange que celle qui dessaisit une Cour par l'effet d'un événement postérieur à l'appel, on peut trouver au moins singulier la réponse du rapporteur. Quoi qu'il en soit, et pour donner satisfaction aux scrupules qui s'étaient manifestés, la commission ajouta à l'art. 238, § 3, une disposition additionnelle portant que l'introduction de l'instance principale avait pour effet de dessaisir la Cour de l'appel de l'ordonnance. Mais un examen plus attentif a dû éclairer la Commission sur l'étrangeté d'un tel résultat, et la disposition additionnelle précitée a disparu de la rédaction définitive de l'art. 238, § 3.

On a cependant prétendu que l'opinion exprimée par le rapporteur dans la séance du 7 décembre 1885 sur l'inutilité de la disposition que l'on proposait d'introduire dans l'article 238, § 3, permettait de penser que la commission avait estimé également qu'il était sans intérêt de maintenir une disposition additionnelle jugée inutile (1). Conformément à cet aperçu et en donnant au paragraphe 3 de l'art. 238 un sens absolu, quelques arrêts ont décidé que la Cour devait se dessaisir de l'appel porté devant elle contre l'ordonnance du président statuant sur les mesures provisoires, quoique cet appel ait été interjeté avant l'introduction de l'instance

(1) Voy. note dans S. 1889, 2, 9.

principale (1). Que devient alors l'appel qui avait été fait à une époque où l'appelant avait certainement le droit de le produire? — De deux choses l'une : ou cet appel s'évanouit purement et simplement, ce qui est une iniquité que rien n'explique; ou le droit de statuer sur la question qu'il soulevait se trouvera transporté au tribunal saisi de la demande principale, ce qui est absurde. Jamais, en effet, un tribunal ne connaît, pour les réformer, des décisions de son président; autrement il arriverait qu'un président pourrait être appelé à revenir lui-même comme membre du tribunal sur les mesures qu'il aurait prises comme magistrat conciliateur.

Aussi la plupart des décisions rendues sur la question sont contraires à une solution aussi peu justifiée et qui doit être rejetée.

332. Étant admis que la Cour régulièrement saisie d'un appel avant l'introduction de l'instance principale doit demeurer saisie, la controverse ne peut sérieusement porter que sur le point de savoir si l'appel contre l'ordonnance du président est encore possible après que le tribunal de première instance a été saisi de la demande principale.

On peut dire dans le sens de l'affirmative, que l'art. 238 § 3 autorise d'une manière absolue, et sans distinction l'appel contre l'ordonnance relative aux mesures provisoires; que le droit d'appeler ainsi reconnu aux parties implique pour la Cour le droit et le devoir de statuer sur cet appel en se plaçant pour apprécier les mesures prises au moment où l'ordonnance a été rendue, sans qu'elle ait à se préoccuper du point de savoir si le demandeur a ou non saisi le tribunal de la demande principale, que l'art. 238 en attribuant au tribunal saisi le droit de modifier ou compléter les mesures

(1) Paris, 10 janv. 1889, S. 89, 2, 39; Paris, 8 fév. 1889, *Gaz. Trib.*, 24 fév. 1889.

provisoires déjà prises par le juge, n'a voulu parler que des faits nouveaux qui se seraient produits depuis l'ordonnance. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait un texte formel qui n'existe pas, qu'on a tenté, il est vrai, d'introduire dans la loi, mais qui, finalement, n'y a pas été introduit. Plusieurs décisions importantes ont été rendues dans ce sens (1).

333. Cette solution est assez facilement acceptée en ce qui concerne l'appel interjeté avant que la demande ait été portée devant le tribunal de première instance. Mais il n'en est pas de même en ce qui touche les appels interjetés postérieurement au moment où le tribunal est saisi de la demande principale. On soutient que dans ce cas l'appel de l'ordonnance ne peut plus être interjeté. On invoque dans ce sens l'art. 238 § 5 aux termes duquel : *lorsque le tribunal est saisi*, les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complétées, au cours de l'instance, par jugement du tribunal. Cette disposition implique, dit-on, qu'à partir du moment où le tribunal est saisi, le tribunal seul a compétence pour prononcer sur les mesures provisoires (2). Plusieurs arrêts ont adopté cette opinion, en distinguant entre les appels qui ont été interjetés avant que le tribunal ait été saisi, et qui doivent être jugés par la Cour, et les appels postérieurs à l'introduction de la demande principale, lesquels seraient irrecevables (3).

Cette décision a pour résultat de faire disparaître le droit d'appel contre l'ordonnance du président s'il n'a pas été

(1) Paris, 19 mars 1890, D. 90, 2, 350; S. 90, 2, 160; Paris, 11 mars 1890, S. 90. 2, 64; Paris, 5 avril 1889; Nîmes, 13 fév. 1889; Paris, 10 janv. 1889; Paris, 6 juin 1888, D. 90, 2, 333, 334, 335.

(2) CARPENTIER, *loc. cit.*, nos 74 à 76.

(3) Paris, 20 et 24 déc. 1890, S. 91, 2, 55; Pau, 28 janv. 1889, S. 90, 2, 182; Paris, 27 avril et 15 juin 1888; Poitiers, 9 mai 1887; Paris, 2 fév. 1887; Paris, 13 août 1886, S. 89, 2, 9; Paris, 3 janv. 1887, D. 88, 2, 241; Pau, 10 août 1887, S. 89, 2, 29.

exercé avant que le tribunal soit saisi. Il est vrai que certains arrêts semblent admettre que le tribunal serait compétent pour réformer l'ordonnance du président (1); mais nous avons déjà vu que cela n'est pas possible. Seulement le tribunal, et c'est là la véritable signification de l'art. 238 § 5, a le pouvoir de modifier ou de compléter les mesures prises, à raison des *faits nouveaux* qui se seraient produits depuis l'ordonnance (2); c'est ce qui a été reconnu par la Cour de cassation (3).

D'un autre côté, la distinction entre les appels antérieurs et les appels postérieurs à l'introduction de l'instance pourra donner lieu à des difficultés d'un autre ordre si l'exploit d'appel devant la Cour et l'exploit d'ajournement devant le tribunal, ont été signifiés le même jour.

334. Nous croyons donc qu'il convient d'adopter la solution plus haut indiquée, d'après laquelle l'introduction de l'instance principale ne met obstacle ni au droit pour les parties d'interjeter appel, ni au droit pour la Cour de statuer sur cet appel, sans qu'il y ait à distinguer entre les cas où l'appel serait antérieur, et ceux où il serait postérieur à l'introduction de l'instance.

Cette solution est la seule qui soit conforme aux principes généraux, alors que les deux autres admettent une dérogation exorbitante, qui ne repose sur aucun texte;

Elle respecte le § 3 de l'art. 238, qui consacre le droit d'appel contre l'ordonnance du président, sans aucune distinction;

Elle respecte le § 5 du même article qui confère au tribunal le droit de modifier les mesures déjà prescrites d'après

(1) Paris, arrêt précité du 3 janv. 1887, D. 88, 2, 241.

(2) Paris, 19 mars 1890, D. 90, 2, 350; S. 90, 2, 160; Voy. encore D. 90, 2, 333, 334, 335.

(3) Cass. 6 fév. 1889, D. 90, 1, 270; Voy. Cass. 25 juin 1889, D. 90, 1, 420.

les faits nouveaux qui peuvent se produire *au cours de l'instance;*

Elle est enfin la traduction pratique de ce que M. Dauphin a déclaré dans la discussion dont nous avons parlé : « Il s'agit, disait-il, de situations successives que le juge examine en première instance, que la Cour apprécie *au jour où l'ordonnance a été rendue*, ce qui n'empêche pas le moins du monde le tribunal de rendre ultérieurement une autre décision », si des faits nouveaux se produisent.

§ 4. — Procédure devant le tribunal.

335. — La cause est instruite dans les formes ordinaires, art. 239, § 1:
336. — De l'acquiescement et du désistement.
337. — Transformation de la demande en divorce en demande en séparation, art. 239, § 2.
338. — Des conclusions subsidiaires tendant soit au divorce, soit à la séparation.
339. — Des demandes reconventionnelles, art. 239, § 3.
340. — Y a-t-il intérêt à procéder par la voie reconventionnelle ?
341. — Pouvoirs du juge en cas de demande reconventionnelle.
342. — Pourquoi il y a lieu de prononcer la séparation de corps, sur la demande reconventionnelle, même quand le divorce a été admis sur la demande principale.
343. — *Quid*, lorsque le tribunal est saisi de deux demandes principales, non jointes, l'une en divorce, l'autre en séparation ou en divorce.
344. — Solution admettant que le tribunal doit toujours statuer sur la seconde, quoique le divorce ait déjà été admis sur la première.
345. — Réfutation.
346. — Publicité des audiences, interdiction des comptes-rendus par la voie de la presse, art. 239, § 5.

335. Les anciens articles 240 à 248 avaient organisé pour le divorce une procédure compliquée, dont une partie avait lieu à huis clos, composée d'une série de formalités onéreuses ou inutiles. Ces combinaisons surannées ont disparu et sont remplacées par le droit commun.

ART. 239, § 1. La cause est instruite et jugée dans la forme ordinaire, le ministère public entendu.

Il en sera ainsi quand même la demande serait formée contre un individu légalement interdit. « L'art. 261, dit l'exposé des motifs, réglait pour le cas où le divorce était demandé à raison de la condamnation de l'un des époux, une procédure extrêmement sommaire, dans laquelle, d'après l'opinion commune, le défendeur n'était même pas mis en cause. Le projet ne maintient pas cette procédure exceptionnelle. La demande de divorce fondée sur l'art. 232 sera instruite et jugée dans la forme ordinaire. » La seule différence entre ce cas de divorce et les autres, c'est qu'il ne peut y avoir de sursis au prononcé du jugement (art. 246). — Le rapport de la commission au Sénat ajoutait : « Le condamné, quelque indigne qu'il soit, n'en continue pas moins d'exister au regard de sa femme et de ses enfants. »

Il suit de là que la citation à comparaître devant le tribunal devra lui être adressée, et non à son tuteur, conformément à ce qui a été dit plus haut (n° 319), au sujet de la citation en conciliation, avec observation du délai des distances.

336. La procédure en divorce devant être soumise aux règles du droit commun, il n'y a pas d'observation particulière à formuler, si ce n'est en ce qui concerne l'acquiescement et le désistement.

D'abord il est manifeste que le défendeur ne saurait acquiescer soit à la demande en divorce ou en séparation dirigée contre lui, soit au jugement intervenu sur cette demande, l'objet du litige n'étant pas susceptible de transaction (art. 249).

Mais le demandeur soit en divorce, soit en séparation, peut valablement se désister de l'instance, et conserver cependant le droit qu'il croit lui appartenir. Il n'en serait autrement que s'il s'agissait d'une instance d'appel, contre

un jugement de divorce ou de séparation, parce que, dans cette hypothèse, le désistement produirait précisément un acquiescement au jugement déjà rendu (1). Nous aurons plus tard l'occasion de revenir sur les précisions que nous venons de faire.

337. La demande en divorce peut être considérée comme contenant implicitement et *a fortiori* une demande en séparation de corps ; donc :

ART. 239, § 2. Le demandeur peut, en tout état de cause, transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps.

Cette transformation sera possible tant qu'il ne sera pas intervenu un jugement définitif, que l'instance soit poursuivie par défaut ou contradictoirement. Elle pourra même avoir lieu en cause d'appel (2).

Mais la réciproque n'est pas vraie. La demande en séparation de corps est distincte de la demande en divorce et ne la contient pas. La demande en séparation de corps ne peut donc être transformée en demande en divorce (3). Aux termes de l'art. 6 de la loi du 18 avril 1886, il n'y a que les demandes en séparation formées antérieurement à la promulgation de la loi du 27 juillet 1884 qui puissent être transformées en demande en divorce, soit en cours d'instance, soit en cause d'appel (4). C'est qu'en effet les auteurs de ces demandes pourraient prétendre qu'ils auraient réclamé le divorce, si le divorce eût existé quand leur action a été introduite. Mais, hors cette hypothèse, la transformation d'une instance en séparation en instance en divorce aurait pour résultat, en première instance, de soustraire le divorce au

(1) Caen, 5 déc. 1826. Voy. CHAUVEAU-CARRÉ, t. III, q. 1451 *bis*, *in fine*.

(2) Riom, 1er fév. 1888, D. 90, 2, 158; Bordeaux, 13 fév. 1889, S. 89, 2, 240; V. Cass. 22 fév. 1888, S. 88, 1, 374.

(3) Arrêt de Cass. du 22 fév. 1888 précité.

(4) *Ibid.*

double degré de conciliation, auquel il est soumis, et en outre de constituer en appel une demande nouvelle.

Cette double considération étant le motif qui a fait prohiber la transformation d'une action en séparation de corps en action en divorce, doit, par suite, donner la mesure de l'étendue de cette prohibition; cette prohibition ne sera donc pas violée quand il ne sera pas question de porter une demande nouvelle en appel, ni de soustraire une action en divorce à la tentative spéciale de conciliation exigée par la loi. C'est ce qui aura lieu en cas de désistement d'une action en séparation de corps.

Le demandeur, après avoir commencé par introduire une action en séparation de corps, pourra donc se désister, et introduire ensuite, régulièrement, dans la forme ordinaire, une action en divorce. On ne peut pas dire, comme on l'a prétendu, que ce serait le moyen de parvenir indirectement à atteindre un but que la loi ne permet pas d'atteindre directement. C'est là une équivoque : ce que la loi ne veut pas, c'est qu'on puisse soustraire une action en divorce à l'essai de conciliation qui lui est spécial, c'est pour cela qu'elle a prohibé la transformation d'une action en séparation de corps en action en divorce, transformation qui ne serait qu'un changement d'étiquette résultant d'un simple acte de conclusions. Mais la loi n'a jamais songé à prohiber un désistement d'instance qui rendrait possible l'introduction régulière d'une action en divorce. La jurisprudence est en ce sens (1).

338. De ce que la loi ne permet pas de soustraire une demande en divorce à l'essai de conciliation qui lui est propre, il suit encore que le demandeur en séparation de

(1) Trib. Seine, 20 janv. 1887, *Gaz. Trib.*, 11 fév. 1887; Trib. Seine, 16 déc. 1886, *Gaz. Trib.*, *Droit, Loi*, 18 déc. 1886; *Contrà*, CARPENTIER, *loc. cit.*, n° 80, p. 113.

corps ne pourrait pas conclure subsidiairement au divorce, pour le cas, par exemple, où l'autre conjoint viendrait, par la suite, à réclamer le divorce.

Mais, à l'inverse, celui qui introduit une action principale en divorce, ne pourrait-il pas conclure subsidiairement à la séparation de corps?

La raison de douter vient de ce que la demande en séparation de corps paraît être, comme nous l'avons reconnu plus haut, implicitement contenue dans la demande principale en divorce. Mais cette circonstance autorise seulement le demandeur à *transformer sa demande*, comme le dit l'art. 239, § 2, en une autre demande distincte de la première, laquelle disparaît. Or des conclusions subsidiaires auraient pour résultat de soumettre à l'examen du juge deux demandes distinctes à la fois par leur caractère et par leur but. C'est ce qui n'est pas possible. La loi donne aux intéressés le droit d'intenter soit l'action en divorce, soit l'action en séparation de corps (art. 306). Mais elle ne leur permet pas d'intenter cumulativement l'une et l'autre de ces actions, même à titre subsidiaire, pour l'une des deux. En d'autres termes, la loi admet bien que le demandeur puisse substituer une action en séparation de corps à une action en divorce, mais elle n'admet pas qu'un tribunal puisse être saisi de ces deux actions en même temps, à la requête de la même personne (1).

339. Mais on peut au contraire concevoir que, par l'effet de la reconvention, le même tribunal se trouve saisi en même temps d'une demande en divorce à la requête d'une partie, et d'une demande en séparation de corps à la requête de l'autre partie, ou même entre les mêmes parties de deux demandes en séparation de corps ou de deux demandes en divorce :

(1) Voy. Cass. 30 juin 1886, *Gaz. Trib.*, 1er juillet 1886; Paris, 8 mars 1886, *Gaz. Trib.*, 10 mars 1886, etc.

ART. 239, § 3. Les demandes reconventionnelles en divorce peuvent être introduites par un simple acte de conclusions.

« Ce paragraphe, dit l'*Exposé des motifs*, règle formellement ou implicitement les questions qui peuvent naître en cas de demandes reconventionnelles. A une demande en divorce, l'époux défendeur peut répondre par une demande reconventionnelle en divorce. Cette demande est introduite par un simple acte de conclusions. C'est la solution, contraire à l'opinion générale, d'une question controversée. On s'accordait en effet généralement pour décider que le défendeur devait observer les mêmes formes que s'il introduisait une demande principale (trib. de Charleroi, 29 mars et 5 avril 1876). Mais il a paru que la conciliation étant tentée et n'ayant pas abouti, il était peu utile de l'exiger une seconde fois. — On peut supposer qu'à une demande en séparation de corps, le défendeur réponde en demandant le divorce. Dans ce cas, qui n'est plus prévu par notre paragraphe, les formes ordinaires doivent être observées pour la seconde demande. Il y a en réalité deux demandes principales. La procédure spéciale à chacune d'elles doit être suivie. L'instance est introduite, et quand les deux affaires seront en état, le tribunal pourra statuer par un seul et même jugement. »

L'*Exposé des motifs* ajoutait encore : « Quand, à une instance en divorce, le défendeur répond par une demande reconventionnelle en séparation de corps, cette demande pourra être introduite par simple acte de conclusions. »

Dans la discussion qui eut lieu au Sénat, M. Denormandie s'est exprimé comme si la disposition dont il s'agit prévoyait uniquement l'hypothèse d'une demande en divorce formée reconventionnellement à une demande principale en divorce, ou d'une demande reconventionnelle en séparation introduite au cours d'une instance en séparation. De sorte qu'il pourrait, ce semble, y avoir quelque doute sur l'application de notre paragraphe au cas où le défendeur à une instance en

divorce répondrait par une demande reconventionnelle en séparation de corps. C'est ce qui a fait juger quelquefois qu'une telle demande reconventionnelle n'était pas recevable (1). Mais telle ne saurait être l'influence d'une opinion isolée susceptible d'ailleurs de recevoir une interprétation différente, et il est aujourd'hui reconnu par une jurisprudence qui s'affirme de plus en plus que le défendeur à une action en divorce peut se porter reconventionnellement demandeur en séparation de corps par un simple acte de conclusions (2).

On peut donc déterminer de la manière suivante, le champ de la reconvention dans notre matière :

Une demande reconventionnelle en divorce est possible contre une demande principale en divorce;

Une demande reconventionnelle en séparation de corps est possible contre une demande reconventionnelle en séparation de corps;

Une demande reconventionnelle en séparation de corps est possible contre une demande principale en divorce;

Toutes ces demandes reconventionnelles seront introduites par un simple acte de conclusions, même en appel (art. 248, § 4).

Mais une demande reconventionnelle en divorce n'est pas possible contre une demande principale en séparation de corps, « même quand la demande en séparation avait été originairement introduite sous forme de demande en divorce, convertie en demande en séparation avant l'introduction de la demande reconventionnelle (3). » Le défendeur devra recourir aux préliminaires spéciaux de conciliation réglés

(1) Voy. Dijon, 27 juillet 1887, S. 88, 2, 17.

(2) Rouen, 7 août 1888, D. 90, 2, 361; Paris, 27 juin 1888, S. 91, 2, 62; Riom, 1er fév. 1888, S. 90, 2, 207; Paris, S. 90, 2, 51; Chambéry, 7 juin 1886, S. 88, 2, 17.

(3) Rapport de M. LETELLIER à la Chambre des députés.

par les art. 234 et 238, et former une demande principale.

Nous devons faire remarquer que la voie reconventionnelle est simplement facultative, et que les époux demeurent libres de procéder par voie d'action principale.

340. Ont-ils quelqu'intérêt à procéder par l'une de ces deux voies plutôt que par l'autre? En fait, c'est une question de tactique à résoudre par les conseils des parties. La demande reconventionnelle oblige le juge à apprécier les faits sur lesquels elle repose, en même temps que les faits qui servent de base à la demande principale. Il peut y avoir avantage à ce qu'il en soit ainsi. Mais il sera statué sur les deux demandes par un seul et même jugement. Si le défendeur procède au contraire par action principale, les deux demandes pourront être jointes; elles pourront aussi ne pas l'être. Dans ce dernier cas, les faits sur lesquels repose la seconde demande, s'ils sont complétement indépendants de ceux sur lesquels repose la première, ne seront nullement examinés lors du jugement de celle-ci, et ne pourront, dès lors, exercer aucune influence sur la décision qui devra d'abord être rendue. Il est vrai que si le défendeur succombe sur la première demande, il lui restera la ressource de suivre sur la seconde introduite à sa requête. Mais il ne faut pas méconnaître que l'échec subi sur la première demande établira un préjugé défavorable contre le défendeur qui a préféré la voie principale à la voie reconventionnelle.

En droit, il peut se faire, comme nous allons le voir, que le jugement intervenu sur la première demande, rende tout à fait sans objet la seconde demande; dès lors, nous pensons qu'il y a toujours, pour le défendeur, un certain avantage à procéder par la voie reconventionnelle.

341. Quoi qu'il en soit, il importe de bien déterminer quels sont les pouvoirs du juge dans les deux hypothèses.

Supposons d'abord qu'un tribunal soit saisi d'une demande principale en divorce, et ensuite, par le défendeur,

d'une demande reconventionnelle en séparation de corps.

La possibilité, en pareille hypothèse, d'une demande reconventionnelle, implique évidemment pour le tribunal le droit de statuer par un seul jugement. Il n'y a pas de difficulté pour le cas où l'une des deux demandes doit être rejetée, ni pour celui où elles doivent être rejetées l'une et l'autre. Mais que décider lorsque les deux demandes paraissant bien fondées semblent devoir être également admises? Le tribunal peut-il prononcer en même temps le divorce et la séparation de corps? N'y a-t-il pas contradiction à déclarer que le lien conjugal est en même temps rompu et simplement relâché?

Il y a un point certain; c'est que l'instruction de l'affaire démontre qu'il y a eu des torts graves imputables à chacun des deux époux; il semblerait donc assez naturel de prononcer le divorce aux torts des deux époux (1). Mais une telle décision ne correspondrait pas aux conclusions prises par les parties, dont l'une avait formé une demande en séparation de corps sur laquelle il faut nécessairement qu'une décision intervienne, soit pour l'admettre, soit pour la repousser. En conséquence la jurisprudence décide que le tribunal, tout en prononçant le divorce à la requête du demandeur, peut également prononcer *en tant que de besoin*, la séparation de corps à la requête du défendeur (2). On comprend très bien ce que cette formule signifie; mais pour lui enlever son apparence bizarre, il serait préférable de prononcer d'abord la séparation de corps à la requête du défendeur, et ensuite le divorce à la requête du demandeur; le tribunal n'est pas en effet soumis à la nécessité d'observer, dans le dispositif de son jugement, l'ordre chronologique des demandes.

342. Mais quelle est la raison juridique et en même temps

(1) CARPENTIER, *loc. cit.*, n° 86.

(2) Paris, 27 juin 1888, S. 91, 2, 62; D. 90, 2, 361; Rouen, 7 août 1888, D. *ibid.*

l'intérêt pratique pouvant rendre nécessaire le prononcé de la séparation de corps quand le divorce est admis?

Il est facile de s'en rendre compte : le divorce prononcé sur la demande de l'un des conjoints entraine la révocation des avantages faits par ce dernier à l'autre (art. 299). — D'après la jurisprudence la séparation de corps obtenue par un conjoint doit produire à son profit le même résultat. Par conséquent, dans notre hypothèse, si la séparation de corps n'était pas prononcée au profit du conjoint qui en a formé la demande reconventionnelle, sous prétexte que l'autre conjoint, demandeur principal, aurait obtenu le divorce, il en résulterait qu'il perdrait les avantages à lui faits, sans pouvoir profiter de la révocation de ceux faits par lui à son conjoint, quand même sa demande en séparation de corps serait justifiée.

Le seul moyen d'éviter un tel résultat, c'est de prononcer à la fois le divorce et la séparation de corps; chacune de ces mesures devant produire vis-à-vis de l'un et de l'autre des deux époux, les effets qui lui sont propres. La seule prononciation du divorce pourrait ne pas suffire, parce que le divorce prononcé par le tribunal n'est pas encore définitif. Il doit être transcrit dans les deux mois sur les registres de l'état civil, sinon il est réputé non avenu (art. 251 et 252). Or, il peut arriver que cette transcription ne soit pas requise, ou que l'un des époux vienne à décéder auparavant, et que par suite le divorce n'ait jamais existé.

Devra-t-on raisonner de la même manière quand un tribunal se trouvera saisi, en même temps, d'une demande principale en divorce formée par l'un des conjoints, et d'une demande, également principale, en séparation de corps formée par l'autre.

343. Il résulte du passage cité plus haut de l'*Exposé des motifs*, que dans le cas de simultanéité de deux demandes principales, la procédure spéciale à chacune d'elles doit être

suivie, et que, *lorsque les deux affaires seront en état*, elles pourront être jointes à raison de leur connexité, pour y être statué par un seul et même jugement, sans qu'il y ait lieu de surseoir sur la demande en séparation de corps jusqu'au jugement de l'instance en divorce (1).

Mais si les deux instances principales, l'une en divorce l'autre en séparation de corps ne sont pas à peu près au même point, il n'y aura pas lieu d'en ordonner la jonction, moins encore de surseoir au jugement de l'une jusqu'à ce que l'autre puisse être jugée (2). Il n'est pas admissible en effet, que le défendeur puisse trouver, dans l'introduction tardive d'une demande, le moyen d'ajourner la solution du litige engagé contre lui. Les deux demandes devront donc être, alors, jugées séparément.

Si la demande en séparation de corps est disposée la première à recevoir jugement, et si la séparation est prononcée, il n'y a aucune difficulté à concevoir l'examen ultérieur de la demande en divorce, laquelle pourra être admise ou rejetée.

Mais si c'est le divorce qui est prononcé par le premier jugement, qu'adviendra-t-il de la demande en séparation de corps? Faudra-t-il considérer cette demande comme étant désormais sans objet, ou peut-on reconnaître aux juges le droit de prononcer la séparation entre époux déjà divorcés?

La question sera la même si la seconde demande est, comme la première, une demande en divorce. Si le divorce a déjà été prononcé, la seconde demande n'est-elle pas devenue sans objet, ou bien les juges pourront-ils encore prononcer le divorce au profit du défendeur originaire, pour lui permettre de profiter des avantages attachés à cette décision?

344. La question est grave, et demande un examen attentif.

(1) Paris, 31 déc. 1887, S. 88, 2, 85.

(2) Paris, 3 août 1885, D. *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce et sép. de corps*, n° 242, note. Comp. Trib. Seine, 16 déc. 1886, D. 91, 3.

Voici d'abord les raisons alléguées à l'appui de l'opinion d'après laquelle le tribunal doit toujours statuer sur la deuxième demande, quoique le divorce ait déjà été prononcé sur la première.

Que le divorce déjà prononcé soit ou non devenu définitif par sa transcription, il faudra toujours que le tribunal statue sur la seconde demande, ne fut-ce que pour décider qui devra supporter les dépens. « Mais, ajoute-t-on, d'autres questions peuvent encore rester à résoudre. Toute demande en divorce ou en séparation de corps, *comprend implicitement* une action en révocation des avantages faits par l'époux demandeur au défendeur. Elle peut comprendre aussi, *explicitement*, des conclusions relatives à la garde des enfants, à une pension alimentaire. S'il n'y a plus lieu de prononcer le divorce ou la séparation de corps entre des époux qui sont déjà divorcés, il importe cependant de résoudre les questions ci-dessus, et c'est ce que le tribunal devra faire par le jugement qu'il rendra sur la deuxième demande. Il existe encore un intérêt spécial que pourra présenter cette seconde décision dans une certaine hypothèse. Aux termes de l'art. 298, si le divorce a été admis pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut jamais se marier avec son complice. Or, lorsque la seconde demande sera motivée sur l'adultère, la sentence qui constatera que cette demande était justifiée, aura encore pour effet, même après un premier jugement de divorce, de mettre empêchement au mariage de l'époux coupable avec son complice (1). »

345. Nous pensons au contraire que le jugement qui prononce le divorce entre deux époux, rend inutile l'examen de toute demande en divorce ou en séparation pendante encore entre les mêmes époux (2).

(1) *Note* dans D. 90, 2, 361.
(2) CARPENTIER, *loc. cit.*, n° 86.

En effet : Le divorce doit produire à l'égard d'une action en divorce ou en séparation encore pendante au moment où il est prononcé, le même effet extinctif que le décès de l'un des époux (art. 244 § 3, art. 307 § 1). — Ce n'est pas la mort envisagée comme étant la cessation de la vie, qui éteint l'action en divorce ou en séparation; c'est la mort envisagée comme étant une cause de dissolution du mariage. Si la mort civile eût encore existé, le législateur n'aurait pas manqué de dire que l'action en séparation ou en divorce est aussi bien éteinte par la mort civile que par la mort naturelle. Mais sa pensée est facile à dégager. Le législateur a entendu que l'action ayant pour but de rompre ou de relâcher le lien conjugal devait être éteinte par toute cause entraînant la dissolution du mariage, et par conséquent par le divorce.

L'art. 344, § 3, pourrait donc être complété de la manière suivante :

« L'action en divorce (ou en séparation) intentée par l'un des époux, est éteinte par le divorce prononcé sur la demande de l'autre; »

Ce qui reviendrait à cette affirmation évidente par elle-même, que l'action en dissolution totale ou partielle du mariage s'éteint par la dissolution du mariage.

La dissolution du mariage par le divorce rend donc juridiquement impossible, faute d'objet, l'examen ultérieur de toute autre action en divorce ou en séparation, et par conséquent toute décision sur une action de cette nature.

Or, « lorsque la décision sur le fond du procès est impossible, dit un arrêt de la Cour de Caen, la condamnation aux dépens manquerait de base juridique (1). »

Par conséquent, après le divorce prononcé sur une première demande, le défendeur ne pourrait être reçu à poursuivre jugement sur la seconde demande pour faire statuer sur les

(1) 3 mai 1864, S. 64, 2, 224.

dépens. Chaque partie supportera les frais par elle exposés.

Mais, dit-on, toute demande en divorce ou en séparation comprend *implicitement* une action en révocation des avantages faits par l'époux demandeur au défendeur, et peut comprendre *explicitement* d'autres chefs de réclamation.....

Raisonner ainsi, c'est confondre le but ou l'objet de l'action avec les conséquences légales que son admission peut produire. Il est tout à fait contraire aux principes les plus certains de prétendre que l'action en divorce contient d'autres actions ayant pour objet les effets spéciaux que le divorce doit engendrer. Est-ce qu'il existe, par exemple, une action qui aurait pour but précis et distinct de rendre applicable l'art. 298? Est-ce qu'il est nécessaire de prendre des conclusions spéciales pour que les déchéances pécuniaires résultant de l'art. 299 soient encourues? Quant aux aliments, il ne saurait être question d'en réclamer, puisque ce droit a été perdu par le défendeur contre lequel une sentence de divorce a déjà été prononcée. Enfin le sort des enfants est réglé par l'art. 302, indépendamment des conclusions des parties.

Reconnaissons donc que le but unique de l'action en divorce, ou son objet, c'est la dissolution du mariage; que le but unique de l'action en séparation ou son objet, c'est la cessation de la vie commune. Or, lorsqu'un divorce a prononcé la dissolution du mariage et par suite a fait cesser la vie commune, il est de toute évidence que l'objet immédiat et direct des actions dont il s'agit a disparu. Par conséquent les déchéances pécuniaires et incapacités relatives de contracter mariage avec certaines personnes ne peuvent plus se réaliser. Ce résultat est d'autant moins à regretter que le conjoint qui peut s'en plaindre avait le moyen de l'éviter en formant une demande reconventionnelle, dont le principal avantage eût été de le placer immédiatement, au point de vue de la procédure, au même niveau que son adversaire et

d'obliger le tribunal à statuer sur tous ses chefs de conclusions.

346. Suivant la loi antérieure à 1886, la procédure en divorce n'était pas publique. Mais le législateur de 1886 a pensé qu'il devait en être autrement : « Il a semblé, a dit le rapporteur de la loi au Sénat, que la publicité des audiences, qui est la garantie d'une bonne administration de la justice, ne pouvait être interdite que dans certains cas dont les magistrats seraient appréciateurs... En outre, le scandale si fréquemment causé par la reproduction par la voie de la presse d'un certain nombre de procès de séparation, a décidé votre commission, sur l'avis conforme du gouvernement et de la commission extraparlementaire, à interdire cette reproduction d'une manière absolue, tant en matière de séparation de corps qu'en matière de divorce. Cette disposition est reproduite par l'art. 3 de la loi du 27 juillet 1884. »

Le principe de la publicité des audiences est donc maintenu; mais

ART. 239, § 4. Les tribunaux peuvent ordonner le huis-clos. —La reproduction des débats par la voie de la presse, dans les instances en divorce, est interdite, sous peine de l'amende de 100 à 2,000 francs édictée par l'article 39 de la loi du 30 juillet 1881.

Le renvoi contenu dans le texte à la loi du 30 juillet 1881 a pour résultat de rendre possible l'admission des circonstances atténuantes, en vertu de l'art. 64 de cette dernière loi, et par conséquent d'abaisser le montant de l'amende encourue.

La prohibition ne concerne que les débats pouvant porter soit sur le fond, soit sur les incidents survenus au cours d'une instance, mais non sur le jugement lui-même qui pourra être reproduit.

La contravention prévue par le texte sera réprimée par le tribunal correctionnel compétent suivant les règles du droit pénal, et non par le tribunal qui aurait été saisi de la demande en divorce ou en séparation.

§ 5. — Des mesures provisoires et conservatoires en général.

347. — Rappel des art. 236 et 238, § 2.
348. — Résidence de la femme, sanction, art. 241.
349. — Droit d'appréciation des juges à cet égard.
350. — Garde des enfants, art. 240.
351. — Pouvoirs des juges en cette matière.
352. — Exécution de leur décision.
353. — Provisions pendant procès, art. 240, § 2.
354. — Autres mesures *urgentes*, art. 240, § 2.
355. — Mesures conservatoires, art. 242; compétence.
356. — De l'apposition des scellés; sur quels biens elle peut avoir lieu.
357. — Conséquences de cette mesure.
358. — Autres mesures conservatoires; sequestre, saisie-arrêt.
359. — Annulation des actes frauduleux du mari, art. 243.

347. On a déjà vu que, d'après les art. 236 et 238, § 2, le président du tribunal est investi du droit de statuer sur la résidence de l'époux demandeur, sur la garde provisoire des enfants, sur la remise des effets personnels, et même au besoin sur les demandes d'aliments. Mais à partir du moment où le tribunal est saisi, le droit de statuer sur les mesures provisoires appartient désormais au tribunal (1). « Lorsque le tribunal est saisi, dit en effet l'art. 238, § 2, dont il importe de rappeler ici la disposition, les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être *modifiées* ou *complétées* au cours de l'instance par jugement du tribunal. »

Nous rappelons encore ce qui a été dit ci-dessus (n° 332) sur la division de compétence entre le président et la Cour d'appel d'une part, et le tribunal d'autre part, qui n'a pas à *réformer* les décisions prises par le président, mais qui peut les *modifier* ou *compléter* d'après les faits nouveaux qui se sont produits.

Nous devons maintenant examiner les diverses mesures

(1) Pau, 10 août 1867, D. 88, 2, 242.

provisoires que les circonstances peuvent rendre nécessaires, en les envisageant en elles-mêmes, indépendamment des différentes juridictions compétentes pour les ordonner.

348. La première de ces mesures concerne la résidence séparée des conjoints. Nous en avons déjà parlé à l'occasion des pouvoirs du président.

La décision qui fixe la résidence provisoire de la femme doit indiquer d'une manière précise le lieu où cette dernière est autorisée à se retirer, soit dans l'arrondissement du tribunal du domicile du mari, soit hors de cet arrondissement, soit même en pays étranger. Mais les parties demeurent libres de régler ensemble, à l'amiable, les conditions relatives à la résidence de la femme durant l'instance en divorce (1). Du reste, la résidence d'abord assignée à la femme peut être changée par le président ou par le tribunal, suivant les règles de compétence plus haut établies, soit sur la demande du mari, soit sur la demande de la femme (2).

Le principal effet de la fixation de ce domicile consiste en ce que la femme a désormais, vis-à-vis du mari, son domicile provisoire au lieu qui lui a été assigné comme résidence, et c'est à ce lieu que le mari devra lui faire toutes les notifications nécessaires (3).

Il faut donc que la femme se conforme exactement à la décision relative à sa résidence.

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

Quoique la loi ne le dise pas formellement, il n'y a que le

(1) Cass. 6 fév. 1889, D. 90, 1, 270.

(2) Arg. *ibid.*

(3) Chambéry, 19 juill. 1887, D. 88, 2, 89; Amiens, 20 nov. 1887, S. 88, 2, 87 (résolu par le trib.).

mari qui puisse *requérir* la femme d'avoir à *justifier* de sa résidence dans la maison indiquée.

Comment le mari pourra-t-il faire cette réquisition, et comment la femme doit-elle faire la justification exigée?

La loi n'a pas entendu autoriser le mari à instituer une sorte de procédure particulière contre sa femme, procédure qui pourrait être réitérée capricieusement et devenir vexatoire. La loi a voulu dire que le mari pouvait exiger de sa femme la justification de sa résidence toutes les fois qu'il y a intérêt. Ainsi, chaque fois qu'il s'agit de payer un terme de la provision alimentaire, ou de la provision *ad litem*, car il n'y a pas à distinguer (1), le mari peut exiger la justification dont il s'agit, de la même manière que le débiteur d'une pension peut exiger un certificat de vie de son créancier. De même, chaque fois que la femme demanderesse voudra poursuivre l'audience et faire fixer un jour pour plaider, le mari pourra pareillement exiger la justification dont parle l'art. 241.

Quant à la femme, elle fera cette justification comme elle le pourra, en produisant des certificats, actes, quittances de loyer, et au besoin des témoins.

Le seul défaut de cette justification de la part de la femme, autorise le mari à se prévaloir contre elle des dispositions de l'art. 241; c'est donc à tort qu'on a décidé que c'est au mari qui invoque l'art. 241, qu'incombe la charge de prouver la non-résidence de la femme dans la maison qui lui a été indiquée (2).

La femme demanderesse qui abandonne la résidence qui lui a été assignée, peut donc être déclarée *non recevable à continuer ses poursuites*. Il s'agit donc d'une simple fin de non-procéder, et non d'une fin de non-recevoir proprement dite, éteignant l'action en divorce. Par conséquent, rien ne

(1) Trib. civ. de Marseille, 13 nov. 1886, *Rec. d'Aix*, 87, 2, 174.
(2) Trib. civ. Grenoble, 21 fév. 1889, *Rec. de Grenoble*, 89, 210.

s'oppose à ce que la femme reprenne les poursuites, lorsqu'elle aura régularisé sa situation, en réintégrant la résidence abandonnée (1).

349. C'est pour le mari une faculté de se prévaloir contre la femme, le cas échéant, des avantages que lui assure l'art. 241. Mais lorsqu'il lui plait de les réclamer, il semble que les juges ne soient pas autorisés à les lui refuser. La jurisprudence admet cependant que les juges ont un pouvoir souverain pour apprécier la valeur des motifs qui ont porté la femme à quitter le domicile assigné (2). C'est par application de ce pouvoir d'apprécier qu'il a été plusieurs fois décidé que la femme autorisée à résider dans le domicile occupé par ses parents n'encourt pas la déchéance édictée par l'art. 241, lorsqu'elle se borne à suivre ces mêmes parents dans un nouveau domicile où ils se sont transportés (3). Cela est de toute évidence; mais il valait mieux motiver la décision sur ce que, en réalité, la femme n'avait pas quitté la résidence assignée, car les juges en l'autorisant à résider chez ses parents, avaient envisagé toute maison pouvant servir de demeure aux parents, et non pas un immeuble déterminé.

La jurisprudence a du reste une tendance bien marquée à n'appliquer la déchéance à la femme que s'il est manifeste qu'elle a cherché à se soustraire à la surveillance de son mari (4); et les excuses qu'elle invoque pour expliquer sa conduite sont facilement admises. Ainsi il a été jugé que ne doit pas être déclarée non recevable à continuer les poursuites la femme demanderesse qui a quitté le domicile commun à elle assigné comme résidence, lorsque le mari a fait appel de la décision qui lui avait assigné cette résidence. En agissant ainsi, le mari semble s'être opposé lui-même à ce que

(1) Trib. civ. Seine, 28 janv. 1886, *Gaz. Pal.*, 86, 474.
(2) Cass. 25 juin 1889, D. 90, 1, 420.
(3) *Ibid.*
(4) Bordeaux, 8 août 1867, D. 67, 5, 391, n° 7.

la femme demeure au domicile assigné (1). Tout cela est fort contestable et peu en harmonie avec l'esprit qui a dicté l'art. 241.

Remarquons enfin que l'art. 241 ne devrait pas s'appliquer dans le cas où la résidence de la femme durant l'instance aurait été fixée par un accord amiable intervenu entre les parties, et non par justice.

350. La détermination de la résidence provisoire de la femme n'intéresse en réalité que la femme et le mari. Auss n'est-il pas possible de concevoir en pareille matière l'intervention soit du ministère public, soit des membres de la famille. Il n'en est pas de même quand il s'agit de la garde des enfants.

ART. 240. Le tribunal peut, soit sur la demande de l'une des parties intéressées, soit sur celle de l'un des membres de la famille, soit sur les réquisitions du ministère public, soit même d'office, ordonner toutes les mesures provisoires qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants. — Il statue aussi sur les demandes relatives aux aliments, pour la durée de l'instance, sur les provisions et sur toutes les autres mesures urgentes.

« Les débats, comme ceux dont s'occupe le projet, dit le *Rapport au Sénat*, ne concernent pas seulement les deux parties directement intéressées. On peut dire qu'ils affectent la famille entière et au premier rang les enfants; aussi a-t-il paru nécessaire de donner au tribunal la faculté de prescrire toutes les mesures provisoires dans l'intérêt des enfants, et ce, non seulement sur la demande des parties, mais aussi sur celle de l'un des membres de la famille ou sur les réquisitions du ministère public. On avait, dans la commission extraparlementaire, soulevé la question de savoir s'il fallait réglementer à l'avance cette intervention de la famille, la limiter à un certain degré de parenté, en déterminer la forme. On ne l'a pas pensé. »

Ainsi donc tout parent, *même au delà du degré successible*,

(1) Nîmes, 3 fév. 1889, D. 90, 2, 333.

pourra intervenir dans un procès qui ne le regarde pas, sous prétexte que ni les parties, qui sont le père et la mère, ni le ministère public, ni le tribunal, qui peut cependant procéder d'office, n'ont vu ni soupçonné ce qu'il y avait à faire dans l'intérêt de l'enfant! On a ainsi créé une sorte d'*action populaire* dont pourra s'emparer tout individu qui pourra se prévaloir d'un lien de parenté *quelconque!*

Quoi qu'il en soit, les membres de la famille agissant individuellement ou collectivement, pourront demander, concurremment avec les père et mère, qu'il soit pris, dans l'intérêt des enfants, toutes mesures provisoires jugées nécessaires (1). Cette demande, qui ne pourra être formée que devant le tribunal, et non devant le président, pourra avoir lieu en tout état de cause, même après le jugement qui a prononcé le divorce ou la séparation de corps (2); elle constitue un incident de l'instance principale, et par conséquent, pourra être introduite par voie de requête adressée au tribunal.

351. Quelles sont les mesures provisoires qui pourront être ordonnées? La loi n'avait pas à les spécifier; elle s'en rapporte à la prudence des juges. Néanmoins nous trouvons à cet égard une indication importante dans l'art. 302 qui statue pour le cas où le divorce a été prononcé. Cet article permet au tribunal de décider, *pour le plus grand avantage des enfants*, qu'ils seront confiés aux soins de l'un des époux, ou à ceux d'une *tierce personne*. Les juges ont évidemment le même pouvoir au cours de l'instance.

Il pourra donc être décidé que les enfants seront placés dans une maison d'éducation choisie par les parents, ou désignée par le tribunal si les parents ne peuvent s'accorder sur ce point (3).

(1) V. Paris, 17 juill. 1886, D. 87, 2, 211.
(2) *Ibid.*
(3) Cass. 15 juill. 1879, D. 81, 1, 209.

Il pourra être encore décidé que les enfants seront confiés à la garde d'une *tierce personne*. Dans ce cas le mandat du *tiers* ainsi désigné est plus large que le mandat du directeur d'une maison d'éducation; il s'étend en effet, sauf les restrictions résultant des termes du jugement, à l'administration des biens personnels des enfants.

Il en sera de même si la garde des enfants est confiée à la mère.

Il va de soi que la décision qui enlève au père la garde de ses enfants, laisse intact le droit qui lui appartient de surveiller leur éducation (1) et au besoin de les émanciper. Mais il a été jugé que l'émancipation ne doit pas être pour lui un moyen d'éluder les prescriptions de la décision judiciaire qui a restreint son autorité; que, par suite, si cette décision a ordonné que les enfants seraient placés dans une maison d'éducation, le placement doit avoir lieu malgré l'émancipation (2). C'est là une extension de la théorie de *la fraude à la loi*, refusant arbitrairement de reconnaître les effets légaux d'un acte licite.

352. La décision de justice portant que les enfants seront remis à l'un des époux ou à un tiers pourra être ramenée à exécution *manu militari* contre l'autre époux qui les retient. C'est le droit commun.

Mais si la coercition matérielle n'est pas possible ou demeure inutile, les tribunaux pourraient-ils condamner celui des époux qui refuse de les livrer à des dommages-intérêts? Sous prétexte qu'il s'agit d'une obligation de faire, et que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur (art. 1142), la jurisprudence admet que l'époux qui retient les enfants peut être

(1) Trib. Lyon, 10 mars 1866, D. 67, 3, 96.
(2) Cass. 4 avril 1865, D. 65, 1, 387; Rouen, 12 juin 1866, D. *Répert., Suppl.*, v° *Divorce*, n° 309, note 1.

condamné à des dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard, pendant tout le temps que durera sa résistance (1).

Cette solution est difficile à justifier (2). L'art. 1142 ne saurait être invoqué dans une matière où il n'est pas question d'un véritable droit de créance faisant partie du patrimoine d'un créancier. Cela est si vrai qu'on ne sait pas trop qui est le créancier, et qu'on se demande si les dommages-intérêts doivent être accordés à l'époux qui a la garde des enfants, ou aux enfants eux-mêmes (3). On répond que tout dépend des circonstances; que l'époux, en tout cas, pourrait réclamer des dommages-intérêts en faveur des enfants, comme il peut en réclamer pour lui-même; que l'intérêt des enfants et celui de leurs parents sont si intimement unis, qu'il importe peu que les dommages-intérêts soient alloués aux uns ou aux autres (4). Mais cette réflexion prouve que ni les uns ni les autres ne sont de véritables créanciers.

Les tribunaux ont quelquefois donné une forme différente à la condamnation prononcée contre le conjoint récalcitrant; ils ont ordonné qu'une part des revenus de ce dernier pourrait être saisie et mise sous séquestre jusqu'à ce que les enfants soient rendus, et que s'ils ne sont pas rendus avant leur majorité, le produit des revenus séquestrés appartiendra aux enfants à titre de dommages-intérêts (5). Dans ces hypothèses, il a plu aux juges de reconnaître aux enfants la qualité de créanciers, comme il leur avait plu, dans les précédentes, de reconnaître cette même qualité au conjoint qui réclame.

Il peut enfin arriver que, sur la demande d'un membre de

(1) Cass. 18 mars 1878, D. 78, 1, 201; Cass. belge, 15 mars 1883, D. *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, note 2.

(2) LAURENT, t. III, n° 256.

(3) Voy. Bruxelles, 5 août 1880, D. 82, 2, 81.

(4) DALLOZ, *loc. cit.*, n° 312.

(5) Voy. Trib. civ. Seine, 13 janv., 30 mars 1876, D. 78, 2, 125.

la famille, ou sur les réquisitions du ministère public, ou même d'office, le tribunal enlève au père et à la mère la garde des enfants pour la confier à une tierce personne, qui ne la réclame pas, mais qui l'accepte, au grand-père, par exemple, ou à la grand'mère, faudra-t-il encore considérer cette tierce personne comme un créancier fondé à réclamer des dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard?...

353. L'art. 240, § 2, donne encore au tribunal, à partir du jour où il est saisi (art. 238, § 5), le droit de statuer sur les demandes relatives aux aliments pour la durée de l'instance et sur les provisions.

La faculté de demander soit une pension alimentaire, soit une provision *ad litem*, appartient au mari comme à la femme. Si la nature du régime matrimonial laisse au mari l'administration de tous les biens de la femme et la perception des revenus qui en proviennent, c'est la femme qui aura intérêt à demander une provision. Il pourra en être autrement si la nature du régime matrimonial laisse à la femme la perception d'une somme suffisante de revenus sauf à tenir compte de la part contributoire du mari (1).

La pension alimentaire sera fixée conformément à la condition et à la fortune des intéressés (2), par application des règles ordinaires en matière d'aliments, elle pourra donc, s'il y a lieu, être modifiée durant l'instance quant à sa quotité (3).

Quant à la provision *ad litem*, elle aura pour mesure l'importance probable des frais à exposer. Si la provision demandée et obtenue tout d'abord en première instance paraît insuffisante, celui qui la réclame pourra, par voie incidente, demander un supplément au tribunal; il pourra donc former

(1) Aix, 19 août 1868, D. 70, 1, 106.
(2) *Ibid.*
(3) Orléans, 3 avril 1889, D. 89, 2, 184.

une semblable demande en appel (1), car les subsides accordés, comme leur nom l'indique, ont un caractère provisionnel qui leur permet d'être modifiés au cours du procès. Il a été jugé cependant que si la provision allouée en première instance était inférieure aux frais exposés devant le tribunal, cette provision ne pourrait pas être augmentée par la Cour sur l'appel du jugement définitif, s'il n'y a pas eu appel du jugement par lequel la provision a été fixée (2). Cela est rigoureux, mais conforme aux principes. Les premiers juges qui ont accordé une pension insuffisante, peuvent accorder encore un supplément s'il y a lieu. Mais quand la cause est portée en appel, le jugement déjà rendu sur le chiffre de la pension subsiste, il ne peut donc être modifié par la Cour que s'il est frappé d'appel. Sans doute, la demande devant la Cour d'une nouvelle provision pour permettre au réclamant de subvenir à ses frais d'appel, sera recevable; mais pour la fixation de cette nouvelle provision, la Cour n'aura pas à tenir compte de la nécessité où serait la partie de rembourser à son avoué de première instance les frais avancés par celui-ci, quand même il serait allégué que ce remboursement est nécessaire pour obtenir la remise de pièces utiles pour la défense en appel (3).

Le jugement accordant une provision alimentaire ou *ad litem* est exécutoire comme tout autre titre de créance emportant voie parée. Mais le défaut de paiement de la part du conjoint qui en est débiteur, ne saurait lui faire encourir la déchéance du droit de continuer la poursuite de l'instance en divorce ou en séparation (4), car il n'est pas permis de créer des déchéances en dehors des termes de la loi.

(1) Orléans, 26 nov. 1857, D. 61, 5, 441.
(2) Rouen, 20 mars 1890, D. 90, 2, 112.
(3) *Ibid.*
(4) Nîmes, 17 juin 1889, S. 89, 2, 156.

354. Le tribunal est encore chargé, par l'art. 240, § 2, de statuer sur toutes les autres mesures urgentes.

Au nombre de ces mesures, il faut placer la remise des effets personnels, lorsque le juge conciliateur n'aura pas été mis à même de statuer sur ce point par l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 238, § 2. C'est par voie d'incident que la remise sera demandée, et la décision intervenue est susceptible d'appel (1).

355. Indépendamment des mesures *provisoires* concernant la personne des époux et la garde des enfants, il peut être nécessaire de prendre d'autres mesures ayant un caractère *conservatoire* et relatives aux biens.

Il y a grand intérêt à distinguer entre les mesures dites *provisoires* et les mesures *conservatoires*. Le droit de statuer sur les mesures provisoires appartient au président jusqu'au jour où le tribunal est saisi, et au tribunal seulement à partir de cette date. Donc la juridiction des référés se trouve supprimée, sauf en ce qui concerne la résidence de la femme (n° 329).

Il en est autrement pour les mesures conservatoires; le droit commun reprend son empire, et la juridiction des référés est compétente pour les autoriser, même au cours de l'instance (2).

ART. 242. L'un ou l'autre des époux peut, dès la première ordonnance et sur l'autorisation du juge, donnée à la charge d'en référer, prendre, pour la garantie de ses droits, des mesures conservatoires, notamment requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté. — Le même droit appartient à la femme, même non commune, pour la conservation de ceux de ses biens dont le mari a l'administration ou la jouissance. — Les scellés sont levés à la requête de la partie la plus diligente, les objets et valeurs sont inventoriés et prisés, l'époux qui est en possession en est constitué gardien judiciaire, à moins qu'il n'en soit décidé autrement.

La première observation à faire sur ce texte, c'est que dé-

(1) Cass. 15 fév. 1859, D. 51, 1, 201.
(2) Cass. 16 déc. 1889, S. 90, 1, 481.

sormais toutes les mesures conservatoires, quel que soit leur but, ne pourront être prises qu'en vertu d'une autorisation de justice.

Cette autorisation de justice pourra émaner :

1° Du président-conciliateur, dès la première ordonnance;

2° Du tribunal, à partir du jour où il est saisi;

3° De la Cour, en cas d'appel (1);

4° Du juge des référés, au cours du procès.

Quand le président est saisi, la loi exige que l'autorisation ne soit accordée par lui *qu'à la charge d'en référer*, c'est-à-dire que les parties seront tenues, en cas de difficulté, d'en référer au président qui conserve ainsi le droit de rétracter ou de modifier une décision qui n'a pas été prise contradictoirement.

La seconde observation qui doit être faite, c'est que désormais il ne peut plus y avoir de difficulté à reconnaître pour le mari, aussi bien que pour la femme, le droit de prendre des mesures pour sauvegarder ses propres intérêts.

356. La première mesure conservatoire qui devait se présenter à l'esprit du législateur, est celle qui consiste dans une apposition des scellés. La loi semble n'admettre l'apposition des scellés que *sur les biens de la communauté*. Faut-il entendre le texte d'une manière aussi restrictive?

La question posée en d'autres termes revient à celle de savoir si la femme pourrait requérir l'apposition des scellés sur des meubles propres du mari, ou si le mari pourrait à l'inverse requérir l'apposition des scellés sur des meubles appartenant à la femme, en supposant que les époux ne sont pas communs en biens?

On n'envisage, en général, que la première face de la question et on décide que les termes de la loi ne sont pas limitatifs, ainsi que le prouve l'expression *notamment* employée

(1) Voy. Cass. 15 fév. 1859, D. 59, 1, 201.

par le texte; que d'ailleurs la femme, à raison de ses reprises, peut avoir intérêt à *empêcher le mari de faire disparaître son actif* personnel (1). On pourrait, dans l'intérêt du mari, faire le même raisonnement vis-à-vis de la femme.

Mais nous croyons que telle n'est pas la pensée de la loi.

La loi envisage les époux comme pouvant être créanciers l'un de l'autre, et elle leur permet de prendre, à ce titre, des mesures conservatoires. Mais il ne peut être question que des mesures conservatoires reçues par le droit commun. Or est-il admissible qu'un créancier puisse faire apposer les scellés sur les biens de son débiteur pour *empêcher ce dernier de faire disparaître son actif?* On peut concevoir l'emploi de la saisie-arrêt, dont nous parlerons bientôt; mais l'apposition des scellés ne peut se comprendre que sur les objets à l'égard desquels celui qui réclame cette mesure, peut d'ores et déjà faire valoir certains droits réels. Ce qui prouve que telle est bien la pensée de la loi, c'est que le second paragraphe de l'art. 242 accorde à la femme, même non commune, le droit d'apposer les scellés *pour la conservation de ceux de ses biens* dont le mari a l'administration ou la jouissance.

L'apposition des scellés est donc une mesure *conservatoire*, mais conservatoire seulement des objets sur lesquels on prétend avoir un droit; elle a pour but unique d'empêcher la disparition de ces objets jusqu'au jour où ils pourront être inventoriés.

Les scellés seront en effet levés à la requête de la partie la plus diligente, afin que les objets et valeurs puissent être inventoriés et prisés. L'inventaire aura lieu dans les formes et conditions prescrites par l'art. 943, C. p. c. L'époux qui est en possession des valeurs inventoriées en est constitué gardien judiciaire, à moins qu'il n'en soit décidé autrement.

(1) DALLOZ, *Répert., Suppl.*, v° *Divorce*, n° 338, et les autorités citées.

Ainsi donc, les seuls objets qui puissent être placés sous scellés et inventoriés ensuite, sont ceux qui dépendent de la communauté, ou qui, appartenant à la femme non commune, sont administrés ou jouis par le mari.

Le but final de cette mesure est d'établir :

Soit la consistance de l'actif de la communauté, à l'époque où la mesure a été prise ;

Soit la consistance de l'actif du mari, dans l'opinion admettant que les scellés peuvent être mis sur les biens propres du mari ;

Soit la consistance des objets appartenant à la femme non commune, et que doit restituer le mari qui les administre.

357. Mais le résultat de l'apposition des scellés et de l'inventaire ne saurait être de frapper d'indisponibilité les objets soumis à ces mesures. A cet égard quelques précisions doivent être faites :

En ce qui touche les objets appartenant à la femme non-commune, mais administrés par le mari, il faut reconnaître que ce dernier ne saurait les aliéner, non pas à raison de cette circonstance qu'ils auraient été placés sous scellés et inventoriés, mais par le motif qu'ils n'appartiennent pas au mari.

En ce qui concerne les biens propres appartenant au mari, dans l'opinion qui permet de les soumettre à l'apposition des scellés et à l'inventaire, on reconnaît que le mari ne saurait être dépouillé de ses droits sur des biens qui lui appartiennent et qu'il conserve le pouvoir de les aliéner (1).

Mais s'il s'agit de biens dépendant de la communauté, le mari conserve-t-il le droit d'en disposer ?

Il est certain que ce pouvoir appartenait au mari avant l'apposition des scellés et l'inventaire, et la question est de savoir si l'intention du législateur a été de le lui retirer.

(1) DALLOZ, *loc. cit.*, n° 344.

Sous l'empire de l'ancien art. 270, conservé par la loi de 1884, on pouvait soutenir l'affirmative, car cet article contenait la disposition finale suivante : « Ces scellés ne seront levés qu'en faisant inventaire avec prisée, et à la charge par le mari de représenter les choses inventoriées, ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire. » On pouvait dire avec M. Laurent que la loi n'avait pas entendu laisser au mari une alternative, en ce sens qu'il aurait la faculté de conserver le mobilier ou d'en payer la valeur; qu'au lieu de s'exprimer ainsi, la loi commençait par imposer au mari l'obligation de représenter les choses inventoriées, ce qui impliquait la défense d'en disposer, et qu'ensuite, à défaut de représentation, elle le déclarait responsable comme gardien judiciaire (1).

Mais alors de quoi servirait au mari la faculté de faire lever les scellés, si l'inventaire devait laisser subsister les mêmes entraves à l'exercice du droit de disposition qui lui appartient? — Aussi, même sous l'empire de l'ancien art. 270, on a jugé que la constitution du mari, comme gardien, ne neutralise pas les pouvoirs généraux d'aliénation qu'il tient de la loi (2).

Or il faut remarquer que la disposition finale précitée de l'art. 270 ancien, n'est pas reproduite dans l'art. 242 nouveau, lequel s'exprime ainsi : *L'époux qui est en possession est constitué gardien judiciaire, à moins qu'il en soit décidé autrement.*

Donc le mari n'est plus obligé de représenter les choses inventoriées; il ne sera tenu de les représenter que lorsqu'il a été constitué gardien d'objets appartenant à sa femme, non-commune, et qui étaient en sa possession.

(1) T. III, n° 265; conf. Paris, 26 mars 1885, D. *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, n° 344, note 1.

(2) Paris, 2 mars 1886, S. 86, 2, 161.

Mais quand il s'agira de biens dépendant de la communauté, ou de biens à lui propres, dans l'opinion qui soumet ces biens à l'inventaire, le mari devant conserver la faculté d'aliéner, ne doit pas être constitué gardien judiciaire. C'est à des hypothèses de cette nature que semblent se référer les derniers mots de l'art. 242, l'époux qui est en possession sera constitué gardien, *à moins qu'il en soit décidé autrement*.

D'ailleurs, quelle est la fraude que la loi a voulu prévenir en permettant l'inventaire des biens communs? C'est le détournement d'effets mobiliers de la communauté dans des conditions qui permettraient de nier qu'ils aient jamais existé. Or l'inventaire suffit pour rendre cette fraude impossible, puisque l'actif de la communauté sera toujours censé comprendre les objets inventoriés, même aliénés par le mari, qui devra en faire compte.

La solution que nous croyons devoir adopter ne mettra pas obstacle à ce que la femme puisse faire annuler les aliénations faites par le mari en fraude de ses droits (1).

358. Le texte, non restrictif, de l'art. 242, § 1, permet aux juges d'autoriser des mesures conservatoires autres que l'apposition des scellés. Mais les pouvoirs du juge, en cette matière, quelque étendus qu'ils soient, ne sauraient aller jusqu'à dépouiller le mari de l'administration des biens de la communauté pour en investir un tiers qui serait ainsi constitué gérant et administrateur de la communauté à l'exclusion du mari (2). Il a été admis, cependant, qu'un tiers pourrait être nommé gardien judiciaire des sommes dépendant de la communauté et qui sont déposées entre ses mains (3).

(1) Voy. Paris, 2 mars 1886, précité.

(2) Cass. 26 mars 1889, D. 89, 1, 444; Paris, 13 avril 1889, S. 91, 2, 27.

(3) Arrêt de Paris du 13 avril 1889, précité.

Cette dernière solution est contestable, car elle a pour résultat d'enlever au mari l'administration et la jouissance des sommes ainsi consignées entre les mains d'un tiers.

Il en serait de même si la femme pouvait être autorisée à pratiquer des saisies-arrêts entre les mains des débiteurs de la communauté (1). Cependant la jurisprudence la plus récente confirme sur ce point la jurisprudence antérieure à la loi de 1886, et reconnaît au juge le pouvoir d'autoriser la femme à pratiquer une saisie-arrêt, pour la conservation de ses droits, entre les mains des débiteurs de la communauté ou de son mari (2). On peut invoquer à l'appui de cette manière de voir, cette circonstance que le nouvel art. 242 a voulu étendre les pouvoirs du juge, et que si les mesures dont il s'agit et autres semblables, telles que le versement de certains deniers communs à la Caisse des dépôts et consignations n'étaient pas possibles, la justice se trouverait réduite, malgré les termes extensifs de l'art. 242, § 1, à ne pouvoir autoriser que l'apposition des scellés.

359. Sauf les restrictions résultant des mesures conservatoires permises, les droits du mari, comme chef et maître de la communauté, demeurent intacts durant l'instance en divorce ou en séparation; il peut donc obliger la communauté et disposer des biens qui en dépendent, conformément aux règles générales applicables au régime de la communauté (3). Mais les cas de fraude devaient être exceptés :

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

Cette disposition est une application à notre matière du

(1) LAURENT, t. III, n° 268.

(2) Cass. 16 déc. 1889, S. 90, 1, 481 ; Paris, 13 avril 1889, S. 91, 2, 27.

(3) DEMOLOMBE, t. IV, n° 464.

principe général formulé dans l'art. 1167, d'après lequel les créanciers peuvent attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. La loi devait s'expliquer à cet égard, car les deux époux n'étant pas, l'un vis-à-vis de l'autre, dans les rapports ordinaires de créancier à débiteur, on aurait pu douter de la légitimité d'une extension à notre hypothèse du principe de l'art. 1167. Il faut en conclure que l'art. 243 doit être interprété restrictivement, soit quant aux actes qu'il vise, soit quant au délai qu'il détermine (1).

Il suit de là que les actes du mari, antérieurs à l'ordonnance mentionnée en l'art. 235, c'est-à-dire à l'ordonnance permettant de citer en conciliation, ne peuvent pas être attaqués en vertu de l'art. 1167; mais ils pourraient être annulés en cas de simulation. Or, il arrive souvent que l'on confond l'action de l'art. 1167 avec l'action en simulation. Ainsi un arrêt de la Cour de Bruxelles cité comme contraire à la solution qui précède, vise un cas de simulation et non un cas d'action Paulienne (2).

Il ne suffit pas que l'acte du mari, intervenu au cours de l'instance, cause, en fait, un *préjudice* à la femme, il faut de plus qu'il y ait eu *fraude*. Il résulte en effet des explications fournies par le rapporteur, qu'on a voulu sur ce point s'en référer au droit commun, tel qu'il est défini par la doctrine et la jurisprudence. Nous renvoyons donc, pour les difficultés d'application, aux règles qui seront exposées à l'occasion de l'art. 1167, en faisant observer, toutefois, que les tiers qui ont traité avec le mari à titre onéreux ne sauraient être présumés de mauvaise foi par cela seul qu'ils ont eu connaissance de la demande en divorce ou en séparation (3).

Nous devons encore faire remarquer que le droit conféré à

(1) CARPENTIER, *L. du divorce*, n° 262.
(2) 9 avril 1851, D. *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, n° 352, note 1.
(3) DEMOLOMBE, t. IV, n° 463.

la femme par l'art. 243 ne saurait disparaître par suite de la réconciliation qui a mis fin à l'instance. La réconciliation ne peut en effet autoriser le mari à garder le profit de sa fraude au préjudice de la femme. Il y a dans ce sens un arrêt de la Cour de Bruxelles (1).

§ 6. — Fins de non-recevoir.

360. — Du désistement.
361. — Du pardon.
362. — Du pacte de réconciliation, art. 244, § 1.
363. — De la preuve en cette matière; aveu, serment.
364. — Présomptions; exemples.
365. — Pouvoirs du juge.
366. — Fin de non-recevoir résultant de la réconciliation, art. 244, § 2.
367. — Réplique fondée sur des faits nouveaux.
368. — Décès de l'une des parties, art. 244, § 3.
369. — Prescription.
370. — Péremption.
371. — Chose jugée : cas de deux demandes successives de même nature.
372. — Cas de deux demandes successives de nature différente.
373. — De la réciprocité des torts.

360. Les faits considérés par la loi comme pouvant servir de base à une demande en divorce ou en séparation de corps, produisent cette conséquence parce que, à raison de leur gravité, ils sont présumés avoir produit dans l'esprit du conjoint offensé une impression assez profonde et assez durable pour lui rendre la vie commune insupportable.

Le conjoint offensé confirme cette présomption de la loi en demandant soit la séparation de corps, soit le divorce.

Mais il peut arriver que l'impression produite s'efface peu à peu, et que le souvenir de l'offense reçue ne laisse après lui aucun ressentiment.

On conçoit que, dans une telle situation d'esprit, le de-

(1) Voy. CARPENTIER, *loc. cit.*, n° 266 ; DALLOZ, *loc. cit.*, n° 357.

mandeur fasse signifier à son conjoint un désistement de l'instance par lui engagée.

Ce désistement, qui pourra être rétracté tant que le défendeur ne l'aura pas accepté (1), ne porte que sur l'instance, et n'empêchera pas celui de qui il émane de former plus tard, s'il le juge convenable, une nouvelle demande. L'action n'est pas éteinte.

361. On peut concevoir encore que l'impression douloureuse produite par l'offense dure toujours; qu'elle fasse envisager la vie commune comme désormais insupportable, mais que l'époux offensé, dans un moment de générosité extrême, ou tout au contraire de mépris, ou simplement de charité chrétienne et de résignation laisse parvenir à son conjoint l'expression unilatérale d'un pardon complet de l'injure reçue. On ne peut inférer de ce pardon aucune pensée de reprendre la vie commune et de renoncer à réclamer, au besoin, la séparation de corps ou le divorce. L'époux offensé n'a pu se lier lui-même par sa seule volonté. Dans ce cas encore, l'action n'est pas éteinte (2).

362. Mais il faut pousser plus loin l'hypothèse : l'époux offensé, voulant ou ne voulant pas pardonner, peu importe; conservant ou ne conservant pas le souvenir de l'injure reçue, peu importe encore; mais agissant extérieurement comme s'il voulait tout oublier, manifeste, en connaissance de cause (3), l'intention sérieuse de renoncer à l'action qui lui appartient. L'époux coupable accepte; un pacte s'établit entre les deux conjoints; ce pacte est exécuté par les parties, c'est la réconciliation; l'action est éteinte :

(1) Douai, 16 janv. 1884, D. *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, n° 378, note 1.

(2) Voy. note de M. LABBÉ, sous Caen, 25 juillet 1882, 14 août 1883, S. 85, 2, 49.

(3) Cass. 14 mars 1888, D. 88, 1, 271; Cass. 4 déc. 1876, D. 77, 1, 313.

ART. 244, § 1. L'action en divorce s'éteint par la réconciliation des époux survenue, soit depuis les faits allégués dans la demande, soit depuis cette demande (*).

La réconciliation suppose donc un pacte exprès ou tacite. C'est ce caractère bilatéral de la réconciliation qui lui donne la force d'une fin de non-recevoir opposable au demandeur qui s'est ainsi lié vis-à-vis du défendeur. Une renonciation unilatérale ne saurait produire le même effet.

Le pacte de réconciliation révèle l'intention commune des parties. Mais l'intention seule ne suffit pas. Le fait correspondant est nécessaire, c'est-à-dire que la volonté réciproque de se réconcilier doit être suivie d'actes réciproques d'exécution. Ainsi, par exemple, un mari entretient une concubine dans la maison commune; la femme peut demander le divorce; une réconciliation a lieu entre les époux; il est bien entendu que la concubine doit quitter la maison conjugale; elle l'abandonne en apparence, mais rentre presque immédiatement avec l'assentiment du mari. Ce n'est pas là une réconciliation, c'en est le simulacre, a dit la Cour de Bruxelles (1). On peut dire plus, ajoute M. Laurent : « La réconciliation était conditionnelle et la condition n'a pas été remplie (2). » — Il n'y a eu ni simulacre, ni condition; il y a eu simplement un projet de réconciliation qui n'a pas été suivi d'exécution.

363. La question de savoir s'il est intervenu entre les parties un pacte de réconciliation sera appréciée souverainement par les juges du fait.

L'ancien art. 274 portait : « Si le demandeur en divorce nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur en fera preuve soit par écrit, soit par témoins... » — Cette partie de l'article

(*) Art. 244, § 1. — *Arg.* ex. : L. 4 et L. 7, D. 24, 2, *De divort. et repud.*, cap. 5 ; *Decret. Greg.*, 4, 9, *De divort.*

(1) 5 août, *Pas.*, 48, 2, 32.

(2) T. III, n° 209.

doit encore être observée. Cela comprend aussi, fait observer Demolombe, la preuve *par présomption*, et même l'*aveu*. Mais le *serment* est un genre de preuve tout différent (1). »

Il y a controverse à cet égard ; les uns admettent l'efficacité de l'aveu seulement, d'autres admettent encore l'emploi du serment litisdécisoire (2).

Mais sur quoi porterait précisément l'aveu ou le serment? Les auteurs ont en général négligé de mettre en relief le caractère bilatéral du pacte de réconciliation, et raisonnent toujours comme s'il s'agissait tout simplement de prouver *le pardon* unilatéral par l'aveu ou par le serment (3). Mais c'est là une équivoque. Le demandeur peut en effet répondre : il est vrai que j'ai pardonné, et que je pardonne encore à mon conjoint; mais cela ne prouve pas que j'ai renoncé à mon action. La question doit être posée autrement; on dira au demandeur : reconnaissez-vous qu'il soit intervenu entre nous un pacte (exprès ou tacite) de réconciliation suivi d'exécution? — Dans ces termes, nous ne voyons pas d'inconvénient à ce que la question soit tranchée par l'aveu ou par le serment.

364. Mais le plus souvent l'existence du pacte, exprès ou tacite, de conciliation ne sera révélée que par les faits d'exécution qui en auront été la conséquence. La conciliation sera alors établie par voie de *présomption*. C'est dans cet ordre d'idées que le pouvoir d'appréciation des juges du fait trouvera un large champ d'application.

Les juges devront rechercher si le fait allégué implique nécessairement un pacte antérieur de réconciliation, ou s'il suppose simplement un pardon unilatéral, ou bien s'il est sans signification.

(1) T. IV, n° 420.
(2) AUBRY et RAU, t. V, § 492, note 15.
(3) Voy. DEMOLOMBE, *loc. cit.*; LAURENT, t. III, n° 210.

Ainsi, le mari qui a porté plainte en adultère contre sa femme, se désiste purement et simplement de sa plainte. Ce désistement ne semble pas devoir impliquer nécessairement une réconciliation, de telle sorte que le mari ne puisse, dans l'instance en séparation ou divorce introduite ultérieurement, invoquer l'adultère faisant l'objet de sa plainte.

Au contraire, si le mari arrête l'effet d'une condamnation prononcée contre sa femme pour adultère, en consentant à la reprendre dans les termes de l'art. 337, C. P., on pourra voir dans ce fait une présomption de réconciliation, et par suite le mari aura perdu le droit de se prévaloir de cette condamnation pour obtenir le divorce (1).

Quelquefois, le fait allégué n'aura aucune signification précise. Ainsi une femme demanderesse en séparation de corps, revient, après l'ordonnance du président rendue en exécution de l'art. 878, C. pr. c., au domicile conjugal qu'elle n'avait pas d'ailleurs quitté auparavant, et y demeure jusqu'au jour où elle envoie son assignation. Cette circonstance ne saurait faire présumer une réconciliation pouvant élever une fin de non-recevoir contre la demande en séparation de corps (2).

Si la femme avait d'abord quitté le domicile conjugal, son retour volontaire ne pourrait être considéré que comme un désir unilatéral de sa part d'effacer ses torts, mais ne saurait impliquer que le mari les ait oubliés, ni par conséquent faire présumer un pacte de réconciliation (3). Quant aux rapports intimes entre les époux, tout dépendra des circonstances dans lesquelles ils se seront produits (4).

365. Si l'exception tirée de la réconciliation est admise, un

(1) Paris, 4 août 1888, D. 90, 2, 279; S. 89, 2, 13, note.
(2) Dijon, 6 mars 1884, S. 85, 2, 55.
(3) CARPENTIER, *Divorce*, n° 278; DEMOLOMBE, t. IV, n°s 412 et 413.
(4) CARPENTIER, *loc. cit.*, n° 280.

jugement sera rendu dans ce sens, et la demande déclarée irrecevable. Si l'exception est rejetée, la décision qui constatera le rejet ordonnera qu'il soit plaidé au fond. Mais la loi n'impose pas aux tribunaux l'obligation de statuer au préalable, nécessairement et dans tous les cas, sur l'exception de réconciliation opposée par l'une des parties. Si les juges pensent qu'il ne peut être statué sur cette exception qu'après une instruction complète portant également sur le fond, on ne peut leur reprocher d'avoir recouru à la voie qu'ils ont cru nécessaire de suivre pour s'éclairer (1).

366. Si la réconciliation produit ses effets espérés et conduit, tant bien que mal, les époux réconciliés jusqu'à la dissolution du mariage par le décès de l'un d'eux, jamais l'occasion de vérifier si, en réalité, une réconciliation est intervenue entre eux, ne se présentera. Mais si la discorde survient de nouveau entre les conjoints; si l'un d'eux veut faire valoir, par une action en divorce ou en séparation, les griefs qu'il avait abandonnés, alors apparaîtra l'intérêt qui s'attache à rechercher si une véritable réconciliation n'a pas eu lieu, soit depuis les faits allégués dans la demande, soit depuis cette demande.

En effet :

ART. 244, § 2. Dans l'un et l'autre cas, le demandeur est déclaré non recevable dans son action; il peut néanmoins en intenter une nouvelle pour cause survenue ou découverte depuis la réconciliation, et se prévaloir des anciennes causes à l'appui de sa nouvelle demande.

Les juges peuvent au besoin suppléer d'office la fin de non-recevoir tirée d'une réconciliation avérée (2), quand même le demandeur invoquerait la condamnation prononcée contre son conjoint à une peine afflictive et infamante (3).

(1) Cass. 24 juillet 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 538.
(2) Trib. Lyon, 9 déc. 1871, D. 71, 5, 353.
(3) Toulouse, 7 juillet 1886, D. 88, 2, 52.

367. Mais l'exception tirée de la réconciliation peut être paralysée par une réplique.

Le pacte de transaction est fondé, en effet, sur l'espérance légitime d'une exécution loyale. Si le conjoint pardonné se rend coupable de torts nouveaux, peu importe qu'ils aient ou n'aient pas la même nature que les anciens, le pacte est en quelque sorte résilié, et l'époux offensé reprenant sa liberté d'action, comme si la réconciliation n'avait pas eu lieu, pourra faire valoir, dans une nouvelle demande, avec les griefs nouveaux, les griefs anciens produits ou non produits, rejetés ou non rejetés sur une première demande.

Mais la question est de savoir quel est le caractère de gravité voulu dans les faits nouveaux. Doivent-ils avoir la gravité requise pour entraîner par eux-mêmes la séparation ou le divorce? Mais s'il en est ainsi il n'y a aucune utilité à faire revivre, en quelque sorte, les faits anciens, et la disposition que nous examinons est un non-sens (1). Il semble du reste que la question a été mal posée. Les auteurs sont en général portés à examiner la gravité des faits nouveaux, en les mettant en relation avec la nouvelle demande en divorce ou en séparation. Mais là n'est point l'objet du litige : Le défendeur oppose au demandeur l'exception tirée du pacte de réconciliation; le demandeur réplique que le pacte a été violé, et allègue, à l'appui de sa réplique, des faits desquels il prétend faire résulter la violation du pacte. La question soumise au juge est donc uniquement celle de savoir si les faits allégués constituent ou ne constituent pas une violation suffisamment grave du pacte, et non celle de savoir si ces faits ont ou n'ont pas la gravité voulue pour faire admettre, à eux seuls, la demande nouvelle.

Enfin, pour savoir s'il y a eu ou non violation suffisante

(1) LAURENT, t. III, n° 212, et la grande majorité des auteurs; *Contrà*, CARPENTIER, *Divorce*, n° 286.

du pacte de réconciliation, on ne doit pas envisager ce pacte au point de vue restreint de la nature spéciale des faits commis antérieurement par l'époux coupable, mais il faut le considérer comme impliquant, de la part de ce dernier, la promesse générale d'avoir désormais, dans le ménage commun, une conduite et une attitude suffisamment convenables à tous les points de vue.

368. Lorsque, au cours d'une instance en divorce ou en séparation, le mariage est brusquement dissous par le décès de l'une des parties, il va de soi que le but final de l'action pendante disparaît et par conséquent ne peut plus être poursuivi. Mais que décider à l'égard des questions accessoires que soulevait le procès?

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

En conséquence :

ART. 244, § 3. L'action en divorce s'éteint également par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état-civil.

Donc, jusqu'à l'expiration du délai imparti pour la transcription, le demandeur semble pouvoir user de ce que l'*Exposé des motifs* appelle son *droit de pardon*. Mais comme la loi donne au défendeur, c'est-à-dire à l'offenseur, la faculté de faire procéder aussi à la même transcription, il pourra arriver ceci : le demandeur offre généreusement son pardon à son conjoint et ne fait pas transcrire. Ce dernier exaspéré par une lutte dans laquelle il a succombé, refuse le pardon et fait transcrire. Voilà le jugement devenu irrévocable. Nouvelle preuve de la différence établie ci-dessus entre le pardon unilatéral et le pacte de réconciliation.

Notre disposition est applicable à la séparation de corps (art. 307) ; mais comme le jugement de séparation de corps n'est pas soumis à la transcription sur les registres de l'état civil, ce jugement sera irrévocable à partir du jour où il deviendra définitif.

Ainsi donc, après le décès de l'un des époux, nul ne sera admis à continuer l'instance, même pour faire statuer sur les dépens qui demeureront, *in parte quâ* à la charge de chacune des parties ou de leurs représentants.

369. N'y a-t-il pas, indépendamment du décès et de la réconciliation, d'autres causes d'exception pouvant faire échec à une action en divorce ou en séparation ?

Que faut-il penser notamment de la prescription?

Il s'agit de savoir si l'exception résultant de la prescription trentenaire serait proposable contre une demande en divorce (ou séparation) uniquement fondée sur des faits qui remonteraient à plus de trente ans.

Il faut d'abord supposer que les circonstances de la cause n'ont pas permis d'admettre qu'il y a eu réconciliation.

Il est manifeste que la formule de l'art. 2262 portant que toute action se prescrit par trente ans, englobe dans sa généralité les actions en divorce et en séparation. Mais il est non moins manifeste que l'art. 2253 les soustrait immédiatement à cette règle générale pour les faire entrer dans l'exception, en déclarant que la prescription ne court pas entre époux. On objecte, il est vrai, que cette disposition est faite pour les actions dont l'exercice suspendu pendant le mariage pourra être repris après que le mariage est dissous (1). Cela est exact; mais il n'en est pas moins vrai que la préoccupation *spéciale* qui a fait écrire l'art. 2253 a abouti, en définitive, à une formule générale, ne comportant aucune distinction, et applicable par conséquent, même aux actions qui ne peuvent survivre à la dissolution du mariage.

Du reste, en admettant même le principe de l'application de la prescription à l'action en divorce, en fait, cette application pourrait facilement être évitée dans la plupart des cas. L'hypothèse le plus ordinairement envisagée est en effet la suivante :

Un époux envers lequel son conjoint avait des torts très graves est forcé de quitter le domicile conjugal; au bout de trente ans, si la prescription devait être admise, cet époux pourrait être, dit-on, forcé par son conjoint à reprendre la vie commune. Cela ne sera pas toujours vrai, l'espèce s'est en effet présentée devant un tribunal qui, après avoir repoussé l'exception tirée de la prescription, ajoute : « Attendu que le fait par le sieur B.., d'avoir laissé subsister pendant tant d'années une séparation de fait aussi marquée, aussi incontestable et aussi absolue entre lui et sa femme, et de n'avoir jamais usé de son droit de sommer cette dernière d'avoir à réintégrer le domicile conjugal, indique bien qu'il avait définitivement abandonné la dame B..., et que l'abandon était

(1) LAURENT, t. III, n° 215.

venu de lui, parce que la vie commune avec elle lui était, sinon impossible, au moins pénible et des moins agréables (1). » Mais si cela était vrai, il y avait eu abandon injurieux de la part du mari, et la femme, à l'appui de sa demande, aurait pu alléguer ce grief qui échappait forcément à la prescription.

370. La péremption d'instance pour défaut de continuation des poursuites durant trois années (art. 397, C. p. c.), pourra aussi constituer une fin de non-recevoir. Quant à la péremption des jugements de défaut pour non exécution dans le délai utile, nous examinerons la question à propos de l'article 247.

371. L'exception tirée de la chose jugée peut aussi être invoquée selon les règles du droit commun.

On suppose que l'un des conjoints après avoir échoué dans une première action en divorce saisit la justice d'une nouvelle action également en divorce, ou qu'après avoir échoué dans une demande en séparation de corps, il reproduit plus tard la même demande.

En cette matière, la cause de la demande réside dans les griefs, en d'autres termes dans les faits articulés qui, d'après les art. 229 et suivants permettent de réclamer le divorce ou la séparation (2). Par conséquent si la nouvelle demande est fondée uniquement sur des faits déjà articulés à l'appui d'une première demande de même nature qui a été rejetée, cette nouvelle demande sera écartée par l'exception de la chose jugée. Si la nouvelle demande est en outre motivée par des griefs nouveaux, les faits déjà écartés une première fois ne pourront être invoqués à l'appui des griefs nouveaux (3).

Il est évident qu'il ne peut y avoir eu chose jugée sur des

(1) Trib. Abbeville, 20 mai 1884, D. *Répert.*, *Suppl.*, n° 390, note 2.
(2) Cass. 3 fév. 1875, D. 76, 1, 465.
(3) Amiens, 24 déc. 1885, S. 87, 2, 124.

faits qui n'ont pas été articulés dans la première demande, soit parce qu'ils n'étaient pas alors connus du demandeur (1), soit parce qu'ils ne s'étaient pas encore produits (2), soit parce qu'ils ont été volontairement omis (3). Dans toutes ces hypothèses, il ne saurait y avoir de difficulté; ces faits sont nouveaux par rapport à la décision déjà rendue.

Mais nous savons que les faits nouveaux qui se produisent après une réconciliation, permettent de se prévaloir des faits anciens à l'appui d'une nouvelle demande, lorsque la première demande n'a été écartée que pour défaut de preuve ou insuffisance, ou non pertinence des faits, si les faits nouveaux font acquérir aux anciens le degré de pertinence qui leur manquait (4). En sera-t-il de même dans le cas où la première demande aurait été écartée à cause de la fausseté ou de l'inexistence des faits articulés? Il faut supposer que le jugement déjà rendu constate dans son dispositif que les faits articulés n'ont pas d'existence matérielle. Dans ce cas, il n'est pas possible que des faits nouveaux permettent d'invoquer de prétendus faits anciens qu'un jugement définitif déclare n'avoir jamais eu d'existence réelle. Ce serait aller contre la chose jugée. C'est ce que la Cour de cassation a implicitement reconnu en décidant que tous les faits invoqués dans une première demande pourraient être reproduits dans une seconde, quoique le jugement qui les avait une première fois écartés, en eût motivé le rejet sur l'inexistence des uns et l'insuffisance des autres, si le défaut de spécification, dans ce jugement, des faits dont l'inexistence était établie, ne permettait pas de les distinguer de ceux qui auraient été simplement déclarés insuffisants (5).

(1) Paris, 1er août 1874, D. 76, 1, 465.
(2) Cass. 4 juillet 1877, D. 79, 1, 477.
(3) Cass. fév. 1875, précité.
(4) Cass. 29 mars 1887, S. 87, 1, 470.
(5) Cass. 13 mars 1860, D. 60, 1, 400.

372. Nous avons supposé que la nouvelle demande était de même nature que l'ancienne, c'est-à-dire qu'une seconde demande en divorce était introduite après une demande en divorce, ou qu'une demande nouvelle en séparation de corps était introduite après une première demande en séparation de corps. Que faudra-t-il décider si les deux demandes ne sont pas de même nature? Ainsi une partie a demandé la séparation de corps pour un fait déterminé; elle a succombé et a repris ensuite le même fait comme base d'une nouvelle action en divorce, ou réciproquement. On a dit que c'est la même demande qui revient sous un autre nom (1).

Cela est douteux. Il est bien vrai que, dans la théorie générale de la loi, il y a identité entre les causes du divorce et celles de la séparation. Mais en réalité cette identité n'existe que dans les dénominations employées par la loi pour désigner les catégories de faits pouvant constituer des causes de divorce, ou de séparation. En réalité les mêmes faits sont envisagés sous un jour différent suivant qu'ils sont allégués à l'appui d'une demande en divorce, ou d'une demande en séparation de corps, et la Cour de cassation a pu décider pour ce motif: « Que les causes qui avaient motivé la séparation de corps n'étaient pas de nature à justifier la rupture complète du lien conjugal (2). » S'il en est ainsi, on comprend tout de suite que la partie qui a échoué dans une demande en divorce, puisse introduire une nouvelle demande en séparation, fondée sur les mêmes faits qui seront envisagés autrement. Les deux demandes, d'ailleurs, ne peuvent pas être considérées comme identiques.

Mais à l'inverse, celui qui a succombé sur une demande en séparation de corps pourra-t-il, sans aller contre la chose jugée, introduire une demande en divorce appuyée unique-

(1) CARPENTIER, *Divorce*, n° 132.
(2) Cass. 11 janv. 1887, S. 88, 1, 374.

ment sur les mêmes faits? D'après la logique apparente des choses, on ne voit pas où pourrait conduire cette nouvelle action; car si les faits sur lesquels elle repose ont déjà été considérés comme n'étant pas assez graves pour motiver une séparation de corps, à plus forte raison seront-ils considérés comme insuffisants pour justifier un divorce. Néanmoins, comme le divorce et la séparation de corps constituent deux mesures tout à fait distinctes, on ne peut pas dire qu'il y ait identité de demande comme l'exige l'art. 1351. Au fond, quand il s'agit de poursuivre une décision reposant sur l'appréciation à faire de la gravité plus ou moins considérable d'un fait, on peut tout espérer comme tout craindre.

La partie qui peut se prévaloir de la chose jugée peut renoncer à invoquer l'exception qui en résulte, et accepter la discussion de la nouvelle demande. Si elle l'a produite en première instance, sans la reproduire en appel, elle sera irrecevable à la proposer devant la Cour de cassation qui la considère, dans ce cas, comme un moyen nouveau (1).

373. La réciprocité des torts entre deux conjoints peut-elle, en établissant ce qu'on a appelé fort improprement une *compensation*, créer une fin de non-recevoir contre la demande en séparation ou en divorce que l'un d'eux voudrait intenter, ou déterminer le rejet des deux demandes si les deux époux se portent également demandeurs l'un et l'autre? C'est encore là une de ces vieilles questions sur laquelle il reste peu de chose à dire.

Supposons d'abord qu'il y ait un tel degré d'hostilité entre les époux qu'ils se livrent habituellement l'un contre l'autre aux excès les plus graves pouvant mettre la vie de tous les deux en danger. Faudra-t-il, sous prétexte de réciprocité et de compensation, rejeter une demande qui serait admise si la vie ou la santé d'un seul était menacée !...

(1) Cass. 4 juillet 1877, D. 79, 1, 477.

Si le mari et la femme se sont l'un et l'autre rendus coupables d'adultère, il n'y a pas lieu, non plus à compensation (1). La question ne se discute plus, surtout depuis que l'abrogation par la loi nouvelle des art. 308 et 309 du Code civil ont enlevé sa force au principal argument de la thèse contraire.

Il faut admettre la même solution pour le cas où les deux conjoints ont été condamnés l'un et l'autre à une peine afflictive et infamante. Ils sont en effet, par rapport à l'art. 232, dans une position identique à celle où se trouvent, en présence des art. 229 et 230, deux époux également coupables d'adultère. D'ailleurs le divorce et la séparation n'ont pas pour but de récompenser la vertu. Ce sont des mesures édictées pour les cas où la vie commune est insupportable, et la circonstance que du côté de chacun des époux il existe une juste cause de mépris judiciairement constatée, n'est pas de nature à la rendre plus facile.

Si la prétendue compensation ne peut être accueillie quand les faits allégués de part et d'autre sont de même nature, à plus forte raison doit-il en être ainsi quand ils appartiennent à un ordre différent.

Tout au plus peut-on admettre, surtout quand il s'agit d'injures, que les faits imputables au défendeur peuvent, dans une certaine mesure, être atténués par des faits imputables au demandeur (2). Mais alors il s'agit simplement pour le juge d'exercer le pouvoir qui lui appartient quant à l'appréciation de la gravité matérielle et morale des faits sur lesquels repose la demande.

Dans le même ordre d'idées, il a été jugé qu'il y a lieu de rejeter la demande, quand les torts du demandeur prennent un caractère de provocation suffisant pour excuser ceux du

(1) Cass. 18 janv. 1881, D. 81, 1, 125.
(2) *Ibid.*

défendeur (1). Mais il ne peut être question d'une provocation proprement dite immédiatement suivie des injures ou mauvais traitements qui en seraient la réponse, il s'agit de la conduite habituelle de l'un des conjoints produisant chez l'autre un état d'irritation en quelque sorte permanent (2).

Enfin la cause de séparation n'existerait pas, si le demandeur s'était lui-même rendu complice du fait qu'il reproche au défendeur (3).

§ 7. — Procédure devant le Tribunal (suite) ; voies de recours, publication et transcription de la décision.

374. — Réglementation de la preuve testimoniale, art. 245.
375. — Prohibition du témoignage des enfants.
376. — *Quid* des autres parents, et du conjoint divorcé ?
377. — Vérification d'écriture.
378. — Du droit pour le tribunal de surseoir à prononcer le divorce, art. 246.
379. — Défaut du défendeur, art. 247.
380. — Délai de l'opposition.
381. — Délai de l'appel, art. 248, § 1 à 4.
382. — Demandes nouvelles ; *quid* des faits articulés pour la première fois en appel?
383. — Règles concernant l'acte d'appel et l'arrêt.
384. — Du recours en cassation, art. 248, § 5 et 6 ; effet suspensif.
385. — De la requête civile.
386. — L'acquiescement est prohibé, art. 249.
387. — *Quid* du désistement?
388. — Publicité de la décision prononçant le divorce, art. 250.
389. — Transcription de cette décision, art. 251.
390. — Quand et comment a lieu la transcription, art. 252.
391. — Conséquences du défaut de transcription.
392. — Conséquences de la transcription : 1° quant aux rapports pécuniaires créés entre les époux par leurs conventions matrimoniales;

(1) Nancy, 20 déc. 1873, D. 74, 2, 208.
(2) LAURENT, t. III, n° 214.
(3) DEMOLOMBE, t. IV, n° 415.

393. — 2° Quant à la dissolution même du mariage; elle se produit d'une manière fixe à la date de la transcription.
394. — Démonstration.

374. L'instance étant régularisée, les fins de non-recevoir, ou exceptions qui ont pu être proposées étant écartées ou jointes au fond, il y a lieu pour le tribunal de vérifier si les parties font la preuve des faits jugés pertinents par elles allégués. Nous avons déjà parlé incidemment (nos 289 et suiv.) des divers ordres de preuve; la loi devait s'occuper spécialement de la preuve testimoniale pour réformer la pratique antérieurement suivie :

ART. 245. Lorsqu'il y a lieu à enquête, elle est faite conformément aux dispositions des articles 252 et suivants du Code de procédure civile. — Les parents, à l'exception des descendants, et les domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins.

« Cette disposition, dit l'*Exposé des motifs,* opère une réforme considérable dans la procédure du divorce, et décharge les tribunaux d'une obligation qui, depuis la promulgation de la loi, a constitué une entrave à l'administration de la justice. Désormais les enquêtes auront lieu dans *la forme ordinaire.* C'est-à-dire que le tribunal entier n'assistera pas à l'enquête, celle-ci sera faite devant un seul magistrat. Sans doute, si le tribunal désire s'éclairer particulièrement, s'il veut apprécier par lui-même, la valeur de certaines dépositions, confronter les parties, il pourra ordonner telles mesures qu'il jugera nécessaires, notamment une comparution personnelle à l'audience; c'est le droit commun. Mais ce sont là des faits exceptionnels. En principe un juge-commissaire unique suffit pour mener à bien l'enquête. »

L'enquête et la contre-enquête ne peuvent porter que sur les faits articulés par la partie et admis comme pertinents par le tribunal. Le divorce ou la séparation ne pourraient donc être prononcés à raison de faits, même résultant des enquêtes, mais qui n'auraient pas été articulés par le demandeur, et à l'égard desquels, par conséquent, le défen-

deur n'aurait pas été appelé à faire la preuve contraire (1). Cependant une telle irrégularité ne pourrait être, pour la première fois, proposée devant la Cour de cassation (2).

Les faits dont il s'agit se passent le plus souvent dans l'intérieur de la famille, et ne peuvent avoir pour témoins que les parents ou domestiques. C'est pour ce motif que notre art. 245 § 2, reproduisant à peu près l'ancien art. 251, admet que les parents et les domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins. C'est une dérogation nécessaire à l'art. 283, C. pr. c., qui permet d'écarter comme témoins : « Les parents ou alliés de l'une des parties jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement... Les serviteurs et domestiques. »

375. Mais, cependant, la loi maintient formellement la prohibition à l'égard des *enfants* qui ne sauraient être appelés à venir déposer contre leur père ou contre leur mère, peut-être même contre tous les deux. La prohibition doit être étendue non seulement aux enfants nés d'un précédent mariage (3), mais encore aux enfants naturels reconnus, aux enfants adoptifs et à leurs descendants, et même à leurs conjoints.

Comme on ne peut pas faire indirectement ce que la loi défend de faire directement, on ne pourrait pas faire rapporter par des tiers, à qui les enfants en auraient fait la confidence, ce que ces derniers auraient pu voir ou entendre (4). Il n'y aurait pas à distinguer à cet égard entre les confidences spontanées faites par les enfants à des tiers, et les confi-

(1) *Contrà*, Paris, 20 janv. 1886, D. *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, n° 433, note 1.

(2) Cass. 6 fév. 1889, D. 90, 1, 270.

(3) Dijon, 27 mars 1879, D. 79, 2, 181 ; *contrà*, Besançon, 16 déc. 1872, D. 73, 2, 62.

(4) Trib. Blois, 26 mai 1886, *la Loi*, 8 avril 1887.

dences provoquées par des personnes étrangères; pas plus qu'entre les confidences faites depuis l'époque où la procédure a commencé, que les confidences ou récits remontant à une époque antérieure. Toutes ces confidences, en effet, peuvent encourir la suspicion d'avoir été faites ou provoquées en vue de servir les intérêts d'une partie dans le procès déjà engagé ou à engager. Il ne faut pas d'ailleurs qu'il existe un document judiciaire d'où il pourrait résulter que le père ou la mère a perdu son procès, à cause d'une confidence imprudente ou calculée faite par son enfant.

376. Tous les autres parents pourront être entendus, pourvu qu'ils ne se trouvent pas dans l'un des cas prévus par l'article 283, C. pr. c. Il faut en dire autant des alliés.

Il y a quelque difficulté sur le point de savoir si le conjoint divorcé pourra être entendu comme témoin. Rationnellement son témoignage est suspect. Légalement il semble exclu par l'art. 268, C. pr. c., auquel l'art. 245, C. C., ne déroge que pour les parents et les domestiques (1).

377. Les enquêtes ne sont pas le seul mode d'instruction auquel les juges pourront avoir recours. Quand des lettres sont produites à l'appui d'une demande et que la partie à qui on les oppose dénie l'écriture ou la signature à elle attribuées, il y aura lieu à vérification d'écritures. Toutefois il a été décidé que cette mesure devait être ajournée après les débats sur le fond, afin de pouvoir apprécier si elle était réellement nécessaire (2).

378. Quand l'instruction est terminée, et que la cause est prête à recevoir jugement, quand le tribunal estime que la demande est justifiée, rien ne devrait, ce semble, retarder la prononciation de la sentence. Cependant la loi, par excès de précaution, et dans l'espoir assez chimérique d'une récon-

(1) DALLOZ, *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, n^{os} 427 et 428.
(2) Riom, 1er fév. 1888, D. 90, 2, 158.

ciliation, donne aux juges la faculté d'imposer aux parties un délai ou temps d'épreuve :

ART. 246. Lorsque la demande en divorce a été formée pour toute autre cause que celle qui est prévue par l'article 232, le tribunal, encore que cette demande soit bien établie, peut ne pas prononcer immédiatement le divorce. — Dans ce cas, il maintient ou prescrit l'habitation séparée et les mesures provisoires pendant un délai qui ne peut excéder six mois. — Après le délai fixé par le tribunal, si les époux ne sont pas réconciliés, chacun d'eux peut faire citer l'autre à comparaître devant le tribunal dans le délai de la loi pour entendre prononcer le jugement de divorce.

« Il a paru, dit l'*Exposé des motifs*, qu'aucune chance de rapprochement, si faible qu'elle puisse être, ne devait être négligée, et on a maintenu le droit, pour le tribunal, d'ajourner sa décision. Toutefois, le temps d'épreuve, qui pouvait aller jusqu'à un an, ne pourra plus excéder six mois. Cette épreuve ne pourra être imposée aux parties dans toutes les causes de divorce; une exception est admise : lorsque le divorce est demandé parce que l'un des époux a été condamné à une peine afflictive ou infamante, tout délai serait inutile.....

« On pourrait se demander quelle est la portée de l'ajournement prononcé. A l'expiration du délai fixé, le tribunal peut-il reprendre l'examen de l'affaire au fond, ou doit-il, s'il en est requis, prononcer le divorce? Cette interprétation doit être adoptée. On n'a pas voulu donner aux juges le pouvoir de prolonger à leur gré la durée de l'instance; on a voulu que, le cas échéant, les parties pussent avoir le temps de réfléchir. Mais quand, l'épreuve terminée, elles persistent, le tribunal doit prononcer le divorce. Aussi l'ajournement ne peut-il pas être prononcé en tout état de cause; il ne pourrait l'être, par exemple, avant l'enquête. C'est seulement lorsque l'affaire est terminée, lorsque la preuve est faite, le droit au divorce établi, que le tribunal peut remettre à six mois sa décision. Au bout de ce temps, elle doit être nécessairement rendue immédiatement, si une des deux par-

ties le requiert. L'ajournement ne pourrait donc être prononcé plusieurs fois. En outre, cette faculté n'appartient qu'au juge de première instance et non au juge d'appel. »

Le délai imparti par le tribunal courra du jour même du jugement, si, l'instance étant contradictoire, le tribunal l'a ainsi ordonné, sinon du jour de la signification à partie, ce qui aura nécessairement lieu en cas de défaut du défendeur (1).

Si le tribunal n'a pas usé de la faculté que lui donne la loi et a rendu un jugement qui prononce immédiatement ou qui rejette le divorce, il entre dans l'esprit de la loi que la Cour, saisie de l'appel de ce jugement, puisse, comme aurait pu le faire le tribunal lui-même, imposer aux époux un temps d'épreuve. L'*Exposé des motifs* n'est pas en réalité contraire à cette solution, car il vise seulement le cas où le tribunal a ordonné le sursis.

Si le jugement prononçant le sursis a été rendu par défaut, il sera susceptible d'opposition. En outre, comme il juge le fond en obligeant le tribunal à prononcer le divorce à l'expiration du délai fixé, s'il n'y a pas eu réconciliation dans l'intervalle, il faut reconnaître qu'il est susceptible d'appel (2).

Quand le temps d'épreuve sera expiré sans qu'une réconciliation soit intervenue, le tribunal, sur la demande de l'une des parties, sera tenu de prononcer le divorce sans débats, et sans avoir à reprendre l'examen des faits sur lesquels était fondée la demande (3).

L'art. 246 ne s'applique pas à l'hypothèse d'une demande en conversion (4), ni à celle d'une demande en séparation de corps (art. 307).

(1) Liège, 3 mars 1887, D. 88, 2, 308.

(2) *Contrà*, CARPENTIER, *Loi 18 avril 1886*, n° 124.

(3) Amiens, 30 nov. 1887, S. 87, 2, 87; Trib. Péronne, 6 avril 1887, D. 90, 5, 162.

(4) Trib. civ. Die, 12 août 1886, *Gaz. Pal.*, 86, 2, 497.

379. Le défendeur à une action en divorce est libre, en cette matière comme en toute autre, de comparaître ou de ne pas comparaître sur l'ajournement qui lui est notifié. Mais lorsqu'il ne comparaît pas, et que la copie de l'assignation n'a pas été laissée à sa personne, il est permis de douter que la demande dirigée contre lui soit parvenue à sa connaissance ; en conséquence :

ART. 247. Lorsque l'assignation n'a pas été délivrée à la partie défenderesse en personne et que cette partie fait défaut, le tribunal peut, avant de prononcer le jugement sur le fond, ordonner l'insertion dans les journaux d'un avis destiné à faire connaître à cette partie la demande dont elle a été l'objet. — Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce par défaut est signifié par huissier commis. — Si cette signification n'a pas été faite à personne, le président ordonne, sur simple requête, la publication du jugement par extrait dans les journaux qu'il désigne. L'opposition est recevable dans le mois de la signification, si elle a été faite à personne, et, dans le cas contraire, dans les huit mois qui suivront le dernier acte de publicité.

L'*Exposé des motifs* sera encore le meilleur commentaire du texte :

« Il était nécessaire que les décisions de défaut fussent aussi rares que possible. Tel est le but du paragraphe 1er de l'art. 247. Il importait également qu'une exécution du jugement fut possible et que la menace d'une opposition n'en suspendit pas indéfiniment les effets. A cet effet, le deuxième paragraphe du même article distingue deux cas. Si le jugement peut être signifié à personne, le délai d'opposition ne sera que d'un mois : si la signification à personne n'a pu avoir lieu, l'exécution qui fera courir les délais d'opposition consistera en mesures de publicité. L'opposition ne sera recevable que dans les huit mois qui suivront les publications prescrites. Ce délai de huit mois a été choisi comme étant actuellement le délai le plus long fixé pour les ajournements par le Code de procédure. »

380. Quant aux délais d'opposition, voici ce que dit le rapport présenté au Sénat :

« On nous a fait à ce sujet l'observation suivante : quand la signification n'est pas faite à personne, on fixe à huit mois,

à partir du dernier acte de publicité, le délai d'opposition. On comprend, nous a-t-on dit, cette extension de délais quand les assignations ont été données au parquet, à défaut de domicile connu du défendeur. Mais suffira-t-il que le défendeur ne soit pas à son domicile réel, au moment où l'huissier se présentera, pour qu'il ait droit au délai de huit mois? Suffira-t-il que la signification n'ait pas été faite à sa personne, pour qu'il puisse profiter de l'extension des délais? Est-ce là ce qu'on a voulu? Ce délai de huit mois n'est-il pas excessif? — Nous répondons : l'art. 247 a pour objet d'éviter les difficultés, souvent insurmontables, de l'exécution du jugement par défaut. Par cet article le jugement acquiert l'autorité de la chose jugée dans les conditions et délais édictés. Assurément le délai de huit mois est long, mais il a été prescrit parce qu'il importe d'éviter toute erreur, et parce que quand il n'est pas établi que l'époux a été touché personnellement par la signification, on ne saurait trop prendre de précautions pour éviter une surprise. Si ce délai peut paraître excessif dans les cas ordinaires, il se justifie en matière de divorce; la copie du jugement remise à un domestique, à un concierge, peut être détournée et ne jamais parvenir au destinataire. Le demandeur n'est du reste pas enchaîné par le délai; il peut poursuivre l'exécution du jugement obtenu par un commandement, par une saisie, par la liquidation de ses reprises, etc., et amener ainsi le défendenr à faire opposition. »

Cette dernière observation, de laquelle il résulte que l'époux qui a obtenu le jugement n'est pas obligé d'attendre indéfiniment pour le ramener à exécution, démontre que l'art. 247 doit se combiner avec l'art. 156, C. pr. c., aux termes duquel tout jugement de défaut est considéré comme non avenu s'il n'a pas été exécuté dans les six mois de son obtention. L'époux au profit duquel le divorce a été prononcé par défaut peut fort bien poursuivre l'exécution du jugement par les voies ordinaires; il doit dans tous les cas

le faire signifier par huissier commis, et, si le jugement n'est pas signifié à personne, le faire publier. La publication du jugement, dans le cas où elle est requise, peut tenir lieu de l'exécution; mais si l'époux qui l'a obtenu laissait passer six mois sans procéder à aucun acte d'exécution ni de publication, et sans que le jugement soit signifié à la personne du défendeur, l'art. 156, C. pr. c., se trouverait applicable, et la péremption qu'il édicte pourrait être opposée (1).

L'art. 247 ne concerne que les jugements ou arrêts prononçant le divorce par défaut contre partie, il n'est pas applicable en matière de séparation de corps qui reste soumise au droit commun. Tous les jugements par défaut rendus en matière de divorce sont désormais susceptibles d'opposition; c'est ce qui résulte de l'art. 247, § 3, qui ne doit pas être entendu comme s'appliquant uniquement aux jugements qui prononcent ou rejettent le divorce.

Le délai de l'opposition n'est pas toujours le même :

Si la signification du jugement a été faite à personne, le délai est d'un mois à compter de cette signification;

Si la signification n'a pas été faite à la personne même, l'opposition est recevable pendant les huit mois qui suivent le dernier acte de publicité ordonné par le tribunal.

381. Tous les jugements intervenus dans une instance en divorce sont désormais susceptibles d'appel. Les controverses qui s'étaient élevées au sujet des jugements interlocutoires sont tranchées par le nouveau texte :

ART. 248. L'appel est recevable pour les jugements contradictoires dans les délais fixés par les articles 443 et suiv. du Code de procédure civile. — S'il s'agit d'un jugement par défaut, le délai ne commence à courir qu'à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable. — En cas d'appel, la cause s'instruit à l'audience ordinaire et comme affaire urgente. — Les demandes reconventionnelles peuvent se produire en appel, sans être considérées comme demandes nouvelles.

(1) Voy. DALLOZ, *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, n° 392; *contrà*, CARPENTIER, *Loi 18 avril 1886*, n° 100.

Il faudra donc appliquer le droit commun en matière d'appel. Le délai sera donc un délai franc de deux mois, il sera lui-même suspensif de l'exécution du jugement, au moins en ce qui concerne la transcription de ce jugement sur les registres de l'état civil (arg. art. 252, 1°).

La déclaration du troisième paragraphe portant que la cause sera instruite à l'audience *et comme affaire urgente*, n'a pas de signification particulière; elle veut dire simplement que la cause étant urgente sera portée à l'audience ordinaire, qui se tient normalement et régulièrement, et non à une audience solennelle que le service de la Cour ne permet pas toujours d'indiquer pour un jour suffisamment rapproché.

La Cour d'appel peut recourir aux moyens ordinaires d'instruction, mais sans s'écarter des règles spéciales qui leur sont applicables. Ainsi la Cour qui, pendant son délibéré, ordonnerait à titre officieux, la comparution personnelle des époux dans la chambre du conseil, se livrerait à une mesure d'instruction irrégulière. Cependant cette irrégularité ne serait pas de nature à entraîner la cassation de l'arrêt, si la décision était rendue par adoption pure et simple des motifs des premiers juges, et par suite si rien n'indiquait que la comparution des parties eût fourni au procès quelque élément nouveau dont la Cour eût fait état (1).

382. La règle générale posée par l'art. 464, C. pr. c., qu'il ne peut être formé en appel aucune demande nouvelle, conserve toujours son empire, sauf qu'il est expliqué que les demandes reconventionnelles dont il a été parlé, c'est-à-dire les demandes en divorce ou en séparation de corps formées reconventionnellement à une demande en divorce ne sont pas considérées comme des demandes nouvelles.

Mais faut-il considérer comme telles, les articulations pré-

(1) Cass. 30 juin 1875, D. 76, 1, 442.

sentées pour la première fois en appel, de faits antérieurs ou postérieurs à l'introduction de l'instance?

La Cour de cassation a admis que l'époux demandeur peut invoquer à l'appui de sa demande des faits postérieurs au jugement frappé d'appel qui a ordonné la preuve des faits articulés en première instance (1). On trouve encore d'autres décisions portant que le demandeur dont l'action a été repoussée, peut invoquer en appel, comme moyens nouveaux, des faits postérieurs au jugement qui a rejeté sa demande (2). En ce qui touche au contraire les faits antérieurs à la demande, il a été jugé que leur articulation devant la Cour constituait une demande nouvelle, et que la circonstance que le demandeur n'aurait eu connaissance de ces faits que postérieurement au jugement, ne saurait être assimilée à la découverte d'un moyen nouveau (3).

En ce qui nous concerne, nous pensons qu'il convient de trancher la difficulté en adoptant une règle absolue, sans avoir à rechercher si les faits articulés pour la première fois en appel sont antérieurs à l'introduction de l'instance ou postérieurs au jugement.

Il y a une certaine affinité entre la difficulté que nous examinons, et la question de savoir sur quoi porte la chose jugée dans les décisions rendues en matière de divorce ou de séparation. Nous avons reconnu ci-dessus (n° 371) qu'il ne peut y avoir chose jugée quant à des faits qui n'ont pas été articulés dans une première demande, et qu'on voudrait produire dans une seconde, attendu que, dans notre matière, la cause de la demande réside dans les griefs eux-mêmes qui ont été articulés. Par conséquent, une articulation nouvelle produite en appel aurait pour résultat de déplacer en

(1) 30 avril 1865, D. 65, 1, 386.

(2) Poitiers, 1er avril 1867, D. 68, 2, 204; Paris, 2 nov. 1885, *Droit*, 10 nov. 1886.

(3) 18 nov. 1886, D. *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, n° 496, note 1.

quelque sorte l'assiette de la chose jugée en modifiant la cause de la demande. Il s'agit donc, dans tous les cas, d'une demande nouvelle, nouvelle quant à la cause juridique qui lui sert de base, sinon quant au résultat final qu'elle doit procurer (1).

383. L'exploit d'appel est soumis quant à sa forme aux règles du droit commun; nous devons seulement rappeler que lorsqu'il est dirigé contre la femme, il doit être notifié à peine de nullité au lieu où cette dernière a été autorisée à établir sa résidence, et non au domicile conjugal, quoique, légalement, la femme ait encore le même domicile que le mari (2) (ci-dessus, n° 348). Il serait nul s'il indiquait à l'intimé, pour sa comparution, un délai d'une durée inférieure au délai légal (3).

L'arrêt est rendu, en la forme ordinaire et il a été reconnu que le droit d'évocation appartient à la Cour en matière de divorce comme en toute autre matière, seulement les circonstances qui permettront à la Cour d'exercer une pareille faculté se présenteront rarement. Dans une espèce jugée par la Cour de Liège, le tribunal avait prononcé le divorce, bien que le délai d'épreuve qui avait été prescrit ne fût pas encore écoulé. La Cour d'appel réforma cette décision, mais en même temps elle évoqua la cause, et prononça elle-même le divorce en se fondant sur ce que le délai de sursis était expiré pendant l'instance d'appel (4).

L'arrêt par défaut contre partie, prononçant le divorce, ou confirmant le jugement qui l'a prononcé, doit être signifié par huissier commis. Si la signification n'est pas faite à personne, il y a lieu de procéder à la publication prescrite par l'art. 247 (5).

(1) *Contrà*, Paris, 22 juillet 1886, *Droit*, 31 juillet 1886.
(2) Chambéry, 19 juillet 1887, S. 90, 2, 217.
(3) *Ibid.*
(4) 3 mars 1887, D. 88, 2, 308.
(5) La loi du 28 avril 1816 (art. 49, n° 2) soumet au droit fixe de

384. Le recours en cassation est encore ouvert aux parties intéressées :

ART. 248, § 5 et 6. Le délai pour se pourvoir en cassation court du jour de la signification à partie, pour les arrêts contradictoires; et, pour les arrêts par défaut, du jour où l'opposition n'est plus recevable. — Le pourvoi est suspensif.

« Cet article, dit l'*Exposé des motifs*, consacre pour les délais de recours les règles du droit commun. Il maintient, en matière de pourvoi en cassation, la disposition nécessaire *en cette matière* d'après laquelle le pourvoi est suspensif. »

L'*Exposé des motifs* s'exprime donc d'une manière aussi générale que le texte : Le pourvoi est suspensif *en cette matière*.

Cette généralité d'expression reproduite de l'ancien art. 263, exerce sur la jurisprudence une influence fâcheuse. On comprend que le pourvoi soit suspensif quand il est dirigé contre un arrêt prononçant le divorce. Il ne faut pas en effet que les époux divorcés aient la possibilité de contracter un nouveau mariage en vertu d'un arrêt encore susceptible d'être annulé. Mais la même raison n'existe pas quand le pourvoi est dirigé contre un arrêt qui a rejeté la demande en divorce. Il a été jugé cependant que, même dans cette hypothèse, le pourvoi était suspensif (1).

On comprend mieux que l'effet suspensif du pourvoi soit étendu aux jugements interlocutoires d'enquête; car s'il n'en était pas ainsi, il pourrait arriver que le divorce fût prononcé par un jugement définitif appelé à tomber avec l'annulation ultérieure de la décision interlocutoire. C'est pour ce motif

100 francs l'arrêt qui prononce définitivement sur la demande en divorce, soit qu'il l'admette, soit qu'il la rejette. Ce droit porté à 150 francs par l'article 4 de la loi du 25 fév. 1872, s'élève actuellement avec les décimes à 187 fr. 50; il est perçu lors de l'enregistrement de l'arrêt.

(1) Besançon, 1er juin 1885, D. 86, 2, 64; Lyon, 30 déc. 1886, *Gaz. Pal.*, 1er mars 1887; Trib. Seine, 27 mai 1887, *Droit*, 22 juin 1887.

que la Cour de Dijon a admis l'effet suspensif du pourvoi formé contre un arrêt ayant ordonné une enquête au cours d'une procédure de divorce (1). Mais cet arrêt pose, comme un principe général, que l'effet suspensif du pourvoi, en matière de divorce, s'applique, sans distinction, à tous les arrêts définitifs rendus au cours de la procédure. La Cour de Besançon (2) l'a même étendu à la disposition de l'arrêt qui statue sur la garde des enfants. Cela est véritablement inadmissible. On ne saurait appliquer, en effet, une pareille règle aux décisions qui n'ordonnent que des mesures provisoires. Et cependant comment éviter l'absurdité d'un tel résultat si on reconnaît à la disposition finale de l'art. 248 une portée générale? Cela nous conduit à remarquer que l'art. 248 n'est général qu'en apparence, qu'il doit s'interpréter d'après l'art. 247 qui précède, lequel ne s'occupe que de l'arrêt qui prononce le divorce, et qu'enfin l'art. 248, § 6, constituant une dérogation au droit commun, doit être interprété de la manière la plus étroite (3).

L'effet suspensif semble logiquement devoir être attaché non seulement au pourvoi déjà formé, mais encore au délai du pourvoi. Le Sénat avait même adopté, en première délibération, un texte ainsi conçu : « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce ne peut être exécuté qu'autant que, par l'expiration intégrale des délais légaux, il n'est plus susceptible d'aucune voie de recours de la part des parties. » Cette rédaction a été abandonnée uniquement parce qu'on se proposait d'exprimer la même pensée plus clairement (4).

Nous n'avons pas besoin d'ajouter que tout ce qui concerne l'effet suspensif du pourvoi ne concerne pas la séparation de corps.

(1) Dijon, 30 déc. 1886, S. 87, 2, 154, D. 88, 2, 87.
(2) Arrêt précité du 1er juin 1885.
(3) Voy. DALLOZ, *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, n° 510.
(4) Séance du 22 déc. 1885; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 713.

Devant la Cour de cassation le demandeur sera irrecevable à se prévaloir des prétendues irrégularités de la procédure contre lesquelles il n'aurait formulé aucune réclamation ni devant le tribunal, ni devant la Cour d'appel (1).

385. Le projet du gouvernement contenait une disposition ainsi conçue : « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce..... ne peut être attaqué par la voie de la requête civile. »

Mais la majorité de la commission du Sénat ne crut pas devoir l'accepter, et l'avis de la commission prévalut (Séance du 22 décembre 1885). Lorsque le projet fut transmis à la Chambre, le gouvernement proposa de nouveau la suppression de la requête civile; mais le texte adopté par le Sénat ne subit aucune modification. La requête civile continue donc d'être admissible, conformément à l'art. 480, C. pr. c.

Par conséquent, un divorce qui paraissait être devenu définitif par la transcription sur les registres de l'état civil de la décision judiciaire qui le prononce, pourra être déclaré non avenu à la suite d'une requête civile sur laquelle cette décision sera rétractée. Ainsi qu'on le fait observer, cela est particulièrement grave au cas où l'une des parties aurait contracté un nouveau mariage (2), surtout si le second mariage est rendu plus intéressant par la survenance d'enfants. La considération que ces enfants seront, la plupart du temps, traités comme nés d'un mariage putatif, est insuffisante pour justifier la mesure adoptée.

386. Les parties peuvent renoncer aux diverses voies de recours qui leur sont ouvertes, en laissant expirer, sans en user, les délais fixés par la loi. Pourraient-elles faire directement ce que la loi leur permet de faire indirectement?

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

(1) Cass. 25 juin 1889, S. 90, 1, 71.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 714.

On prétend justifier cette solution en la présentant comme une conséquence du principe que le divorce par consentement mutuel n'est pas admis. Mais l'acquiescement n'empêcherait pas le divorce d'être toujours l'œuvre de la justice.

Quoi qu'il en soit, il résulte de l'art. 249 qu'aucun acquiescement ne pourra priver le défendeur des voies de recours qu'il pourrait avoir contre le jugement, ni autoriser l'officier de l'état civil à opérer sur ses registres, avant l'expiration des délais impartis pour les exercer, la transcription qui doit rendre le divorce définitif.

L'acquiescement tacite ou implicite ne pourrait avoir plus d'effet qu'un acquiescement formel et exprès (1). En conséquence le conjoint qui comparaît volontairement devant le notaire chargé de la liquidation de la communauté, et qui déclare n'avoir aucune réclamation à élever, ne se rend pas irrecevable à interjeter ultérieurement appel du jugement qui a prononcé le divorce (2).

387. Mais la partie qui a formé opposition ou appel, ne pourrait-elle pas du moins se désister de cette opposition ou de cet appel? Le désistement formel ne portant que sur la procédure, alors que l'acquiescement porte sur le fond du droit, il semble logique d'admettre l'efficacité du désistement, car on ne saurait en définitive forcer une partie à plaider (3). Cependant la renonciation à plaider résultant de ce que l'appelant ne se présente pas pour soutenir sa demande, a été assimilé à un acquiescement, et la Cour de cassation a décidé que le juge saisi d'un appel régulièrement formé avait le droit et le devoir d'examiner le mérite de la décision frappée d'appel, que les règles du défaut congé ne sont pas applicables en cette matière, et que les juges du second degré, tout

(1) Caen, 9 fév. 1889, S. 90, 2, 217.
(2) *Contrà*, Chambéry, 19 juillet 1887, S. 90, 2, 217.
(3) DALLOZ, *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, n° 477 et les autorités citées.

en donnant défaut contre l'appelant, ont le droit de réformer le jugement de première instance (1).

388. Nous supposons maintenant que la décision définitive prononçant le divorce a été rendue. Était-il convenable d'édicter à son égard certaines mesures de publicité dans l'intérêt des tiers?

L'utilité de ces mesures a été énergiquement contestée devant le Sénat. De deux choses l'une, disait-on, ou le divorce remontera au jour de la demande, et alors ce qu'il faudrait publier pour protéger les tiers, ce serait la demande et non le jugement : ou il ne remontera pas au contraire à ce jour-là, et comme il ne date alors que de la transcription, ce n'est pas encore le jugement, c'est la transcription qu'il faudrait rendre publique (2).

Mais ces observations n'ont pas été accueillies :

ART. 250. Extrait du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce est inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce que dans les chambres des avoués et des notaires. — Pareil extrait est inséré dans l'un des journaux qui se publient dans le lieu où siége le tribunal, ou, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux publiés dans le département.

L'art. 66, C. com., qui prescrit des mesures analogues lorsque le divorce est prononcé entre deux époux dont l'un est commerçant, doit être considéré comme faisant double emploi avec le nouvel art. 250, en ce qui touche les mesures ordinaires de publicité; mais il doit être observé en tant qu'il ordonne que le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce soit lu publiquement, l'audience tenante, au tribunal de commerce du domicile de l'époux commerçant.

Si les mesures de publicité prescrites n'ont pas été observées, il faudra par analogie et vu le silence des textes, appliquer l'art. 66, C. com. En conséquence, le jugement de divorce ne sera pas opposable aux tiers. Mais on ne pourrait,

(1) Cass. 23 oct. 1889, D. 90, 1, 397.
(2) Séance du 22 déc. 1885.

par argument *a contrario* tiré de l'art. 873, C. pr. c., admettre la tierce-opposition des créanciers qui n'est reçue qu'en matière de séparation de biens.

389. Les expressions contenues dans les textes, desquelles il résulte que le divorce *est prononcé* par la justice, ne doivent pas être prises à la lettre. Les jugements et arrêts prononcent qu'il y a lieu à divorce, mais en réalité ne prononcent pas le divorce lui-même, c'est-à-dire la rupture du lien conjugal. Le divorce ne résultera effectivement que d'une formalité subséquente. Quelle devra être cette formalité?

« D'après les anciennes dispositions du Code, dit l'*Exposé des motifs*, le divorce ne résulte pas de la décision judiciaire qui l'accorde. Il faut encore qu'il y ait prononciation solennelle du divorce par l'officier de l'état civil. Non seulement cette formalité est essentielle, mais elle doit avoir lieu dans un certain délai, sous peine de déchéance du bénéfice de la décision obtenue. A ce système qui a l'inconvénient d'obliger les parties à une comparution personnelle en présence de témoins, devant l'officier de l'état civil, le projet substitue une disposition qui exige seulement la transcription du jugement sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré, et la mention en marge de l'acte de mariage.

« *La nature de la formalité exigée est seule modifiée; les effets de la formalité subsistent.* Si la transcription du divorce n'a pas eu lieu dans le délai voulu, à la requête de l'une ou de l'autre des parties, le divorce est tenu pour nul et non avenu.

« Il est indispensable que les registres de l'état civil qui constatent le mariage constatent aussi le divorce. Les tiers n'ont aucun autre moyen de se renseigner sur la situation des parties. La transcription doit donc être exigée. Aux époux seuls peut être laissé le soin de requérir cette transcription, et, d'autre part, on ne peut laisser ce droit ouvert pendant un temps indéterminé. Bien que la déchéance prononcée

paraisse rigoureuse, on a reconnu qu'elle était inévitable; les époux ne doivent pas reprendre la vie commune, et la faire cesser, à leur gré, en opérant inopinément une transcription retardée dans ce but : une union ainsi prolongée aurait le caractère d'un mariage avec faculté de répudiation arbitraire : aussi fallait-il exiger la transcription du divorce, et l'exiger dans un certain délai. Si cette transcription n'a pas eu lieu, il y a une présomption légale qu'une réconciliation s'est opérée. Le dispositif du jugement sera seul transcrit. »

On voit donc quel est l'esprit de la loi nouvelle :

ART. 251. Le dispositif du jugement ou de l'arrêt est transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré. — Mention est faite de ce jugement ou arrêt en marge de l'acte de mariage, conformément à l'article 49 du Code civil. Si le mariage a été célébré à l'étranger, la transcription est faite sur les registres de l'état civil du lieu où les époux avaient leur dernier domicile, et mention est faite en marge de l'acte de mariage, s'il a été transcrit en France.

390. Si au moment de l'introduction de la demande, les époux mariés à l'étranger étaient déjà séparés de corps, et avaient des domiciles différents, il est conforme à l'esprit de la loi d'opérer la transcription sur les registres de l'état civil du domicile de chacun des époux. L'accomplissement des formalités ci-dessus prescrites est réglé de la manière suivante :

ART. 252. La transcription est faite à la diligence de la partie qui a obtenu le divorce; à cet effet, la décision est signifiée, dans un délai de deux mois, à partir du jour où elle est devenue définitive, à l'officier de l'état civil compétent, pour être transcrite sur les registres. A cette signification doivent être joints les certificats énoncés en l'article 548 du Code de procédure civile, et, en outre, s'il y a eu arrêt, un certificat de non pourvoi. — Cette transcription est faite par les soins de l'officier de l'état civil, le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés, sous les peines édictées par l'article 50 du Code civil. — A défaut, par la partie qui a obtenu le divorce, de faire la signification dans le premier mois, l'autre partie a le droit, concurremment avec elle, de faire cette signification dans le mois suivant. — A défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non avenu. — Le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande.

Le délai de deux mois dans lequel la transcription doit être requise, court à partir du jour où la décision à transcrire est devenue définitive d'après les règles du droit commun : ce délai commence donc à courir, s'il s'agit d'un jugement, après l'expiration du délai d'appel; s'il s'agit d'un arrêt, après l'expiration du recours en cassation. S'il y a eu pourvoi, le délai court soit du jour du désistement, soit du jour où le demandeur a encouru la forclusion faute d'avoir signifié l'arrêt d'admission ; soit, en cas de cassation, du jour où l'arrêt de la Cour de renvoi est devenu définitif.

Les diligences qui doivent être faites pour arriver à la transcription, consistent dans la signification faite à l'officier de l'état civil compétent du document qui doit être transcrit, c'est-à-dire du dispositif de la décision prononçant le divorce.

Les parties, ou leurs mandataires spéciaux, ont seules le droit de requérir la transcription. Le mandat *ad litem* donné à un avoué pour suivre une instance en divorce, ne comprend pas de plein droit le mandat de requérir la transcription du jugement ou de l'arrêt obtenu. L'avoué devrait être nanti d'un pouvoir spécial; sinon la transcription opérée sur ses réquisitions serait nulle (1).

C'est d'abord la partie qui a obtenu le divorce qui a seule qualité pour requérir la transcription dans le premier mois du délai. Mais lorsqu'après la séparation de corps prononcée contre un époux, celui-ci demande la conversion de la séparation en divorce, si le tribunal tout en admettant la conversion maintient au défendeur à la conversion sa pension alimentaire et la garde des enfants, c'est ce dernier qui doit être considéré comme ayant obtenu le divorce (2).

Comme les jugements doivent profiter à toutes les parties,

(1) Nancy, 14 janv. 1887, S. 87, 2, 53.
(2) Arrêt de Nancy précité; Cass. 4 févr. 1889, S. 89, 1, 228.

si celui qui a triomphé ne fait pas la signification nécessaire pendant le premier mois, son conjoint a, concurremment avec lui, le droit de faire cette signification dans le second mois.

Il faut remarquer que, d'après le texte de l'art. 252, § 4, c'est le défaut de réquisition dans le délai de deux mois, et non pas le défaut de transcription qui fait perdre aux époux le bénéfice du jugement de divorce. Par conséquent si la réquisition a été faite en temps utile, le défaut de transcription dû à la négligence de l'officier de l'état civil n'entraîne pas la nullité du divorce (1).

L'officier de l'état civil doit opérer la transcription le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés, sous les peines édictées par l'art. 50 du Code civil.

391. S'il n'y a pas eu transcription par la faute des parties qui n'ont pas fait la réquisition en temps utile, le divorce est considéré comme nul et non avenu. La nullité pourra être invoquée non seulement par l'un ou l'autre époux, mais encore par toute personne intéressée.

La déchéance résultant du défaut de transcription est rigoureuse, mais nécessaire. Si cette déchéance du divorce n'existait pas, l'union qui se trouverait ainsi prolongée, prendrait suivant une expression déjà citée de l'*Exposé des motifs*, le caractère d'un *mariage avec faculté de répudiation arbitraire*. Telle est la principale cause de la déchéance édictée par la loi, et non pas seulement une présomption de renonciation ou de réconciliation. Or, il est arrivé quelquefois que les juges n'ont tenu compte que de cette dernière considération qui cependant est à peu près sans valeur. C'est ce qui explique certaines décisions ayant admis que la déchéance prononcée par la loi ne devait pas être encourue quand il est établi que le défaut de transcription doit être

(1) Riom, 7 août 1889, sous Cass. 5 août 1890, D. 91, 1, 277.

attribué soit à la force majeure, soit à des circonstances n'impliquant ni la réconciliation des époux, ni leur intention de renoncer au bénéfice du jugement de divorce (1).

On peut, à la rigueur, admettre l'exception dans un cas de force majeure bien caractérisé; mais il n'est pas possible de l'admettre sous le seul prétexte que les faits démontrent qu'il n'y a eu ni réconciliation, ni renonciation. Ainsi, dans l'une des espèces jugées, la partie avait laissé écouler le délai légal, parce que elle s'était adressée par erreur à une mairie autre que celle où le mariage avait été reçu! Il est certain qu'avec une pareille tolérance, et un point de vue aussi erroné, la disposition que nous examinons serait bientôt comme n'existant pas.

392. Si la transcription a été faite dans le délai voulu, le jugement, d'après la disposition finale de l'art. 252, remonte, *quant à ses effets entre époux*, au jour de la demande.

Donc, il n'en est pas ainsi à l'égard des tiers.

De plus, même quant à ses effets entre époux, la rétroactivité dont il s'agit ne concerne que les rapports pécuniaires créés entre eux par leurs conventions matrimoniales. « Elle a pour but, disait le rapporteur de la commission du Sénat, d'enlever aux époux la faculté de modifier, en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté, en avançant ou retardant, suivant certaines combinaisons, le moment où la décision des juges sera définitive. » C'est la rétroactivité admise depuis longtemps, quant aux effets de la séparation de corps (2).

La communauté sera donc rétroactivement dissoute à partir du jour de la demande. A partir de ce moment, le mari n'aura perçu, en fait, les fruits et revenus des biens de la

(1) Paris, 30 mai 1888; Trib. Seine, 8 mars 1887; 7 mai 1888, S. 88, 2, 192; D. 90, 2, 17.

(2) Cass. 18 juin 1877, S. 77, 1, 406.

femme qu'à la charge d'en rendre compte. D'un autre côté, la communauté, à partir de cette date, n'a plus à supporter les charges du mariage, et par conséquent la pension alimentaire accordée à la femme durant l'instance en divorce, et acquittée par le mari, sera sujette à répétition, ou considérée comme une simple avance, imputable sur ce qui reviendra à la femme, d'après la liquidation à intervenir (1).

393. Mais le divorce lui-même, à partir de quel moment sera-t-il acquis? En d'autres termes, à quel moment précis faut-il placer la dissolution du mariage; est-ce à la date du jugement prononçant le divorce, ou à la date de sa transcription?

La discussion du deuxième paragraphe de l'art. 252 démontre avec clarté et précision la véritable pensée de la loi. Dans le projet du gouvernement, l'officier public avait un délai de huit jours, à compter de la réquisition qui lui était faite, pour opérer la transcription du jugement de divorce sur les registres. Cette disposition fut combattue, dans le sein de la commission sénatoriale, par une minorité favorable au maintien de la formalité du Code civil; le rapporteur partageait cet avis, et il s'en est expliqué, soit dans son rapport, soit à la séance publique. Ses critiques nous éclairent sur la portée que la commission reconnaissait à la transcription au point de vue de la dissolution du mariage :

« N'y aura-t-il pas, disait le rapport, pour la constatation des droits qui résultent de la dissolution du mariage, des inconvénients à ce que l'instant précis de cette dissolution ne soit pas déterminé d'une façon incontestable? à ce que cette dissolution résulte de l'accomplissement d'une formalité confiée à l'arbitraire d'un officier d'état civil parfois peu vigilant ou peu éclairé? Le projet laisse, en effet, à l'officier d'état civil un délai de huitaine pour faire la transcription, c'est-à-

(1) Cass. 7 janv. 1890, D. 91, 256.

dire pour déterminer à son choix, sans aucun contrôle, et en l'absence de la partie intéressée, le moment où le mariage aura pris fin. »

C'est en conséquence de ces observations renouvelées avec insistance dans la séance du 12 décembre 1885, que la disposition a été modifiée. Il a été décidé que la transcription aurait lieu à une date fixe, le cinquième jour de la réquisition. Cela démontre que le Sénat est entré dans les vues du rapporteur; qu'il a pensé également que la date de la transcription déterminait celle de la dissolution du mariage; et telle est la raison pour laquelle il a voulu que le jour de la transcription ne fût pas fixé arbitrairement par l'officier de l'état civil (1).

394. Du reste, toutes les dispositions de la loi sont rédigées dans le sens de cette solution :

Si le mariage était dissous à partir du jugement lui-même, il aurait fallu décider que le décès survenu après le jugement n'empêcherait pas le divorce d'avoir existé et produit son effet; or l'art. 244, § 3, dispose que l'action en divorce s'éteint par le décès survenu avant la transcription.

Par conséquent, celui qui décède après avoir obtenu un jugement de divorce, mais avant la transcription de ce jugement, a encore au moment de son décès la qualité d'individu marié; si donc il a été qualifié, dans l'acte de décès, d'époux divorcé, cet acte doit être rectifié (2).

Si le mariage était dissous à partir du jugement même qui a prononcé le divorce, le délai après lequel la femme divorcée pourra se remarier devrait partir du jour du jugement lui-même. Or, l'art. 296 déclare que ce délai part du jour où le divorce est devenu définitif, c'est-à-dire du jour de la transcription (3).

(1) Voy. *Revue critique* (*Exam. doctr.*), 1890, p. 453.
(2) Grenoble, 10 sept. 1887, S. 87, 2, 20.
(3) *Contrà*, Trib. Versailles, 14 août 1889, S. 90, 2, 95.

La Cour de Limoges a cependant admis que, par la transcription, le mariage se trouve dissous, à partir du jugement ou arrêt qui a prononcé le divorce. Elle a jugé en conséquence que, lorsque des poursuites pour un fait d'adultère commis après la prononciation du jugement de divorce ont été engagées avant l'expiration du délai imparti pour la transcription, il y a lieu de surseoir sur les poursuites jusqu'à ce que ce délai soit expiré (1). Mais l'étrangeté de la conséquence était bien faite pour mettre en relief la fausseté de la règle posée : comment le même fait pourra-t-il constituer ou ne pas constituer un adultère, suivant qu'une transcription sera ou ne sera pas accomplie?

Le mariage ne peut être contracté ni dissous conditionnellement. Il ne peut pas exister un trait de temps pendant lequel il serait impossible de savoir si les époux sont ou ne sont pas mariés. C'est ce que fait justement ressortir un jugement du tribunal de la Seine : « Toutes les voies de recours, dit le tribunal, étant ouvertes contre un jugement de divorce, et le pourvoi en cassation étant suspensif, le jugement de première instance et la transcription peuvent être séparés par un intervalle de temps fort long; avec la rétroactivité, si, durant cette période, la femme s'engage avec des tiers sans autorisation, il dépendra des époux de faire valider ou invalider cet engagement en requérant ou en s'abstenant de requérir la transcription du jugement définitif; — Si les époux manquent à la foi conjugale, on devra attendre la transcription pour décider si leur conduite est ou non délictueuse; la même incertitude planera sur la condition des enfants qui seraient conçus dans cette période (2). »

Enfin, d'après l'art. 1463, la femme divorcée qui n'a point, dans les trois mois et quarante jours après le divorce *définí-*

(1) Limoges, 26 nov. 1887, S. 89, 2, 129.
(2) Trib. Seine, 29 nov. 1888, *Droit*, 1er janv. 1889.

tivement prononcé, accepté la communauté, est censée y avoir renoncé..... Dans l'opinion que nous repoussons, il faudrait logiquement admettre que le délai de trois mois et quarante jours court à partir du jugement qui a prononcé le divorce comme aussi ce serait à partir de ce jour que devrait commencer à courir l'année dans laquelle la femme doit prendre inscription pour conserver le rang de son hypothèque légale, en vertu de la loi du 23 mars 1855, art. 8, qui doit naturellement être étendu à la femme divorcée. Dans notre système au contraire, c'est toujours uniformément à partir de la date de la transcription que ces délais devront courir.

CHAPITRE III.

DES EFFETS DU DIVORCE.

§ 1er. — Effet du divorce quant aux époux.

395. — La femme divorcée peut-elle continuer à porter le nom du mari ?
396. — Les ci-devant conjoints peuvent se remarier, même entre eux, restriction résultant de l'art. 295, § 1.
397. — Condition imposée aux époux divorcés voulant se réunir, art. 295, § 2; art. 295, § 3.
398. — Délai imposé à la femme divorcée pour contracter un nouveau mariage, art. 296.
399. — Il n'en résulte qu'un empêchement prohibitif.
400. — Empêchement au mariage que l'époux adultère voudrait contracter avec son complice, art. 298.
401. — D'où peut dériver la qualité de complice?
402. — Du droit de former opposition au mariage dans le cas précédent.

395. L'effet immédiat du divorce, c'est la dissolution de la société conjugale; le mariage n'existe plus, et par conséquent les devoirs et obligations qui en dérivaient cessent pour l'avenir entre les ci-devant conjoints, sauf la persistance, dans une certaine mesure, du devoir d'assistance.

Durant le mariage, le nom du mari était en quelque sorte la raison sociale de la société conjugale. C'est pour ce motif que l'usage a autorisé la femme mariée à porter le nom de son mari. Mais légalement elle ne possède que le sien, et quand le mariage est dissous par le divorce, elle n'a plus aucune qualité qui lui permette de conserver le nom du mari (1). Ne pourrait-elle pas, cependant, être autorisée dans certains cas à porter un nom qui est, en définitive, celui de

(1) Nîmes, 8 août 1887, S. 88, 2, 20; Voy. Trib. Lyon, 4 mars 1886, S. 86, 2, 119; Dijon, 27 juillet 1887, S. 88, 2, 17.

ses enfants, et auquel elle a peut-être contribué à donner une plus grande notoriété ? La question fut agitée lors de la discussion de la loi de 1884 (1). Un amendement fut proposé portant que la femme divorcée ne pourrait, à dater de la prononciation du divorce, porter le nom de son ancien mari. Mais on préféra laisser aux tribunaux le soin de résoudre les difficultés qui pourraient s'élever.

En s'abstenant ainsi de trancher la question de savoir si la femme divorcée perd nécessairement la faculté de porter le nom de son ancien mari, le législateur s'en est remis à la prudence des tribunaux qui auront à apprécier s'il y a lieu de faire défense à cette dernière de continuer à porter ce nom (2).

Le 28 janvier 1887, le Sénat a adopté un projet de loi non encore voté par la Chambre, qui contient un paragraphe ainsi conçu : « Par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom. » — Il eût été mieux de dire *reprend ou conserve...* Si cette disposition devient définitive, il n'en résultera pas nécessairement que la femme divorcée ne pourra plus porter le nom de son ancien mari (V. *infrà*, n° 474).

Il peut arriver en effet, qu'une femme mariée, qui, pour se conformer à un usage constant, a porté le nom de son mari, se soit illustrée sous ce nom comme écrivain, comme artiste, etc. Elle ne doit pas être victime d'un usage qui l'a empêchée de s'illustrer sous son nom de famille ; elle est devenue, dans une certaine mesure, propriétaire du nom qu'elle a rendu célèbre, et elle doit continuer à pouvoir signer de ce nom les productions de son génie, et à pouvoir, sous ce même nom, paraître en public comme artiste (3).

(1) Chambre : Séance des 15 et 17 juin 1882.

(2) Cass. 6 fév. 1889, D. 90, 1, 270 ; (résol. par la Cour d'appel), Alger, 20 déc. 1886, S. 87, 2, 148.

(3) Trib. Toulouse, 18 mai 1886, S. 86, 2, 119 ; *Gaz. Trib.*, 24 et 25 mai 1886.

Mais dans les transactions ordinaires de la vie, elle ne pourra faire usage que de son nom de famille, suivi si elle le veut, de la qualification vulgaire : *épouse divorcée du sieur N...*

La même solution devra être adoptée pour le nom commercial. Une femme mariée peut en effet avoir créé, sous le nom qu'elle portait, qui est celui de son mari, un établissement de commerce, qui ne soit connu que sous ce nom au moment où le divorce est prononcé ; la femme a le droit de conserver l'usage de ce nom dans tous ses rapports commerciaux.

396. Le divorce brisant le mariage rend aux ci-devant conjoints la liberté de contracter un autre mariage et aucun d'eux n'a le droit de critiquer le mariage de l'autre, ni d'y former opposition, ni d'en demander la nullité, sous prétexte par exemple qu'il aurait été contracté sans publications régulières ou devant un officier de l'état civil incompétent (1).

La loi laisse même aux ci-devant époux la liberté de se réunir ; cependant :

ART. 295, § 1. Les époux divorcés ne pourront plus se réunir, si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce. Au cas de réunion des époux, une nouvelle célébration du mariage sera nécessaire.

L'intérêt des enfants communs ne permettait pas de maintenir la prohition absolue de l'ancien art. 295, déclarant que les époux divorcés ne pourraient plus se réunir *pour quelque cause que ce soit.* La loi nouvelle a cependant prévu un cas dans lequel les époux divorcés ne pourront pas se réunir; c'est celui où l'un ou l'autre a contracté un nouveau mariage *suivi d'un second divorce.*

Cette interdiction constitue un empêchement prohibitif au second mariage des époux, mais non un empêchement dirimant.

397. En cas de réunion par un second mariage,

(1) Lyon, 3 juillet 1890, D. 90, 2, 365.

ART. 295, § 2. Les époux ne pourront adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait originairement leur union.

La loi impose aux conjoints divorcés qui se réunissent, l'adoption, non du même contrat de mariage originaire, mais du même régime. Ils pourront donc insérer dans leur nouveau contrat, ou omettre des clauses particulières qui ne modifient pas le régime originairement adopté.

Si les époux se marient sans faire un nouveau contrat, il semble bien résulter du texte ci-dessus qu'ils seront entre eux régis par l'ancien contrat. Mais à l'égard des tiers il n'en sera pas ainsi : l'acte de mariage indiquant en effet que les époux sont mariés sans contrat, la femme d'après l'art. 1391 du Code civil, sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir un contrat.

ART. 295, § 3. — Après la réunion des époux, il ne sera reçu de leur part aucune nouvelle demande de divorce, pour quelque cause que ce soit, autre que celle d'une condamnation à une peine afflictive et infamante prononcée contre l'un d'eux depuis leur réunion.

Cependant une demande en séparation de corps serait encore possible; mais la séparation obtenue ne serait pas susceptible d'être convertie en divorce.

398. L'homme peut se remarier aussitôt après que le divorce est devenu définitif; il n'en est pas de même de la femme :

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

Or, le divorce ne devient définitif que par la transcription;

Donc les dix mois doivent courir seulement à partir de la transcription.

On a cependant soutenu et même jugé que c'est à partir du jour du jugement (1) que doit courir le délai de dix mois, sur le fondement du prétendu effet rétroactif de la transcrip-

(1) Trib. Versailles, 14 mars 1889, S. 90, 2, 95.

tion dont nous avons plus haut apprécié la valeur, et sur lequel nous ne voulons pas revenir.

Nous ferons seulement remarquer que l'art. 296 parle d'un délai de dix mois *après que le divorce sera devenu définitif*, et non après que *le jugement de divorce* sera devenu définitif. Or, nous savons que, non seulement l'appel et le pourvoi en cassation sont suspensifs des effets du jugement de divorce, mais que le délai lui-même, dans lequel ces voies de recours peuvent être employées, est pareillement suspensif; de sorte que le jugement ou l'arrêt ne deviennent définitifs que par l'expiration des délais ci-dessus. D'un autre côté, le divorce ne devient définitif que par la transcription. Donc, de quelque manière qu'on veuille entendre l'art. 296, il est impossible de prendre pour point de départ du délai de dix mois la date du jugement;

En effet : si on entend l'art. 296 comme signifiant que la femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après que *le jugement de divorce sera devenu définitif*, le point de départ de ce délai de dix mois sera l'expiration des délais nécessaires pour que la décision prononçant le divorce soit devenu définitive, et non pas la date de cette décision elle-même;

Si on entend au contraire l'art. 296 comme se référant seulement à la date où *le divorce*, conséquence du jugement, sera devenu définitif, le point de départ du délai de dix mois sera la date de la transcription. Or, les termes de l'art. 296 ne permettent pas de l'entendre autrement (1).

La généralité de ces mêmes termes conduit encore à décider que le délai de dix mois doit être observé, même lorsque

(1) Une circulaire du Procureur de la République de la Seine, en date du 25 juillet 1887, admet que le délai de dix mois court à partir du jugement de divorce. Dans d'autres ressorts on admet au contraire que ce délai court à partir de la transcription.

le divorce est prononcé à la suite d'une séparation de corps ayant duré plus ou moins de temps (1).

399. L'empêchement au mariage résultant de l'art. 296 est seulement prohibitif. Cet article, comme l'art. 228 dont il est la reproduction, ne repose sur aucune considération d'ordre public. Il a seulement pour but, au moyen d'une réglementation qui est peut-être excessive, de prévenir les inconvénients pouvant résulter d'une confusion de part.

Il suit de là qu'une femme étrangère doit pouvoir contracter mariage en France avant l'expiration de dix mois depuis son divorce, si son statut personnel lui permet de se remarier aussitôt après (2).

400. Il existe, en matière de divorce, un autre cas d'empêchement prohibitif au mariage, mais ayant un caractère purement relatif. On suppose que le divorce a été prononcé pour cause d'adultère. L'époux coupable pourra-t-il se remarier avec son complice? Si on adopte la négative, c'est comme si on déclarait que le scandale ne peut cesser et doit être perpétué. La vie commune continuera entre les deux complices non mariés, et les enfants issus de ce commerce ne pourront jamais être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère. Mais, d'un autre côté, si le mariage demeure permis, il est à craindre qu'une passion illicite, éclose au sein du mariage, ne trouve un aliment dangereux dans la perspective d'une union ultérieure. Cette considération l'a emporté :

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

(*) Art. 298. — L. 11, § 11 ; L. 40, D. 48, 3, *Ad leg. Jul. de adult.*, cap. 3, *Decret. Greg.*, 4, 7, *De eo qui duxit in matrim.*

(1) Voy. DALLOZ, *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, n^os 540, 556, 557 ; Jug. précité du trib. de Versailles.

(2) LAURENT, *Droit civ. internat.*, t. V, n° 272; *Contrà*, Paris, 13 fév. 1872, D. 73, 2, 160.

Donc la prohibition n'existe pas si le divorce a été admis pour cause d'injures graves (1), quand même celui qui s'oppose au mariage projeté offrirait de prouver que les futurs conjoints ont commis un adultère avant la rupture, par le divorce, du mariage de l'un d'eux.

Mais comment, dans le cas prévu par l'art. 298, le complice sera-t-il connu?

Il ne saurait y avoir de difficulté dans le cas où l'instance en divorce aura été précédée d'un procès correctionnel et d'une condamnation prononcée à la fois contre l'époux adultère et contre son complice.

La solution n'apparaît pas avec la même netteté dans les autres cas.

D'abord il peut se faire qu'un procès-verbal de flagrant délit d'adultère ayant été dressé, le nom du complice se trouve ainsi révélé dans la pièce qui a servi de point de départ à la procédure du divorce.

En second lieu, il peut arriver que les procès-verbaux d'enquête dressés au cours de cette même procédure, fassent connaître le nom du complice.

Enfin il est possible que le jugement admettant le divorce pour cause d'adultère, mentionne, dans les motifs de sa décision, le nom du complice révélé par les débats. Les juges ne sont pas obligés de faire connaître ce nom dans leurs motifs, mais il ne leur est pas non plus défendu de le faire. Le complice n'a pas à se plaindre qu'une sorte de condamnation entraînant une incapacité grave, ait été prononcée contre lui dans une instance où il n'a pas été entendu et où il ne devait pas être appelé. Aucune condamnation n'est, en effet, prononcée contre lui, et son nom ne figure pas dans le dispositif. Si donc il doit être déclaré incapable, ce ne sera pas par suite d'une sorte de condamnation prononcée contre lui,

(1) Lyon, 3 juillet 1890, D. 90, 2, 365.

mais uniquement à raison de sa qualité de complice résultant d'un document judiciaire.

401. Dans toutes les hypothèses qui viennent d'être examinées, la qualité de complice résultera donc soit d'une pièce de la procédure, soit d'une mention contenue dans le jugement. Or l'art. 298 n'exigeant pas que la qualité de complice soit établie d'une manière particulière, « il suffit, comme l'a décidé la Cour de Paris, que de l'ensemble des faits et circonstances de l'affaire, et sans qu'il soit besoin d'une constatation judiciaire, le nom du complice apparaisse d'une façon certaine et incontestable (1). »

Par conséquent, l'officier de l'état civil n'aura pas le droit de se livrer à aucune sorte d'enquête sur la vie passée des fiancés qui se présentent devant lui, il ne pourra puiser ses informations que dans le jugement de divorce et les pièces de la procédure. Il ne pourra donc pas se refuser au mariage d'une femme divorcée pour cause d'adultère, sous prétexte que celui avec qui elle entend contracter mariage aurait été son complice, si cet individu n'est désigné ni dans la procédure de divorce, ni dans le jugement (2).

Toutes ces décisions s'imposent; il n'est pas possible d'exiger que les juges fassent mention, dans les motifs de leur décision, du nom du complice. Cette mention est facultative. Par conséquent, elle ne peut être le mode unique de la constatation de la qualité de complice, autrement il dépendrait uniquement de la volonté arbitraire des tribunaux de rendre applicable ou non l'art. 298 en mentionnant ou en taisant le nom du complice.

La qualité de complice ne peut donc dériver que de la décision même qui a prononcé le divorce, ou d'une pièce de la procédure qui a préparé cette décision. Elle ne pourrait dériver d'une décision ultérieure, notamment de la conversion

(1) 2 août 1887, S. 87, 2, 92 et 160.
(2) Trib. Bar-sur-Seine, 18 fév. 1890, S. 90, 2, 144.

en divorce d'un jugement prononçant la séparation pour une cause autre que l'adultère. Ainsi, dans une hypothèse où la séparation de corps avait été prononcée pour injures graves, le tribunal saisi de la demande en conversion avait cru pouvoir déclarer qu'en réalité la séparation de corps avait eu pour cause l'adultère, et avait désigné nominativement la personne complice de cet adultère, dans le but de mettre obstacle au mariage entre l'époux coupable et ce complice. Cette singulière décision a été à bon droit infirmée (1); il n'appartient pas, en effet, aux juges saisis d'une demande en conversion, de modifier le premier jugement en substituant à la cause pour laquelle la séparation de corps a été prononcée, une cause différente.

402. Le droit de former opposition au mariage dans le cas prévu par l'art. 298 n'appartient qu'aux parents indiqués dans l'art. 173, c'est-à-dire le père, et, à défaut du père, la mère; à défaut des père et mère les aïeuls et aïeules.

L'art. 172 accorde le droit de former opposition à la personne engagée par mariage avec l'une des parties contractantes; mais ce droit disparaît par le divorce qui fait perdre la qualité de conjoint (2). Par conséquent l'époux qui a obtenu le divorce pour cause d'adultère de son conjoint n'a pas qualité pour former opposition au mariage projeté entre celui-ci et son complice (3).

Quant au ministère public, le droit d'opposition ne saurait lui appartenir pour les raisons qui ont été déduites plus haut (n° 116).

Du reste, la prohibition contenue dans l'art. 298 ne constitue qu'un empêchement prohibitif (4).

(1) Caen, 15 oct. 1887, S. 89, 2, 102.
(2) Trib. Foix, *Gaz. Pal.*, 86, 2, 487.
(3) *Contrà*, Trib. civ. Dieppe, 26 juin 1890, S. 90, 2, 200.
(4) Trib. Lyon, 27 déc. 1888, S. 90, 2, 199; Lyon, 3 juillet 1890, D. 90, 2, 365.

Il est facile de comprendre qu'en fait cette prohibition pourra être quelquefois éludée, lorsque rien ne révélera à l'officier de l'état civil à qui on demande de procéder à un mariage, que les parties comparaissant devant lui se sont rendues coupables d'un adultère ayant entraîné contre l'une d'elles une sentence de divorce. Mais le nouveau mariage une fois contracté demeure valable. L'allégation qu'il aurait été contracté au mépris des prohibitions de l'art. 298, ne saurait empêcher de le considérer comme ayant été l'exercice d'une faculté consacrée par la loi, et par suite ne saurait entraîner la modification des dispositions du jugement de divorce par lesquelles ont été réglés les rapports de la femme divorcée avec ses enfants (1).

§ 2. — Effets du divorce quant aux biens des époux.

403. — L'époux contre qui le divorce est prononcé perd les avantages que lui a faits son conjoint, art. 299;— Celui qui a obtenu le divorce conserve ces mêmes avantages, art. 300.
404. — Étendue de la déchéance résultant de l'art. 299.
405. — Cette déchéance est de droit, et n'a besoin d'être ni demandée ni prononcée.
406. — La déchéance persiste-t-elle en cas de réunion des ci-devant conjoints ?
407. — A partir de quelle date la déchéance est-elle encourue
408. — Droits des tiers.
409. — Droits de l'époux qui a obtenu le divorce.
410. — Peut-il renoncer à se prévaloir du bénéfice que lui assurent les art. 299 et 300?
411. — Qui peut se prévaloir de la révocation prononcée par l'article 299? *Quid* des héritiers du conjoint décédé avant la transcription du jugement ?
412. — Le conjoint avait-il le choix entre l'action en divorce, et la révocation pour cause d'ingratitude ?
413. — Solution admise par la jurisprudence.

403. La dissolution du mariage par le divorce entraîne naturellement la cessation du régime sous lequel les époux étaient mariés, et soumet respectivement ces derniers aux

(1) Paris, 26 juillet 1887, D. 88, 2, 64.

liquidations et redditions de compte qui sont la suite ordinaire de la cessation du régime.

Mais le divorce présente un caractère particulier qui ne permet pas de le confondre avec les autres événements, mort ou séparation de biens, qui mettent fin à un régime matrimonial.

Le divorce a pour cause la violation par l'un des conjoints, des obligations naissant du mariage, lequel mariage était comme le support juridique des conventions relatives aux biens et qui étaient contenues dans le contrat de mariage.

Dans ces conditions fallait-il considérer ces conventions comme résiliées ou comme gardant toutes leurs forces?

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

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

La loi prononce donc une sorte de résiliation aux torts de l'une des parties et au profit de l'autre, quant aux avantages qui avaient été stipulés réciproques, et une révocation pour les autres.

Mais dans tous les cas, c'est une déchéance, qui est prononcée.

404. Cette déchéance n'est pas une confiscation pouvant diminuer le patrimoine de l'époux coupable; c'est une privation des avantages que ce dernier espérait pouvoir recueillir. Il conserve donc tous les droits qui lui appartiennent comme propriétaire ou comme associé, le droit de reprendre sa dot, et même sa part dans la communauté, non seulement quand il y a eu un apport de son chef, mais encore quand il n'y en a pas eu. L'avantage qui résulte d'un partage de communauté n'est pas en effet une libéralité. L'art. 1527 applique ce principe à la communauté conventionnelle (1).

(1) LAURENT, t. III, n° 304.

La déchéance ne porte que sur les avantages ou libéralités provenant soit du contrat de mariage, soit d'un acte ultérieur entre-vifs, soit même d'un testament.

Les donations faites au cours du mariage et les legs étant révocables, il semble que le législateur aurait pu se dispenser d'en prononcer en quelque sorte la révocation. Cela est vrai, mais il eût alors fallu que l'époux offensé les révoquât lui-même. Or, c'est ce qui aurait pu ne pas être fait, par indifférence, indulgence ou faiblesse.

Mais notre art. 299 ne s'applique pas aux donations qui proviendraient à un conjoint d'une personne autre que son conjoint lui-même, et qui lui auraient été faites en vue du mariage (1).

Si le divorce a été prononcé entre les deux époux pour torts réciproques, tous les avantages consentis de part et d'autre tombent en même temps. Il est certain en effet qu'aucun des époux ne peut invoquer contre l'autre l'art. 300 pour conserver les avantages à lui faits par l'autre époux, puisque aucun d'eux ne peut prétendre avoir obtenu le divorce (2).

405. Les termes des art. 299 et 300 sont impératifs et démontrent que la déchéance qui en résulte est attachée de plein droit par la loi elle-même à la sentence qui prononce le divorce contre l'un des époux ou contre tous deux. Il n'est donc pas nécessaire que le demandeur en divorce ou en séparation prenne des conclusions dans ce sens, et il n'est pas nécessaire non plus que le jugement prononçant le divorce ou la séparation contienne dans son dispositif une déclaration que le défendeur a perdu tous ses avantages matrimoniaux (3). Il suit de là que le défaut de conclusions

(1) DEMOLOMBE, t. IV, n° 529; LAURENT, *loc. cit.*

(2) Besançon, 28 avril 1875, D. 78, 2, 63; Paris, 20 août 1862, D. *Répert., Suppl.*, v° *Divorce*, n° 585, note 1.

(3) Douai, 24 fév. 1887, D. *Répert., Suppl.*, v° *Divorce*, n° 577, note 1.

spéciales, par le demandeur, touchant l'application des articles 299 et 300, ne saurait impliquer de sa part une renonciation au bénéfice résultant pour lui de ces articles. Il en résulte encore que si des conclusions dans ce sens ont été surabondamment prises, le jugement qui aurait négligé de s'expliquer sur ces conclusions ne pourrait être entrepris par la voie de la requête civile, sous prétexte qu'il aurait omis de prononcer sur un des chefs de demande (art. 480-5°, C. pr. c.). Le chef de demande n'existe en effet qu'en apparence, et la solution étant donnée par la loi elle-même, n'a pas besoin d'être reproduite dans le jugement.

Par conséquent il faut admettre : que l'officier public chargé de la liquidation doit, sur la seule présentation du jugement de divorce, tenir tous les avantages visés par l'art. 299 pour révoqués, et dresser en conséquence son état liquidatif; que le bénéfice de cette révocation peut être invoqué par le donateur pendant trente ans; qu'il n'est pas censé y renoncer par ce seul fait qu'il laisse les biens donnés entre les mains de son conjoint; et qu'à moins de donation nouvelle ou de testament nouveau, celui-ci ne peut avoir d'autre titre à les garder que la prescription (1).

406. Qu'arrivera-t-il si les deux époux se réconcilient et reprennent ensemble la vie commune? Pour qu'il en soit ainsi, il faut supposer que les époux divorcés ont fait procéder à une nouvelle célébration du mariage. Qu'advient-il alors des avantages dont l'époux coupable avait perdu le bénéfice? La réunion des époux les fait-elle revivre? La déchéance encourue est-elle au contraire définitive?

La même question peut être posée dans le cas de séparation de corps, puisque la jurisprudence étend à la séparation de corps l'application de l'art. 299.

Pour le cas de divorce, l'art. 295, en prescrivant que les

(1) CARPENTIER, *Traité du divorce*, n° 354.

nouveaux époux reviennent au régime matrimonial ancien, n'entend pas exiger qu'ils rétablissent les mêmes libéralités qu'ils s'étaient faites durant le mariage, ni même celles qui étaient contenues dans le contrat de mariage, à moins qu'elles n'aient formé une condition de l'adoption du régime convenu; il n'entend pas surtout décider que ces libéralités ressuscitent de plein droit. Leur révocation légale est donc définitive. Mais elles peuvent être renouvelées.

Il en est de même, en matière de séparation de corps. D'après l'art. 1451, les conventions matrimoniales ne sont pas rétablies de plein droit par la réunion des conjoints; donc, *à fortiori*, les donations ne sont pas rétablies. Si les époux, conformément au même article, ont déclaré vouloir reconstituer leur régime matrimonial, les libéralités qui auraient formé une condition de l'adoption de ce régime, seraient rétablies par application de l'art. 1451 *in fine;* pour les autres il faudrait, ce semble, une manifestation non équivoque de la volonté des conjoints dans les formes voulues par l'art. 1451 (1).

Quant aux donations faites durant le mariage, comme elles n'ont rien de commun avec le contrat de mariage, elles ne peuvent se prêter qu'à un renouvellement, et on ne saurait admettre, comme l'a fait la Cour de Caen, que la réconciliation fait revivre *ipso facto*, toutes les libéralités dont l'un ou l'autre des époux avaient encouru la perte (2).

407. Conformément à la doctrine plus haut exposée, la déchéance résultant de l'art. 299, n'a lieu que lorsque le divorce est devenu irrévocable par la transcription et non à la date du jugement ou de l'arrêt. Par conséquent, si l'un des conjoints décède avant la transcription, la déchéance

(1) AUBRY et RAU, t. V, § 495.

(2) Caen, 20 avril 1885, S. 87, 2, 195; Voy. *Observ.* sur cet arrêt par M. MASSIGLI, *Revue critique*, 1888, p. 650.

n'est pas encourue, puisque d'après l'art. 244 § 3, l'action en divorce est éteinte. Il en serait ainsi, alors même que le jugement aurait prononcé expressément et surabondamment la révocation des avantages, puisque, d'après ce qui a été expliqué plus haut, cette révocation est un effet de la loi et non du jugement.

408. Le divorce et la séparation ne pouvant être ni prévus, ni empêchés par les tiers, la révocation résultant de l'art. 299 ne saurait être opposée à ceux qui ont acquis des droits sur les biens donnés du chef de l'époux donataire, alors surtout, dit la Cour de cassation, qu'il s'agit d'une peine prononcée contre le donataire et qui, étant toute personnelle à celui-ci, ne saurait, dans le silence de la loi, rejaillir sur le tiers acquéreur de bonne foi (1).

409. D'après l'art. 300, l'époux qui a obtenu le divorce (ou la séparation) conserve les avantages qu'il tient de son conjoint, mais il les conserve tels qu'ils sont, c'est-à-dire susceptibles d'être révoqués s'il s'agit de donations faites durant le mariage. De même, l'art. 1518 décide que le divorce ne donne pas lieu à la délivrance actuelle du préciput, mais que celui qui a obtenu le divorce conserve son droit au préciput, en cas de survie. L'art. 1452 contient la même précision pour les droits de survie stipulés au profit de la femme (2), et cette solution doit être étendue aux droits de survie du mari.

410. L'époux au profit de qui le divorce a été prononcé, a le droit de renoncer à se prévaloir de la déchéance résultant de l'art. 299. Cette renonciation pourra faire l'objet d'une convention particulière intervenue entre les ci-devant conjoints, après le jugement. Elle pourra aussi résulter de

(1) 30 août 1865, D. 65, 1, 345 et les autorités citées par DALLOZ, *loc. cit.*, n° 582.

(2) LAURENT, *loc. cit.*, n° 307.

conclusions formelles signifiées au cours de l'instance, et servant de base à un contrat judiciaire, dont le tribunal donnera acte (1).

Une renonciation anticipée serait-elle possible? Les époux pourraient-ils, par contrat de mariage, déroger aux règles des art. 299 et 300? En ce qui touche la première de ces règles, il ne saurait y avoir de difficulté; toute stipulation contraire sera nulle par application des principes que nous avons formulés à l'occasion de l'art. 6 (V. t. Ier, n° 196). Si la stipulation qu'on ne sera pas tenu d'un dol futur est contraire aux bonnes mœurs, à plus forte raison doit-il en être ainsi de celle qui a pour but de s'assurer une sorte d'impunité en cas de violation des devoirs dérivant du mariage.

Mais on a soutenu que les futurs époux pourraient valablement convenir dans leur contrat de mariage, par dérogation à l'art. 300, qu'en cas de divorce ou de séparation de corps, tous les avantages qu'ils se seraient faits, même ceux en faveur de l'époux ayant obtenu le divorce ou la séparation, seraient révoqués (2).

Cette solution nous paraît inadmissible. D'abord cette clause pourra gêner l'époux offensé dans le libre exercice de son action en divorce ou en séparation, puisque s'il triomphe, il perdra les avantages par lui stipulés. Donc cette clause assure à l'époux coupable une certaine impunité dans la mesure où elle gênera son conjoint. En second lieu, elle paraît contraire à la nature juridique du mariage qui est la base du contrat de mariage. Le mariage étant et devant être, dans l'esprit des parties, une union *perpétuelle* (Voy. ci-dessus, n° 2), il est contradictoire de stipuler en vue d'un divorce ou d'une séparation prévus : *nefas est tales spectare casus*.

411. Le droit de se prévaloir de la révocation appartient

(1) Douai, 24 fév. 1887, D. *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, n° 577, note 1.

(2) DALLOZ, *loc. cit.*, n° 571.

à l'époux au profit de qui elle s'est opérée ; il appartient aussi à toute personne intéressée (1). Si l'un des conjoints décède avant la transcription du jugement, le jugement devient une arme inutile entre les mains des héritiers du demandeur qui n'ont pas plus le droit de poursuivre le défendeur, que le demandeur survivant lui-même n'aurait droit de poursuivre les héritiers de ce dernier s'il était prédécédé (2). Ce qui revient à dire que l'action en divorce éteinte par le décès de l'une des parties avant la transcription, ne passe pas aux héritiers.

412. Mais cette action était-elle la seule dont l'époux offensé était investi ? Pour faire tomber les libéralités par lui faites à son conjoint est-il obligé de recourir à l'action en divorce dont le succès aura pour résultat l'application de l'art. 299, ou bien ne pourra-t-il pas, s'il le préfère, demander tout simplement la révocation de ces donations pour cause d'ingratitude ?

La raison de douter vient de ce que l'art. 959 déclare que les donations faites en faveur du mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude, et que les donations entre époux sont manifestement comprises sous cette dénomination générale. Mais on a répondu que les motifs qui ont dicté l'art. 959 démontrent que ce texte ne peut recevoir d'application qu'en ce qui touche les libéralités faites par des tiers aux deux conjoints en faveur du mariage, c'est-à-dire en faveur de la famille. Cet article a pour but d'empêcher qu'une révocation motivée par l'ingratitude de l'un des conjoints n'atteigne en réalité l'autre conjoint et les enfants, c'est-à-dire la famille entière. « Or, ces motifs sont absolument inapplicables aux libéralités faites par l'un des époux à l'autre. La révocation contre l'époux ingrat n'atteindra, ni l'autre époux au profit duquel elle s'accomplira, ni les enfants qui

(1) Lyon, 26 janv. 1861, D. 61, 5, 440.
(2) CARPENTIER, *Traité du divorce*, n° 352.

n'ont pas d'intérêt à ce que tel bien soit dans le patrimoine de l'un des auteurs de leurs jours plutôt que dans le patrimoine de l'autre (1). »

Il est vrai que les motifs ci-dessus indiqués sont absolument inapplicables aux libéralités faites par l'un des époux à l'autre. Mais n'y en a-t-il point d'autres? Demolombe à qui nous avons emprunté le passage précité, soutient énergiquement que le délai d'un an fixé par l'art. 957 doit courir entre époux, il admet par suite que l'époux donateur peut demander contre l'époux donataire la révocation de la libéralité pour cause d'ingratitude, sans demander la séparation de corps (2). Nous prenons cette affirmation comme point de départ :

Si l'époux donateur a déjà été l'objet d'actes d'ingratitude de la part de son conjoint, il est manifeste que la paix du ménage a été par là plus ou moins troublée. Si à une telle situation vient s'ajouter un procès en révocation de donation pour cause d'ingratitude, la vie commune sera-t-elle supportable durant l'instance? Qu'adviendra-t-il enfin quand le procès sera terminé, et qu'un jugement aura prononcé la révocation en constatant l'ingratitude du conjoint donataire? Il arrivera que la vie commune étant manifestement devenue insupportable, le ci-devant donateur sera obligé de demander le divorce, et motivera sa demande en divorce sur les faits d'ingratitude qui sont en même temps constitutifs d'une injure grave. Dans ces conditions le législateur a pensé que l'époux donateur devant être fatalement obligé de recourir au divorce après avoir triomphé dans son action en révocation pour cause d'ingratitude, il était plus simple de ne lui laisser que l'action en divorce. Par conséquent : la formule générale de l'art. 959, *les donations en faveur du mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude*, serait expliquée et jus-

(1) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, nos 523 et 528.
(2) T. XX, n° 266; t. IV, n° 528 *in fine*.

tifiée par les motifs que donnent en général les auteurs, en tant qu'il s'agirait de donations faites en faveur du mariage par des tiers ; elle s'expliquerait au contraire et serait justifiée par les motifs que nous venons de déduire, en tant qu'il s'agirait de libéralités faites par l'un des époux à l'autre.

413. Quoi qu'il en soit la jurisprudence et la doctrine ont admis la solution précédemment indiquée (1) ; il en résulte :

1° Que si le donateur est décédé avant que le divorce (ou la séparation de corps) ne soit devenu définitif, ses héritiers pourront intenter l'action s'ils se trouvent dans les termes des art. 955 et 957 ;

2° Que si, après le jugement de séparation, l'époux demandeur se rend coupable d'ingratitude envers l'époux défendeur, il sera passible à son tour de l'action en révocation.

§ 3. — Effets du divorce quant à la dette alimentaire.

414. — L'époux qui a obtenu le divorce peut obtenir une pension alimentaire dans certaines conditions déterminées par l'art. 301.
415. — Différences entre la dette alimentaire résultant de l'art. 212, et l'obligation unilatérale résultant de l'art. 301.
416. — Du cas où il a été accordé une provision alimentaire durant l'instance.
417. — La demande de pension alimentaire fondée sur l'art. 301 est-elle recevable après la décision qui a prononcé le divorce ?
418. — La demande doit être appréciée d'après la condition respective des parties au moment du jugement.
419. — Limites de la pension alimentaire fondée sur l'art. 301.
420. — Elle ne peut être augmentée ultérieurement.
421. — L'obligation d'acquitter cette pension passe aux héritiers.

414. Les époux se doivent mutuellement assistance et l'obligation alimentaire existe entre eux tant que dure le

(1) V. les autorités et décisions citées par DALLOZ, *loc. cit.*, n° 579.

mariage. Cette obligation doit donc naturellement disparaître avec la dissolution du mariage produite par le divorce.

Néanmoins, la règle formulée par l'art. 300, que l'époux qui a obtenu le divorce doit conserver les avantages à lui faits par l'autre époux, devait logiquement conduire à examiner le point de savoir si, en cas d'insuffisance des avantages conservés, il n'y avait pas lieu de décider que ce même époux conserverait, dans une certaine mesure, la créance alimentaire que le mariage avait fait naître à son profit contre son conjoint?

Il n'y avait pas plus de difficulté à admettre une conservation partielle de la créance alimentaire, qu'à admettre la conservation des avantages stipulés.

En conséquence :

ART. 301. Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire, qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire.

415. Il faudra donc désormais distinguer deux obligations alimentaires :

D'abord celle qui a son fondement dans l'art. 212, qui est réciproque, et limitée seulement par les besoins du créancier et les ressources du débiteur; cette obligation disparaît par l'effet du divorce;

Ensuite, l'obligation unilatérale créée par l'art. 301, ne pouvant être invoquée que par celui qui a obtenu le divorce, et seulement dans les limites restreintes fixées par le texte.

Mais il importe de remarquer que l'obligation unilatérale créée par l'art. 301, quoique tout à fait distincte de l'obligation réciproque ayant son principe dans l'art. 212, est cependant un prolongement de cette dernière. C'est parce que le conjoint coupable a *commencé* à être tenu en vertu de l'arti-

cle 212, qu'il *continue* à être tenu, dans des limites moins larges, en vertu de l'art. 301.

De ces précisions découlent plusieurs conséquences importantes qui seront signalées en leur lieu. En voici une :

L'époux qui a obtenu le divorce et qui a des parents tenus vis-à-vis de lui de l'obligation alimentaire en vertu des articles 205 et suiv., C. C., devra-t-il, s'il est dans le besoin, s'adresser à ses parents plutôt qu'à son conjoint divorcé? Evidemment non; durant le mariage le devoir d'assistance réciproque pesait en première ligne sur les époux; l'un d'eux n'aurait pu renvoyer l'autre à réclamer des aliments à ses parents. Il faut qu'il en soit de même après le divorce (1), puisque la dette désormais unilatérale, de l'époux coupable, n'est qu'une sorte de prolongement des obligations qu'il avait contractées en se mariant.

416. Si l'époux demandeur a obtenu une provision alimentaire durant l'instance en divorce, cette provision sera remplacée par la pension que le tribunal pourra accorder en vertu de l'art. 301. Dans ce cas la provision allouée pour le cours du procès doit, ce semble, durer autant que l'instance qui n'est autre chose que *l'action mise en mouvement;* or il résulte de l'art. 244, que l'action en divorce est considérée comme en mouvement jusqu'à la transcription du jugement. Ce serait donc à la date de la transcription, que la pension alimentaire accordée en vertu de l'art. 301 remplacerait la provision alimentaire.

S'il n'y a pas eu de provision alimentaire accordée pour la durée de l'instance, il est légitime d'admettre par argument de l'art. 252, que le droit à la pension remontera, comme les autres effets du jugement, au jour de la demande. Mais le tribunal pourrait, par une disposition spéciale, assigner à la pension un autre point de départ.

(1) LAURENT, t. III, n° 309; Caen, 19 mars 1889, *Rec. de Rouen*, 89, 2, 109.

Toutes ces solutions supposent que le tribunal saisi de la demande principale en divorce, a été également saisi par des conclusions principales d'une demande de pension alimentaire fondée sur l'art. 301, et qu'il a pu statuer sur cette demande par le même jugement qui prononce le divorce. Mais il n'en sera pas toujours ainsi.

Il pourra se faire que la demande d'aliments ne soit pas disposée à recevoir une solution immédiate; qu'elle ait besoin d'être instruite. Dans ce cas le tribunal, tout en prononçant le divorce, pourra surseoir à statuer sur la demande d'aliments.

417. Si le demandeur n'a pris aucune conclusion pour obtenir une pension alimentaire, il est manifeste que le jugement prononçant le divorce ne contiendra aucune disposition relative aux aliments. L'époux qui a obtenu le divorce, serait-il alors recevable à introduire, après ce jugement, une demande devant le même tribunal, ayant pour objet spécial la pension mentionnée par l'art. 301?

« Dans ce cas, dit M. Laurent, il est certain qu'il n'y a plus aucun lien entre les époux, ni par conséquent lieu à une action alimentaire (1). »

Cette décision est fort contestable; d'abord tant que le divorce n'est pas prononcé, le demandeur ne peut se prétendre créancier, en vertu de l'art. 301. On ne peut donc l'obliger, sous peine de déchéance, à faire valoir une créance qui n'existe pas encore. Il ne devient en réalité créancier, que par le fait même du jugement qui prononce le divorce. Or, l'art. 301 dit que c'est l'époux *qui a obtenu le divorce*, qui pourra encore obtenir une pension. En demandant cette pension, après que son titre à l'obtenir a été créé, l'époux dont il s'agit ne se place donc en dehors ni de l'esprit, ni de la lettre de l'art. 301. Donc, lui interdire la faculté de réclamer

(1) *Loc. cit.*, n° 310; Riom, 27 janv. 1887, S. 88, 2, 214.

cette pension, postérieurement au jugement qui admet le divorce, ce serait créer une forclusion que le législateur n'a pas prononcée (1). Tout au plus pourrait-on dire que la demande n'est plus recevable après que le divorce est devenu définitif par la transcription (2). Mais cela serait encore arbitraire. La loi n'ayant imparti aucun délai pour l'exercice de l'action ayant son fondement dans l'art. 301, cette action doit être recevable même après que le divorce est devenu définitif par la transcription du jugement sur les registres de l'état civil. La Cour de cassation s'est prononcée dans ce sens (3).

418. Mais lorsque les juges seront ainsi saisis d'une demande en pension alimentaire postérieurement au jugement qui aura prononcé le divorce, ils devront pour apprécier le bien fondé de la demande, se placer au moment où le jugement a été prononcé, et vérifier quelle était, à ce moment, la position respective des parties. Il faut qu'à cette date, la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, ne soit assurée ni par ses ressources personnelles, ni par les avantages qui peuvent lui avoir été faits (4).

Par conséquent, la pension alimentaire ne pourrait plus être accordée à l'époux qui la demande, si son indigence n'était survenue que postérieurement au divorce. Nous avons dit en effet, que la créance alimentaire naissant de l'art. 301 était en quelque sorte le prolongement de la créance de même nature ayant sa source dans l'art. 212. Mais pour que ce prolongement puisse être admis, malgré la prononciation du divorce, il faut qu'à ce moment les besoins du conjoint

(1) Trib. Bruxelles, 5 août 1875, D. *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, n° 590, note 1.

(2) Voy. arrêt précité de Riom, du 27 janv. 1887.

(3) Cass. 10 mars 1891, S. 91, 1, 48; Paris, 16 juin 1888, S. 89, 2, 103.

(4) Arrêt précité de Paris, du 16 juin 1888.

qui réclame existent : c'est précisément l'existence de ces besoins à cette date, qui explique et justifie la continuation dans une mesure restreinte de l'ancienne créance alimentaire. Or, si à cette date les besoins n'existent pas, il ne peut plus y avoir continuation ou prolongement de cette ancienne créance. Il y a au contraire extinction immédiate et définitive; il s'est produit, suivant l'expression de la Cour de cassation (1), un changement d'état qui fait évanouir l'obligation alimentaire antérieure. C'est du reste ce que la même Cour a formellement jugé à l'occasion de la conversion en divorce d'un jugement de séparation de corps; elle a décidé que pour apprécier la situation légale des parties, par rapport à l'application de l'art. 301, il fallait se reporter aux conditions dans lesquelles la séparation de corps avait été prononcée (2). Il faut évidemment admettre la même solution quand le divorce a été le résultat d'une demande principale.

419. Les juges du fait apprécient souverainement les besoins de l'époux créancier, non seulement d'après ses ressources personnelles, mais encore en tenant compte des habitudes et du genre de vie que lui assurait l'union dissoute par le fait de son conjoint, et dont il ne doit pas être déchu d'une manière complète.

La loi dit formellement que la pension alimentaire *ne pourra excéder le tiers des revenus* du débiteur. Donc, quand même le tiers de ces revenus serait insuffisant pour subvenir aux besoins du créancier, les juges ne pourraient dépasser ce chiffre (3). Le divorce, en effet, devait rigoureusement faire cesser toute obligation alimentaire entre les parties; cependant, et à titre de réparation et d'indemnité, la loi a

(1) Voy. Cass. 24 déc. 1886, S. 88, 1, 433.
(2) Cass. 27 janv. 1891, S. 91, 1, 72.
(3) *Contrà*, LAURENT, t. III, n° 309.

admis un prolongement partiel de l'ancienne obligation alimentaire ; mais il n'est pas permis de dépasser les limites dans lesquelles ce prolongement a été restreint (1).

Le tiers des revenus forme donc un *maximum* qu'il faudra évaluer.

Suivant un arrêt (2), les tribunaux pourraient tenir compte non seulement du revenu annuel, mais encore du capital et des intérêts que ce capital pourrait produire. « Rien de plus juste, dit M. Laurent, c'est la fortune du débiteur qui est l'élément décisif (3). » Mais cela n'est pas exact : quand il s'agit de la dette alimentaire ordinaire, il est juste de dire que *la fortune* du débiteur est l'élément décisif ; c'est ce qui ressort du texte même de l'art. 208. Mais quand il s'agit de la dette alimentaire résultant de l'art. 301, ce sont *les revenus* qui, d'après ce texte sont l'élément décisif.

420. La pension fixée sur ces bases « sera révocable, dit l'art. 301, dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. » Ce qui pourra notamment arriver dans le cas d'un second mariage de l'époux créancier. Mais elle ne pourrait être augmentée si la fortune de celui qui la doit vient à s'accroître ou si les besoins de celui à qui elle est due viennent à augmenter. Cette solution est contestée : « Le divorce, dit M. Laurent, ne peut altérer la nature de la dette alimentaire ; dès qu'elle existe avant la prononciation du divorce, elle continue à exister après le divorce, avec les caractères qui lui sont particuliers (4). » Cela n'est pas soutenable ; le divorce, selon la rigueur des principes, a fait disparaître la dette alimentaire. Cependant, la loi a pensé qu'elle pouvait être prolongée à titre de réparation ou indemnité du préjudice que le divorce cause

(1) CARPENTIER, *Tr. du divorce*, n° 368.
(2) Bruxelles, 17 juillet 1882, *Pas. Belge*, 53, 2, 118.
(3) *Loc. cit.*, n° 309.
(4) *Loc. cit.*, n° 310.

à l'époux offensé. Mais le droit à cette réparation ou indemnité n'existait pas avant le fait qui l'a engendré. La circonstance que la loi a admis qu'une telle indemnité serait acquittée dans la forme d'une pension alimentaire ne suffit pas pour rendre la quotité de cette pension variable comme celle des aliments ordinaires. C'est pour cela que la loi s'est bornée à déclarer qu'elle pourrait être révoquée si elle cesse d'être nécessaire ; elle aurait pu aussi bien ajouter qu'elle pourrait être augmentée, le cas échéant. Vouloir comprendre le texte comme s'il contenait cette décision, c'est manifestement ajouter à son contenu. Du reste, la Cour de cassation, et la jurisprudence, a implicitement admis la solution que nous proposons, en reconnaissant que l'obligation résultant de l'art. 301 ne s'éteint pas par le décès de l'époux débiteur, mais qu'elle passe aux héritiers.

421. Il existe, en effet, une intime liaison entre la question que nous venons d'examiner et celle de savoir si l'obligation de payer la pension passe aux héritiers du débiteur. Décider en effet que cette pension peut être diminuée ou augmentée suivant que les revenus du débiteur diminuent ou augmentent, c'est reconnaître qu'une telle obligation est attachée à la personne et non transmissible, car il n'est pas possible de comprendre comment les questions d'augmentation pourraient être soulevées vis-à-vis des héritiers au cas où leur fortune viendrait à s'accroître. Mais à l'inverse, reconnaître que l'obligation de payer la pension passe aux héritiers, c'est reconnaître aussi qu'il ne saurait jamais être question d'élever le chiffre de la pension.

Or, la jurisprudence s'est énergiquement affirmée dans ce sens (1), principalement à cause du caractère de réparation civile ou indemnité que présente cette pension. Le texte de

(1) Voy. notamm. Cass. 7 avril 1873, S. 73, 1, 337; V. encore notre *Traité de la cession*, t. I, n° 55.

l'art. 301 ne laisse d'ailleurs aucune équivoque sur ce point : pour indiquer qu'il ne s'agit pas d'une dette alimentaire attachée à la personne même du débiteur, le texte dit formellement qu'il s'agit d'accorder une pension *sur les biens* de l'autre époux. « Nous demanderons, objecte M. Laurent, si toute pension alimentaire n'est pas accordée sur les biens de celui qui la doit, par cela même que c'est une dette, et que toute dette grève les biens du débiteur (1) ? » L'objection ne porte pas : si cette précision, que la pension dont il s'agit est accordée *sur les biens*, n'était qu'une référence au principe du droit commun d'après lequel le débiteur de la pension est tenu sur tous ses biens (art. 2092), il ne faudrait voir là qu'une superfétation non seulement inutile, mais insolite. Au contraire, cette formule s'explique tout naturellement si on lui donne le sens dans lequel elle est ordinairement employée. Quand on parle, en effet, d'une obligation exécutoire *sur les biens*, alors surtout qu'il s'agit d'une obligation qui pourrait être attachée à la personne, on veut dire tout simplement que cette obligation est transmissible et que son exécution pourra être exigée des héritiers appelés à recueillir les biens.

Le sens de la formule envisagée étant ainsi déterminé, il est à peine nécessaire de faire observer qu'une telle formule n'est pas faite pour autoriser les tribunaux à soumettre l'époux débiteur à constituer, sur ses biens, des sûretés spéciales pour le service de la pension, moins encore à exonérer le débiteur de toute obligation, s'il n'avait pas de biens, mais seulement une profession ou une industrie.

L'art. 301 soulève encore d'autres difficultés d'application, lorsqu'il y a conversion en jugement de divorce d'une sentence ayant déjà, antérieurement, prononcé la séparation de corps. Nous les examinerons quand nous aurons à étudier l'art. 310 qui en est le siège.

(1) *Loc. cit.*, no 311.

§ 4. — Effets du divorce quant aux enfants communs, spécialement du droit de garde.

422. — Généralités.
423. — Effets du divorce quant au droit de garde, art. 302.
424. — A qui appartient le droit de provoquer sur ce point une décision de justice; du juge compétent.
425. — Pouvoirs du juge en cette matière.
426. — Le père conserve-t-il l'administration des biens des enfants dont la garde lui a été retirée?
427. — Le père conserve dans tous les cas, avec la famille et le ministère public, le droit de faire modifier les mesures concernant la garde des enfants.
428. — Responsabilité de la personne à qui la garde des enfants a été confiée.
429. — Du placement des enfants dans une maison d'éducation.

422. Après avoir réglé la situation respective des conjoints divorcés, au point de vue de leurs intérêts pécuniaires, la loi devait s'occuper du sort de leurs enfants mineurs.

La difficulté à résoudre consistait à déterminer dans quelle mesure, et à quels points de vue, il fallait modifier l'état antérieur au divorce, c'est-à-dire le régime de la puissance paternelle auquel les enfants étaient soumis.

Les attributs légaux de la puissance paternelle peuvent être décomposés ainsi qu'il suit :

1° Le droit de garde;

2° Le droit d'éducation et de correction;

3° Le droit d'administrer les biens personnels des enfants;

4° Le droit de jouissance sur ces mêmes biens.

423. Il fallait d'abord s'occuper du droit de garde. L'habitation commune des père et mère, divorcés ou séparés de corps, ayant pris fin définitivement, sauf réconciliation, la première question à résoudre est celle de savoir avec qui iront les enfants, et comment seront modifiées les mesures provisoires qui avaient pu être prises à leur égard durant l'instance?

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

Ce texte permet de formuler deux règles qui dominent la matière :

D'abord les enfants seront, en principe, confiés à l'époux qui a obtenu le divorce ;

En second lieu les termes impératifs de l'art. 302 ne permettent pas aux tribunaux de statuer d'office sur la garde des enfants ; il faut que les tribunaux soient régulièrement saisis de la question (1).

De là il suit que si le divorce a été prononcé aux torts réciproques des deux époux, aucun des deux n'a obtenu le divorce, et par conséquent ne peut, à ce titre, exiger la garde de l'enfant. Donc si la famille ou le ministère public ne prennent, à cet égard, aucunes conclusions spéciales, le tribunal ne pouvant statuer d'office, la garde des enfants doit demeurer au père.

424. Le droit de saisir le tribunal des questions concernant la garde des enfants appartient textuellement :

1° à la famille ;

2° au ministère public.

Mais d'après les principes généraux, ce droit appartient aussi,

3° au père et à la mère.

La Cour de Bruxelles a cependant contesté ce droit au père et à la mère, sous prétexte que le législateur, ayant voulu, en principe général, enlever la garde et le soin des enfants à l'époux qui succombe, n'a plus eu en vue que le plus grand avantage des enfants, et a choisi uniquement pour sauvegarder leurs intérêts, la famille et le représentant de la loi (2).

(1) Bruxelles, 26 janv. 1882, D. *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, n° 603, note 2.

(2) Arrêt précité.

Mais cela est excessif; pour refuser au père et à la mère le droit de saisir le tribunal de questions qui intéressent le sort de leurs enfants, et qui par conséquent les intéressent eux-mêmes, il faudrait un texte formel, et si ce texte existait, il faudrait en désirer l'abrogation. Il serait singulier, en effet, que dans de pareils débats la parole soit accordée au parent le plus éloigné et refusée au père et à la mère. Il faut donc reconnaître avec la Cour de Paris que le droit de provoquer les mesures nécessaires appartient aux père et mère, et aux membres de la famille concurremment (1).

Quelques auteurs ont pensé que l'art. 302 en donnant ce droit à la famille, avait voulu parler du conseil de famille, qui par suite devrait prendre une délibération et agir dans la forme ordinaire. Mais cela ne paraît pas conforme à l'économie générale de la loi révélée par l'art. 240 qui donne à l'*un des membres de la famille* le droit de provoquer les mesures provisoires. Il est donc légitime d'entendre par *famille*, non le conseil de famille, mais les divers membres de la famille, c'est-à-dire les parents, qui sont, à ce titre, suffisamment qualifiés pour prendre souci des intérêts des enfants issus du mariage. Il a même été jugé que les membres de la famille peuvent intervenir en tout état de cause, au cours de l'instance, et même agir après le divorce pour faire modifier, s'il y a lieu, les dispositions du jugement qui ont statué sur la garde des enfants (2). Le tribunal compétant sera toujours celui qui a prononcé le divorce et ordonné les mesures qu'il s'agit de modifier (3). En cas d'urgence, le juge des référés du lieu où résident les enfants, pourra également être saisi.

425. Les juges du fait, quand ils sont saisis de la ques-

(1) Paris, 17 juill. 1886, S. 88, 2, 129.
(2) Arrêt précité.
(3) Orléans, 8 janv. 1885, S. 85, 2, 45.

tion, apprécient souverainement les mesures qu'il y a lieu de prendre, en s'inspirant uniquement du plus grand avantage des enfants mineurs, et ils ont le même pouvoir pour désigner, suivant les circonstances, la personne à qui il convient de confier leur garde (1).

Les tribunaux peuvent donc sans porter atteinte à la puissance paternelle, décider, malgré la résistance de l'un des conjoints, que les enfants pourront faire chez leurs grands parents, les auteurs de l'autre conjoint décédé, un séjour d'une durée déterminée (2).

426. Il peut donc arriver que le père, le divorce ayant été prononcé contre lui, perde la garde de ses enfants. Nous verrons qu'il perd aussi, dans ce cas, la jouissance légale de leurs biens personnels (art. 386); peut-il néanmoins conserver l'administration de ces mêmes biens?

L'affirmative a été soutenue (3); mais elle est difficile à justifier en présence de l'art. 389 qui n'accorde cette administration au père que *durant le mariage*, or le mariage est rompu. Il est vrai qu'après le mariage, le père peut encore avoir cette administration, mais à raison de sa jouissance légale, or dans notre hypothèse il n'a plus la jouissance légale.

Le père est donc dépouillé du droit d'administrer les biens de ses enfants. Le tribunal devra donc y pourvoir, sinon cette administration passera à la mère ou à la tierce personne à qui les enfants seront confiés. Il a été jugé dans ce sens que la garde des enfants mineurs attribuée par la justice à la mère qui a obtenu le divorce, ou à une tierce personne, embrasse à la fois la garde de la personne physique de l'enfant et celle des droits qui peuvent lui appartenir, à moins que des dispositions particulières n'aient été prises en ce qui con-

(1) Cass. 16 juillet 1888, S. 90, 1, 317.
(2) Aix, 12 nov. 1890, S. 91, 2, 25.
(3) LAURENT, t. III, n° 352.

cerne l'administration des biens de l'enfant. Ainsi, par exemple, la garde confiée à la mère implique, pour celle-ci, non seulement le devoir de veiller à la protection de cet enfant, mais encore celui de poursuivre, s'il y échet, la réparation du préjudice qu'il aurait éprouvé par suite d'un délit ou d'un quasi-délit (1).

427. De ce que l'attribution à la mère de la garde de l'enfant commun a pour résultat d'enlever au père l'administration proprement dite de ses biens, il n'en résulte pas que le père doive être considéré comme devenu en quelque sorte légalement étranger aux intérêts de ce dernier.

Le tribunal, en effet, peut toujours sur la demande de l'un ou de l'autre des époux, de la famille ou du ministère public, modifier les décisions qu'il a prises relativement à la garde des enfants. C'est un point qui ne saurait faire difficulté (2). Par conséquent, si la mère négligeait d'agir soit pour poursuivre, comme dans l'exemple ci-dessus, la réparation d'un préjudice causé à l'enfant, soit pour interrompre une prescription en train de courir contre lui, etc., le père, non gardien, serait recevable à demander au tribunal qui a confié la garde de l'enfant à la mère, d'être autorisé, par voie de modification à la mesure générale qui a été prise, à exercer, dans l'intérêt de l'enfant, le droit spécial qui paraît être en souffrance. Le débat, sur ce point, devrait naturellement être lié avec la mère. Mais si le tribunal compétent pour connaître du litige intéressant l'enfant, n'était pas le même que celui qui a statué sur le divorce, l'action du père non gardien, ne serait pas *de plano* recevable, s'il n'avait pas au préalable été autorisé à l'exercer; le tiers défendeur à cette action ne pouvant être obligé de soutenir un débat avec quelqu'un qui

(1) Paris, 15 déc. 1886, S. 88, 2, 217.

(2) V. les nombreux arrêts cités dans DALLOZ, *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, n° 609.

n'a ni la garde de l'enfant, ni l'administration de ses biens. Cependant ce ne serait pas un motif pour rejeter immédiatement la demande; il suffirait d'accorder au père un sursis pour obtenir du tribunal compétent l'autorisation nécessaire.

428. La difficulté que nous venons d'examiner a pour point de départ l'hypothèse où la mère divorcée, chargée de la garde des enfants, néglige d'exercer les droits pécuniaires de ces derniers. Cette négligence est-elle de nature à engager sa responsabilité?

D'une manière plus générale, quelles sont les obligations des personnes ayant la garde des enfants en cas de divorce?

La difficulté d'une solution précise tient surtout à ce que la loi n'a pas déterminé à l'avance la nature des attributions qui sont dévolues à celui qui est chargé de cette garde. Il ne saurait y avoir de difficulté dans les cas de dol, ou de faute lourde assimilable au dol. Dans les autres cas, puisqu'il s'agit d'un mandat de justice, il semble légitime d'appliquer les principes généraux en cette matière (art. 1992), comme on le fait pour le curateur à une succession vacante. C'est-à-dire que le gardien sera tenu d'apporter à la mission qui lui est confiée les soins d'un bon père de famille. Les juges du fait doivent avoir sur ce point, un large pouvoir d'appréciation rendu nécessaire par le silence de la loi sur la nature des fonctions du gardien.

Ce qu'il y a de certain, c'est que les personnes à qui la garde des enfants à été confiée ne sont pas tuteurs, puisque les père et mère vivent encore, ni assimilées à des tuteurs. Il suit de là que la loi des 27-28 février 1880 relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs ne leur sont pas applicables. Cette loi n'est pas non plus applicable au père en tant qu'administrateur légal des biens de ses enfants, même dans le cas d'une séparation de corps prononcée contre lui. Un amendement qui avait pour but de

rendre cette loi applicable dans ce cas spécial fut discuté dans la séance du 17 février 1880 et n'aboutit pas.

La personne constituée gardien des enfants, et par suite administrateur de leurs biens, ne pourra faire aucun acte d'aliénation. Mais il faut nécessairement lui reconnaître le pouvoir de recevoir les capitaux dûs aux enfants à un titre quelconque; autrement les débiteurs de ce dernier ne pourraient se libérer qu'au moyen d'une consignation. Il devra être fait des capitaux reçus un emploi utile dont le tribunal pourra au besoin régler les conditions, mais sans pouvoir imposer aux tiers qui ont le droit de se libérer des précautions particulières à prendre.

429. Les juges peuvent ordonner que les enfants seront placés dans une maison d'éducation, et déterminer les conditions dans lesquelles les père et mère pourront alternativement les voir et les faire sortir (1). Ils sont même tenus de suivre à cet égard la volonté des père et mère si ces derniers se sont mis d'accord pour le choix d'une maison d'éducation (2). Mais une telle mesure ne changera rien aux solutions qui précèdent. Ainsi ce n'est pas le directeur de la maison d'éducation qui sera considéré comme ayant la garde de l'enfant placé dans sa maison, ce sera toujours le conjoint ayant obtenu le divorce qui aura cette garde, ou la tierce personne désignée par le tribunal.

§ 5. — Effets du divorce quant aux autres attributs de la puissance paternelle.

430. — Droit de surveillance des père et mère, art. 303.
431. — Du droit de correction.
432. — Déchéance de la jouissance légale encourue par celui contre qui le divorce a été prononcé, art. 386.

(1) Cass. 3 avril 1865, D. 65, 1, 386.
(2) Cass. 6 févr. 1865, D. 65, 1, 218.

433. — Le divorce n'apporte aucun changement à la condition des enfants, art. 304.

434. — Effets du décès ou de la conversion d'une séparation en divorce quant aux mesures ordonnées.

430. La mission de la personne à qui les enfants sont confiés ne s'exerce pas sans contrôle :

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

Avant le divorce, le droit de diriger l'entretien et l'éducation des enfants communs appartenait légalement au père seul.

Après le divorce, ce n'est plus nécessairement le père qui exerce ce droit ou qui remplit ce devoir; ce peut être la mère, ce peut même être un tiers, et si c'est un tiers, les deux époux ont un droit égal de surveillance. La règle contenue dans l'art. 303 pourrait encore être formulée de la manière suivante :

L'époux non gardien des enfants, a toujours un droit de surveillance quant à l'entretien et à l'éducation des enfants, aussi bien quand ces derniers ont été confiés à l'autre époux, que lorsqu'ils ont été confiés à une tierce personne.

Ce droit de surveillance pourra se traduire dans la pratique par une action en justice tendant à faire ordonner telle mesure nouvelle, ou modifier telle mesure déjà prise.

Ce droit peut être exercé *respectivement* par le père et la mère; c'est en cela que consiste la situation nouvelle, au point de vue qui nous occupe, créée par le divorce. Mais si chacun des ci-devant conjoints a également le droit de recourir aux tribunaux, c'est la volonté du père qui devra être sanctionnée, si l'intérêt de l'enfant n'est pas compromis.

En d'autres termes, avant le divorce (ou la séparation) le père était le seul juge de ce qu'exigeait l'intérêt de l'enfant au point de vue de son éducation, après le divorce, et en cas

de dissentiment sur ce point entre le père et la mère, les juges auront à apprécier, et chaque fois que l'intérêt de l'enfant sera sauvegardé, la volonté du père devra l'emporter sur celle de la mère. Ainsi, par exemple, il est reconnu qu'il est de l'intérêt de l'enfant commun d'être placé dans un pensionnat. Le choix du mari doit être sanctionné, pourvu qu'il ne soit pas vexatoire (1); on a même décidé qu'il lui appartient de choisir la marraine de l'enfant (2).

431. Le droit de diriger et de surveiller l'éducation a pour corollaire et pour complément le droit de correction. Quand la garde de l'enfant a été confiée à un tiers, il est certain que le droit de correction ne saurait appartenir à cet étranger qui n'a aucune autorité morale pour l'exercer. Mais il est non moins certain que le droit de correction ne peut pas, pour cela, disparaître. La question est de savoir s'il doit alors être exercé par le père seul, ou s'il appartient également au père et à la mère. Or l'art. 303 déclare que les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'éducation de leurs enfants, donc lorsque ces enfants sont confiés à un tiers, ils doivent avoir également le droit de correction, corollaire du droit d'éducation (3). Mais le texte dit qu'il en est ainsi, quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, donc quand même ils seraient confiés à la mère. Par conséquent dans cette dernière hypothèse, le père qui n'est pas déchu du droit de surveillance, n'est pas davantage déchu du droit de correction (4).

Le droit appartenant au père d'émanciper ses enfants, ne se rattache ni à l'administration des biens, ni à l'éducation de la personne. Il n'y a pas de texte qui amoindrisse ce droit

(1) Trib. Lyon, 10 mars 1866, D. 67, 3, 96.
(2) Cass. 29 juin 1868, D. 71, 5, 352.
(3) LAURENT, t. III, n° 294, Bruxelles, 9 mars 1874, *Pas.*, 74, 2, 200.
(4) *Contrà*, LAURENT, *loc. cit.*

dans la personne du père, en cas de divorce, et qui en transporte l'exercice à la mère concurremment avec le père. Le père conserve donc toujours le droit d'émanciper ses enfants, même quand il n'en a pas la garde, et cette émancipation doit produire toutes les conséquences que la loi a attachées à cette mesure (V. *ci-dessus*, p. 432).

432. Il existe au contraire un texte en ce qui concerne la jouissance légale : « Cette jouissance, dit l'art. 386, n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé, et elle cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage. » Le père est donc déchu de cette jouissance si le divorce a été prononcé contre lui. On demande alors à qui profite cette déchéance, pourrait-elle profiter à la mère? Oui, s'il existait un texte qui lui permette de réclamer cette jouissance du vivant du père, ou si cette jouissance apparaissait comme une conséquence naturelle de la situation envisagée. Mais il n'y a pas de texte, et la jouissance légale destinée à salarier des soins dont les père et mère sont naturellement tenus, aboutit à faire payer par l'enfant lui-même la dette de ses parents envers lui. Par conséquent le divorce en mettant fin à la jouissance légale de celui contre qui il a été prononcé, rétablit l'enfant dans la situation qui aurait toujours dû être la sienne (1).

433. Du reste, le divorce ne doit amener aucun changement dans la condition des enfants, ni modifier les expectatives légitimes pouvant exister à leur profit :

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

Cela avait à peine besoin d'être dit.

ART. 305. *Abrogé.*

(1) CARPENTIER, *Traité du divorce*, n° 393.

434. Les dispositions du jugement de divorce ou de séparation cessent de produire leur effet par le décès de l'un des époux. La tutelle s'ouvre dans ce cas, au profit du survivant des père et mère (art. 390) (1).

Il en serait autrement si la séparation était convertie en divorce. La conversion laisse subsister toutes les dispositions du jugement de séparation compatibles avec la situation nouvelle. Il en est ainsi notamment de la pension alimentaire allouée en vertu de l'art. 301, et de la garde des enfants (2).

(1) Cass. 13 août 1884, D, 85, 1, 40.
(2) Voy. Poitiers, 21 juill. 1890, D. 91, 2, 73.

CHAPITRE IV.

DE LA SÉPARATION DE CORPS.

§ 1er. — Causes, procédure et effets de la séparation.

435. — Caractères généraux de la séparation de corps.
436. — Les causes de séparation sont, théoriquement, les mêmes que celles du divorce, art. 306.
437. — Pratiquement, la manière dont elles sont appréciées par le juge n'est pas la même.
438. — De la procédure en séparation de corps, art. 307; des étrangers.
439. — Elle ne peut avoir lieu par consentement mutuel.
440. — Effets de la séparation quant aux personnes.
441. — Effets quant aux intérêts pécuniaires; elle entraîne la séparation de biens, art. 311.
442. — Déchéance du préciput encourue par l'époux contre qui la séparation est prononcée, art. 1518.
443. — *Quid* des déchéances résultant de l'art. 299?
444. — Autres déchéances encourues.
445. — Cessation de la séparation de corps.

435. La séparation de corps est l'état de deux époux qui, tout en conservant cette qualité, ne sont plus dans l'obligation ni dans le droit de vivre en commun (1).

Puisqu'il n'y a plus de vie commune, la séparation de biens doit désormais remplacer le régime qui déterminait la contribution des époux aux charges du ménage, et l'administration des biens affectés à ces mêmes charges.

Mais les autres effets du mariage persistent; les époux notamment, continuent d'être tenus des devoirs de fidélité et d'assistance. La nécessité pour la femme d'obtenir, le cas échéant, l'autorisation de son mari dure toujours.

Si la séparation de corps, malgré ses inconvénients évidents, a été maintenue à côté du divorce, c'est pour donner

(1) Marcadé, t. I, p. 599.

satisfaction aux époux à qui la vie commune était rendue insupportable, et qui cependant ne croyaient pas pouvoir recourir à une mesure entraînant la rupture complète du lien conjugal. Tout a été dit sur ce point; il est inutile d'y insister.

436. La séparation de corps devait donc être organisée de manière à pouvoir être invoquée par tous ceux qui auraient le droit de réclamer le divorce, mais par ceux-là seulement.

Donc, théoriquement, il fallait n'admettre aucune distinction entre les événements pouvant servir de cause au divorce, et les événements pouvant servir de base à la séparation de corps.

C'est ce qu'a fait le législateur :

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

Par conséquent, c'est aux parties seules qu'il appartient de choisir entre les deux solutions que leur offre la loi.

A l'occasion des mêmes faits, appréciés quant à leur gravité intrinsèque de la même manière, la loi donne aux intéressés le droit d'opter entre une demande en divorce et une demande en séparation. Il ne saurait par conséquent appartenir aux tribunaux de considérer la même cause comme suffisante dans un cas, pour entraîner la séparation, et comme insuffisante dans l'autre, pour conduire au divorce (1). En effet, bien que la séparation de corps et le divorce aient un but et des effets différents, les causes de l'une et de l'autre action, dit la Cour de cassation, doivent être appréciées de la même façon (2).

437. Mais cette théorie, malgré sa rigueur géométrique, ne pouvait tenir contre les faits, et la loi elle-même a fourni les moyens de la combattre, et finalement de la faire disparaître.

(1) CARPENTIER, *loc. cit.*, n° 394.
(2) Cass. 28 juillet 1886, *Loi*, 11 fév. 87.

Cette théorie est d'abord contredite par l'art. 239, qui permet à l'époux demandeur en divorce, de transformer sa demande en simple demande de séparation de corps, en tout état de cause, même en appel. Il en résulte, suivant une juste observation (1), qu'un époux qui, d'après la tournure des débats, peut craindre de voir échouer sa demande, si les faits perdent un peu de la gravité qu'il leur attribuait, sera tenté de la transformer, en abaissant ses prétentions, de façon à obtenir plus sûrement des juges, cette demi satisfaction. Il est facile de prévoir que le tribunal ou la Cour lui accorderont l'une plus facilement que l'autre.

D'un autre côté, les juges ont été reconnus investis d'un pouvoir souverain d'appréciation, quant au point de savoir s'il y a lieu de convertir une séparation de corps en divorce, quand cette conversion est demandée. Ils peuvent notamment, user de ce pouvoir, quand la conversion est demandée par l'époux offensé, qui avait précédemment obtenu la séparation de corps; ce qui revient à dire qu'ils peuvent, dans ce cas, déclarer que les faits, assez graves pour avoir motivé une séparation, ne le sont pas assez pour justifier le divorce.

« On arrive ainsi, par un double chemin, dit M. Planiol (2), à mettre les tribunaux à même d'établir une sorte de hiérarchie entre le divorce et la séparation de corps. »

La Chambre des requêtes a consacré cette hiérarchie; elle a décidé que les tribunaux faisaient une application juridique de l'art. 306, en déclarant que les causes qui avaient motivé la séparation de corps, n'étaient pas de nature à justifier la rupture complète du lien conjugal (3). »

Si la loi est réformée, comme on le demande, en ce que les juges seront toujours tenus de convertir la séparation de

(1) *Revue critique, Examen doctrin.*, 1889, p. 550.
(2) *Ibid.*
(3) Cass. 11 janv. 1887, S. 88, 1, 374.

corps en divorce, quand la demande en sera régulièrement faite, l'un des deux chemins ci-dessus indiqués sera fermé, mais l'autre restera ouvert. Il n'est pas possible qu'il en soit autrement, parce qu'il n'est pas possible d'enlever aux juges leur pouvoir d'appréciation en ce qui touche les excès, sévices, injures graves, dont l'infinie variété présente d'innombrables nuances. Sans doute, on peut bien défendre aux juges de fonder leurs décisions sur des considérations contraires à l'intention du législateur, et de substituer ainsi leur propre opinion sur l'opportunité ou la moralité de la loi à celle du législateur qui l'a établie (1). Mais on ne peut pas les empêcher de mesurer la gravité des faits allégués d'après la nature du but à atteindre, et par suite de les trouver suffisants dans un cas et insuffisants dans l'autre.

Ainsi donc l'assimilation faite par l'art. 306 entre les causes pouvant motiver une demande en divorce et les causes pouvant motiver une demande en séparation n'est vraie que pour les catégories abstraites créées par la loi, elle cesse de l'être pour les espèces particulières soumises aux juges.

438. En ce qui touche la procédure, l'assimilation entre l'instance en séparation de corps et l'instance en divorce est plus complète.

Le projet primitif ne s'occupait pas de la séparation de corps. Tandis que ce projet était soumis à l'examen de la commission du Sénat, le gouvernement pensa qu'il était utile de compléter l'œuvre de révision qui se poursuivait en matière de divorce. Voici comment s'explique, à cet égard, le rapport supplémentaire qui a été présenté au Sénat le 28 novembre 1885 :

« La procédure de la séparation de corps n'est réglée que par les art. 875 à 880 du Code de procédure. Il résulte de ce laconisme du législateur que, sur beaucoup de points, on a été obligé, dans la pratique, de recourir aux dispositions du

(1) Pau, 9 août 1886, D. 87, 2, 204.

Code civil concernant le divorce, bien que le divorce eût été aboli par la loi du 16 mai 1816. Les auteurs de cette loi avaient reconnu l'insuffisance des dispositions relatives à la séparation de corps, et ils avaient soumis, le 7 décembre 1816, à la Chambre des pairs, un projet complet de réglementation. Cette tentative resta sans résultat. Depuis nous ne trouvons d'autres dispositions concernant la séparation de corps qu'une ordonnance du 16 mai 1835, décidant que les demandes en séparation devront être jugées en audience ordinaire et non en audience solennelle ; et une loi du 6 décembre 1850 (dernier alinéa de l'art. 313 du Code civil) réglant une question de désaveu d'enfant. Si, comme cela est maintenant admis, les règles de procédure édictées par le Code civil en matière de divorce sont aujourd'hui d'une application très difficile, s'il convient de les simplifier, il ne serait guère rationnel que le législateur maintint la nécessité d'y recourir pour compléter la réglementation insuffisante des art. 875 à 880, sur la procédure de séparation. Il est plus logique de généraliser la réforme sur tous les points où il y a utilité à le faire. La commission a donc adopté, sans hésitation, la proposition du gouvernement. Il suffit de lire les dispositions des art. 236 à 244 de notre nouvelle rédaction, pour reconnaître que leur application se justifie aussi bien en matière de séparation de corps qu'en matière de divorce.

« L'extension de la réforme peut être réalisée par l'insertion, dans l'art. 307 du Code civil, d'une disposition rendant les nouveaux art. 236 à 244 applicables à la demande en séparation de corps. »

C'est ce qui a été fait :

ART. 307. Elle sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile ; néanmoins, les art. 236 à 244 lui seront applicables ; elle ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux. — Le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête et suivre l'instance à fin de séparation.

L'application à la séparation des art. 236 à 244, a pour résultat d'enlever toute autorité à la jurisprudence antérieure qui ne serait pas en harmonie avec les dispositions nouvelles.

Les art. 875 à 880, C. pr. c., continuent de régir la séparation de corps. Le législateur subissant lui-même l'influence des faits, laisse apparaître dans la procédure qu'il a organisée la différence réelle qui existe entre la gravité de la demande en divorce et la gravité moins accusée de la demande en séparation.

Ainsi, le demandeur doit adresser au président une requête accompagnée des pièces à l'appui, s'il en existe (art. 875, C. pr. c.); mais il n'est pas nécessaire, comme pour les demandes en divorce, qu'il présente sa requête en personne; si donc il ne peut pas se déplacer, le président n'a pas à se transporter chez lui.

Le président répond par une ordonnance fixant le jour de la comparution des époux (art. 876, C. pr. c.); mais il n'est pas exigé que la citation à comparaître soit notifiée par un huissier commis.

Les parties comparaissent en personne sans pouvoir se faire assister d'avoués ni de conseils (art. 877, C. pr. c.).

A défaut de conciliation, le juge autorise la femme à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties seront convenues, ou qu'il indiquera d'office; il ordonnera que les effets à l'usage journalier de la femme lui seront remis. Il pourra aussi, par la même ordonnance, en vertu du nouvel art. 238, § 2, statuer sur les provisions réclamées par la femme demanderesse ou défenderesse.

Le président n'a plus besoin d'autoriser expressément la femme à procéder sur sa demande, car le nouvel art. 238, § 4, déclaré applicable à la séparation de corps, porte que par le seul fait de l'ordonnance, la femme est autorisée à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits, et

à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont les suites.

Les règles concernant les mesures provisoires et conservatoires et le sort des actes passés par le mari en fraude des droits de la femme sont les mêmes que pour le divorce (art. 242, 243, 307).

Les enquêtes auront lieu en la forme ordinaire, et il faudra appliquer, quoique la loi ne le dise pas, les dispositions relatives au témoignage des enfants et des serviteurs et domestiques.

Mais dans le cas où la séparation est demandée pour cause de condamnation pénale, il faudra écarter les dispositions de l'ancien art. 261 que la jurisprudence avait étendues à la séparation de corps.

La cause est portée en audience publique, sauf au tribunal à ordonner le huis-clos, si cela paraît nécessaire. La reproduction des débats par la voie de la presse est interdite (art. 239, 307); le tout comme au cas de divorce, sauf que le tribunal ne pourrait pas, quand le droit du demandeur est établi, suspendre le jugement pendant un délai de six mois.

Les jugements sur demandes en séparation de corps sont susceptibles d'appel. Le délai d'appel n'est pas suspensif de l'exécution comme en matière de divorce (V. ci-dessus, n° 384), mais seulement l'appel interjeté. Quant au pourvoi en cassation, il n'est pas suspensif comme en matière de divorce (V. ci-dessus, n° 384).

D'après l'art. 880, C. pr. c., extrait du jugement prononçant la séparation sera inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux que dans les chambres d'avoués et notaires, comme il est dit en l'art. 872; — mais il n'y aura pas transcription du jugement.

Notre art. 307 contient une disposition spéciale au sujet de la demande en séparation qui peut être formée au nom d'un individu judiciairement interdit, alors que le divorce ne pour-

rait pas être demandé pour lui (V. ci-dessus, n° 305). Il y avait eu quelques difficultés sur le point de savoir si le tuteur, qui doit représenter l'interdit, avait besoin d'être autorisé par une délibération du conseil de famille. C'est dans ce sens que se prononce le texte nouveau.

Quant à la question de savoir si l'interdit pourrait intenter lui-même l'action en séparation de corps dans un intervalle lucide, nous nous en référons à ce que nous avons dit plus haut (n° 305) au sujet de l'action en divorce. Mais ce sont là des difficultés purement théoriques.

A l'égard des étrangers, nous avons déjà fait observer que la jurisprudence considère les tribunaux français comme incompétents pour statuer sur les demandes en séparation qui les concernent. Mais exceptionnellement, la compétence des tribunaux français pourra résulter des traités, et notamment de la clause du *libre et facile accès* (1).

439. Enfin on aura remarqué la disposition de notre art. 307 qui prohibe la séparation par consentement mutuel. Cette prohibition avait besoin d'être exprimée sous l'empire des textes qui permettaient le divorce par consentement mutuel. Si on l'a maintenue malgré la disparition de cette espèce de divorce, c'est probablement pour empêcher qu'on pût argumenter du silence de la loi en faveur d'un changement de système, à l'effet principalement de soutenir la validité de certaines conventions.

La Cour de cassation a en effet décidé que toute convention qui a pour objet de régler les conditions d'une séparation volontaire entre époux, est nulle comme ayant une cause illicite, et que cette nullité vicie indistinctement toutes les clauses d'une semblable convention, dans laquelle les engagements réciproques des contractants ont également pour

(1) Cass. 5 juin 1885, D. 85, 1, 354; trib. Seine, 6 déc. 1887, *Droit*, 17 déc. 1887; comp. trib. Seine, 11 mars 1888, *Droit*, 19 avril 1888.

cause le maintien et le règlement de la séparation prohibée par la loi (1).

Si la loi repousse la séparation par consentement mutuel, c'est surtout parce que la séparation de corps entraîne nécessairement la séparation de biens, et qu'une séparation de biens ne peut pas intervenir à l'amiable durant le mariage. La séparation de corps aurait pu, en effet, être convenue entre les époux, dans le but de frustrer les créanciers du mari, et de modifier en réalité le contrat de mariage en substituant un régime à un autre; les époux se seraient ensuite réunis, rétablissant en fait la vie conjugale, mais laissant subsister la séparation de biens.

440. La séparation de corps a pour effet principal de dispenser les époux de l'obligation de vivre ensemble, et de toutes les conséquences de cette obligation.

Par conséquent la femme séparée a le droit de choisir sa résidence et d'avoir un domicile distinct de celui de son mari, sans que les tribunaux puissent, pour n'importe quel motif, apporter à ce droit évident une restriction quelconque (2).

Mais le lien du mariage n'étant pas rompu, tous les devoirs attachés à la qualité d'époux, et qui n'exigent pas la communauté d'habitation, continuent d'exister.

Ainsi, les époux séparés se doivent encore fidélité; mais ce devoir est désormais dépourvu de sanction à l'égard du mari, puisque ce dernier n'est punissable que lorsqu'il a tenu sa concubine dans la maison conjugale, et qu'il n'y a plus désormais de maison conjugale.

De ce que le devoir de fidélité subsiste, il suit que la présomption de paternité établie par l'art. 312 dure toujours, mais n'a plus cependant, après la séparation, la même force que la loi lui attribue quand les époux sont réunis. C'est ce

(1) Cass. 14 juin 1882, D. 83, 1, 248.
(2) LAURENT, *loc. cit.*, n° 345.

qui résulte de la loi du 6 décembre 1850 qui trouvera son explication à propos de l'art. 313, § 2 (T. III, nº 13).

Le devoir de secours réciproque survit également à la séparation de corps, et se traduit par une pension alimentaire que l'un des époux peut réclamer à l'autre (1), sans qu'il y ait à distinguer entre celui qui a obtenu la séparation et celui contre qui elle a été prononcée. Il appartient aux juges de fixer le montant de cette pension en prenant en considération les besoins de celui qui la réclame, les ressources de celui qui la doit, et les conditions d'habitude et de fortune des deux époux (2).

441. En ce qui touche les intérêts pécuniaires des époux, les effets de la séparation de corps, sont faciles à prévoir.

Puisque la société de biens qui peut exister entre deux époux en vertu de leurs conventions matrimoniales est une conséquence de la vie commune,

ART. 311. La séparation de corps emportera toujours séparation de biens.

Chacun des époux reprendra donc la jouissance et l'administration de ses biens.

La femme par conséquent, sera remise à la tête de son patrimoine lorsque l'administration et la jouissance en appartenaient au mari, et, s'il y a eu communauté, elle pourra réclamer sa part dans cette communauté. A cet effet, et comme mesure conservatoire, elle pourra, en vertu de l'art. 909, § 1, C. pr. c., requérir l'apposition des scellés (3).

Mais la femme séparée reste frappée, pour les actes autres que les actes d'administration, de l'incapacité établie par les art. 215 et 217.

442. Passant à un autre ordre d'idées, la loi inflige cer-

(1) Cass. 27 janv. 1890, S. 90, 1, 216.
(2) Arrêt précité.
(3) Cass. 1er déc. 1886, S. 87, 1, 127.

taines déchéances à l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée.

D'abord dans le cas de *convention de préciput*, c'est-à-dire, s'il a été convenu que l'un des époux prendrait, avant tout partage, sur les biens de la communauté, soit une somme d'argent, soit un objet déterminé, celui des conjoints contre lequel la séparation est prononcée, est déchu de son droit au préciput (art. 1518).

443. Or le préciput est une *convention de mariage*, c'est-à-dire, en un certain sens, une convention à titre onéreux (art. 1516). Donc, si l'art. 1518 déclare que l'époux contre lequel la séparation a été prononcée est déchu de son droit au préciput, à plus forte raison doit-il être déclaré déchu des libéralités proprement dites qui lui ont été faites, c'est-à-dire qu'il y a lieu d'appliquer à la séparation de corps l'art. 299 déjà examiné.

On objecte que l'art. 299 contenant une déchéance ne peut être étendu d'un cas à un autre (1).

Mais il est inexact qu'il y ait deux cas envisagés par le législateur d'une manière distincte; il y a deux cas envisagés au contraire d'une manière unique. Le législateur de 1804 a admis la séparation de corps pour donner satisfaction à certains scrupules, il a donc nécessairement voulu attacher à la séparation les conséquences du divorce qui ne heurtent pas le principe de l'indissolubilité du mariage, autrement le but poursuivi n'aurait pas été atteint. C'est donc avec raison que la Cour de cassation a décidé par l'arrêt solennel du 23 mai 1845 (2), que les avantages dont parle l'art. 299 sont révoqués de plein droit, par le fait de la séparation, au préjudice de l'époux par qui elle a été encourue.

Le législateur de 1884 en négligeant de statuer sur cette

(1) AUBRY et RAU, t. V, § 494, note 32; LAURENT, t. III, n° 354.
(2) S. 45, 1, 321; — Caen, 11 fév. 1880, D. 82, 2, 183.

question semble avoir voulu adhérer à la solution consacrée par la jurisprudence, alors surtout que, dans les discussions auxquelles la loi nouvelle a donné lieu, notamment au Sénat, sur l'art. 310, divers orateurs ont avancé comme un point constant, et sans rencontrer de contradicteurs, que l'art. 299 était applicable à la séparation de corps (1).

444. Il existe encore d'autres déchéances édictées par des lois spéciales :

Ainsi, la loi du 14 juillet 1866, qui accorde au conjoint survivant la jouissance des droits d'auteur appartenant à son conjoint prédécédé, déclare que ce droit de jouissance n'a pas lieu au profit de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée (art. 1).

De même, la femme dont la conduite a entraîné contre elle la séparation de corps, est privée, si elle devient veuve, de tout droit à une pension de retraite du chef de son mari (Lois des 11 avril 1831, art. 20; 18 avril 1831, art. 20; 9 juin 1853, art. 13).

Les déchéances ci-dessus énumérées sont les seules ;

Ainsi, la séparation de corps ne dissolvant pas le mariage, laisse subsister le droit de successibilité réciproque entre époux (arg. art. 767);

Elle ne fait pas perdre non plus à l'époux contre qui elle a été prononcée la jouissance légale accordée par l'art. 384 (arg. art. 386);

Le principe que la prescription est suspendue entre époux (art. 2253) persiste malgré la séparation de corps.

Enfin l'hypothèque légale de la femme séparée demeure dispensée d'inscription; ce n'est qu'après la dissolution du mariage que la femme ou ses héritiers sont obligés d'inscrire cette hypothèque dans le délai d'une année pour lui conserver son rang (L. 23 mars 1855, art. 8).

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 791.

Les effets de la séparation de corps quant aux enfants, seront réglés par extension à notre matière des art. 302 et 303. C'est la décision à peu près unanime de la doctrine et de la jurisprudence (1).

445. La séparation de corps peut cesser par le pacte de réconciliation suivi d'exécution réelle, c'est-à-dire du rétablissement de la vie commune. Tout ce qui a été dit plus haut sur la réconciliation en cas de divorce (n° 362) doit recevoir ici son application. La réunion des époux ne fait pas cesser la séparation de biens. Pour que l'ancien régime matrimonial soit rétabli, il faut une convention passée dans la forme prescrite par l'art. 1451.

La séparation prend encore fin par la conversion, dont nous allons parler, du jugement de séparation de corps en jugement de divorce.

§ 2. — Conversion du jugement de séparation en jugement de divorce.

446. — Nécessité pour les conjoints de pouvoir convertir la séparation en divorce.
447. — Cette nécessité est consacrée par la loi, art. 310, § 1.
448. — Capacité requise pour demander la conversion.
449. — Tribunal compétent.
450. — Conditions de recevabilité de la demande; délai de trois ans à observer.
451. — Ce délai ne concerne pas les instances principales en divorce, fondées sur des faits étrangers à ceux qui ont motivé la séparation.
452. — Celui qui a obtenu la séparation pourrait-il, avant l'expiration de trois années, intenter une action principale en divorce, fondée sur les mêmes faits?
453. — Des demandes reconventionnelles en conversion.
454. — Procédure de l'instance en conversion, art. 310, § 2 et suiv.
455. — Demandes accessoires à la demande en conversion; pouvoirs du juge à cet égard,

(1) Cass. 24 juillet 1878, D. 78, 1, 471.

456. — Spécialement en ce qui touche les demandes relatives à la dette alimentaire.
457. — Limitations nécessaires.

446. La séparation de corps est un régime équivoque, mal défini et qu'il est difficile de concevoir comme devant devenir un état permanent. Par la force des choses c'est un état transitoire, et les améliorations dont il est susceptible ne lui feront pas perdre ce caractère lorsqu'elles seront réalisées par le législateur. C'est un état transitoire dont les parties sortiront quelquefois par la réconciliation, mais dont elles voudront le plus souvent sortir par le divorce. Quand la réconciliation paraîtra tout à fait impossible ou improbable, il est facile de comprendre que les parties songeront à transformer cette séparation en divorce.

L'ancien art. 310 du Code, portait :

« Lorsque la séparation de corps prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme aura duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur, pourra demander le divorce au tribunal, qui l'admettra, si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation. »

On admettait en effet que l'époux ayant succombé dans l'instance en séparation de corps ne pouvait pas, quelque coupable qu'il fût, être indéfiniment privé du droit de se marier par le fait de son conjoint. Quant à ce dernier, il aurait pu s'il l'avait voulu demander le divorce. Ne l'ayant pas fait, il n'avait plus rien à réclamer.

Cette prohibition à l'égard de l'époux qui a triomphé en première instance a paru excessive. D'un autre côté le principe de l'égalité de situation à maintenir entre les deux conjoints ne permettait pas de refuser à la femme contre laquelle la séparation de corps avait été prononcée pour cause d'adultère, le bénéfice de la conversion. Enfin on a pensé qu'il était préférable de donner un certain pouvoir

d'appréciation au juge saisi d'une demande en conversion; la conversion n'est donc plus obligatoire.

447. C'est de la combinaison de ces idées qu'est sortie la rédaction nouvelle adoptée par le législateur.

ART. 340, § 1. Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce, sur la demande formée par l'un des époux.

Le droit de demander la conversion de la séparation de corps en divorce, lorsque cette séparation a duré plus de trois ans, appartient aussi bien à l'époux contre lequel la séparation a été prononcée qu'à son conjoint; la jurisprudence est unanime sur ce point (1).

448. Quant à la capacité requise chez les plaideurs, elle est évidemment la même que celle qui est requise pour l'action directe en divorce. Il a été notamment jugé que le droit de l'un et de l'autre des époux séparés de corps, de demander, après trois ans révolus, la conversion de la séparation endivorce, est un droit absolu et essentiellement personnel dont un conseil judiciaire ne peut paralyser l'exercice en refusant son assistance pour l'introduction de l'instance en conversion (2). Mais la Cour de Paris en formulant cette vérité incontestable, en a tiré une conséquence bien inattendue, en décidant que, par suite, si le conseil judiciaire nommé à un prodigue, refuse d'assister celui-ci dans l'instance en conversion, il y a lieu pour le tribunal, sans entrer dans l'examen du bien-fondé de la demande, de nommer au prodigue un conseil judiciaire *ad hoc* pour l'assister dans cette instance, ce conseil *ad hoc* restant d'ailleurs libre de prendre telles conclusions qu'il avisera (3)! Mais le conseil judiciaire *ad hoc* est aussi inutile que le conseil judiciaire ordinaire (V. ci-dessus, n° 307).

(1) Bourges, 22 nov. 1886, D. 87, 2, 80; Paris, 25 mars 1890, S. 90, 2, 107.

(2) Arrêt de Paris du 25 mars 1890, précité.

(3) *Ibid.*

449. Le projet du gouvernement avait ajouté à l'art. 310 une disposition portant que le tribunal compétent pour statuer sur une demande de conversion, serait, quel que fût le domicile actuel des parties, le tribunal qui aurait prononcé la séparation. Cet amendement déjà repoussé en 1884 (séance du 24 juin) n'a pas été accueilli par la commission du Sénat. Le droit commun recevra donc son application : le tribunal compétent sera celui du défendeur.

450. Pour que la demande en conversion soit recevable, il faut que la séparation ait duré trois ans consécutifs. Il faut que trois ans se soient écoulés entre le moment où la séparation de corps est devenue définitive, et l'introduction de la demande en conversion. Il ne suffirait pas que le délai de trois ans fût accompli au jour du jugement ou même de l'arrêt statuant sur la conversion (1). Ce délai est franc; le *dies a quo*, c'est-à-dire le jour où le jugement de séparation est devenu définitif, ne compte pas dans ce délai.

Enfin pour que la demande de conversion en divorce d'un jugement de séparation de corps soit recevable, il faut évidemment que ce jugement ait une existence légale. Si donc il était tombé en péremption faute d'exécution dans les délais de la loi, la demande devrait être rejetée et la fin de non-recevoir pourrait même être suppléée d'office par le tribunal (2).

451. Les règles ci-dessus ne comportent aucune difficulté d'application quand les époux séparés ne formulent à l'appui de leur demande aucun fait nouveau; ils ne peuvent agir en ce cas que par la voie de la conversion et après l'expiration du délai de trois ans.

Il ne saurait davantage y avoir difficulté, quand les époux

(1) Cass. 28 nov. 1887, S. 90, 1, 113.
(2) Paris, 12 août 1885, S. 87, 2, 135.

invoquent seulement des griefs étrangers à la demande en séparation et survenus postérieurement. Ils ne peuvent alors être astreints au délai de trois ans, mais ils doivent agir par l'action directe en divorce, et non par la voie de la conversion (1).

De même, l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, et qui ne s'est pas porté reconventionnellement demandeur, n'a pas besoin d'attendre l'expiration d'un délai quelconque, pour former une demande principale en divorce, même pour des faits antérieurs au jugement de séparation.

452. Mais celui qui a obtenu la séparation de corps, et qui, à ce régime, voudrait substituer le divorce, n'a-t-il à son service d'autre ressource que la conversion? Ne pourrait-il pas intenter, avant les trois ans, une instance principale en divorce, ayant pour base les mêmes faits qui ont motivé le jugement de séparation? Théoriquement, l'affirmative ne saurait faire aucun doute; il s'agit de deux demandes distinctes, et l'exception de chose jugée ne saurait avoir d'application à l'espèce. Mais précisément, l'art. 310 a institué, pour ce cas, une fin de non-recevoir tirée de la non expiration du délai de trois ans. L'opinion contraire conduit à méconnaître la portée générale de l'art. 310, et à ne lui laisser d'utilité que pour le cas où il serait invoqué par celui qui a succombé dans le procès en séparation. En effet,

Si celui qui a obtenu la séparation, peut agir immédiatement par l'action en divorce, la disposition de l'art. 310, en ce qui le concerne, n'a plus aucune signification.

D'un autre côté, ce même art. 310 ne concerne pas l'époux qui a succombé dans l'instance en séparation, en tant que cet époux voudrait intenter directement une action principale en divorce.

(1) Paris, 22 juillet 1886, D. *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, n° 677.

Donc, l'art. 310 ne serait véritablement utile que pour le cas où l'époux qui a succombé, voudrait demander lui-même la conversion; c'est celui-là seulement, qui serait obligé d'attendre que la séparation de corps ait duré trois ans. Or, la loi dit positivement que les deux époux doivent attendre l'expiration de ce délai de trois ans; il faut donc admettre que la non expiration du délai crée une fin de non-recevoir contre l'action principale en divorce, que voudrait intenter celui qui a obtenu la séparation de corps (1). La difficulté a fait l'objet d'une discussion au Sénat et à la Chambre des députés, mais non d'un vote spécial. Il faut donc que l'art. 310 se suffise à lui-même.

453. Le défendeur à une demande en conversion peut répondre à cette demande, soit par une demande reconventionnelle en conversion, soit par une demande principale en divorce.

Les demandes reconventionnelles sont en effet recevables, même en appel, aussi bien dans les instances en conversion, que dans les instances principales en divorce (2). Il va de soi que la demande reconventionnelle doit être également une demande en conversion pure et simple du jugement ayant prononcé la séparation de corps, en jugement de divorce. Par conséquent, la conversion doit toujours être prononcée aux torts de l'époux contre qui le jugement de séparation a été rendu. Donc, si la séparation a été prononcée aux torts de l'époux contre lequel la conversion est demandée, ce dernier ne pourrait, au moyen d'une demande reconventionnelle, obtenir que la conversion soit prononcée aux torts de son conjoint ou aux torts réciproques des deux

(1) En ce sens : Trib. Seine, 17 mai 1886, D. *Répert. Suppl., loc. cit.*, n° 678, note 2; Paris, 22 juillet 1886, *ibid.*, note 1. — CARPENTIER, *loc. cit.*, n° 400.

(2) Montpellier, 4 déc. 1889, D. 91, 2, 53.

parties. Les juges saisis de la demande en conversion ne peuvent, en effet, comme nous le verrons bientôt, réviser le jugement de séparation (1).

La Cour de Montpellier a méconnu cette règle en décidant que l'époux défendeur à une demande en conversion d'un jugement de séparation rendu contre lui, pouvait en se fondant sur des faits postérieurs au jugement, demander reconventionnellement la conversion en sa faveur (2). Il aurait dû agir par voie principale en divorce.

Il y aurait eu dans ce cas deux actions parallèles poursuivies soit devant le même tribunal, soit devant deux tribunaux différents. Ces deux demandes devraient être poursuivies et jugées séparément (3); il faudrait appliquer par analogie les règles plus haut exposées (n° 343) à l'occasion de l'art. 230 § 3, sauf qu'il n'est pas possible de prononcer la jonction de deux instances aussi différentes (4).

454. La demande en conversion est soumise, par la loi, à une procédure spéciale plus rapide que la procédure ordinaire du divorce.

ART. 310, § 2. Cette nouvelle demande sera introduite par assignation à huit jours francs, en vertu d'une ordonnance rendue par le président. — Elle sera débattue en chambre du Conseil. — L'ordonnance nommera un juge rapporteur, ordonnera la communication au ministère public et fixera le jour de la comparution. — Le jugement sera rendu en audience publique. — La cause en appel sera débattue et jugée en chambre du Conseil, sur rapport, le ministère public entendu. L'arrêt sera rendu en audience publique.

L'ordonnance du président a pour but, non d'accorder une permission qui pourrait être refusée, mais de fixer le jour de la comparution, de commettre un juge rapporteur, et de prescrire la communication au ministère public.

(1) Cass. 11 fév. 1889, S. 89, 1, 225.
(2) Arrêt précité du 4 déc. 1889.
(3) Trib. Seine, 22 janv. 1885, D. *Répert.*, *Suppl.*, *loc cit.*, n° 681, note 2.
(4) Caen, 7 juillet 1885, DALLOZ, *ibid.*, n° 682, note 1.

Les parties pourront se faire assister d'avoués et avocats en la chambre du Conseil. La présence du greffier est nécessaire. La formalité du rapport en cause d'appel est requise à peine de nullité. Par conséquent serait nul l'arrêt dont les qualités, ni les motifs, ni le dispositif ne constateraient que la cause a été débattue et jugée sur ce rapport (1).

S'il s'agit d'époux étrangers séparés de corps et que l'un d'eux demande la conversion de la séparation en divorce, les tribunaux français pourront être valablement saisis, et la demande sera appréciée d'après la loi nationale des intéressés. Le délai fixé par la loi étrangère devra être observé, mais la procédure française devra être suivie. Ainsi la demande devra être portée devant la chambre du Conseil, quand même la loi nationale des époux imposerait la voie de la procédure ordinaire pour obtenir la conversion (2).

455. La circonstance que la cause sera débattue en chambre du Conseil, indique bien que la compétence des juges saisis d'une instance en conversion est limitée à la transformation de la séparation de corps en divorce. On peut donc dire d'une manière générale que les mesures accessoires ou provisoires qui intéressent les époux en instance de conversion, ne peuvent faire l'objet que d'une instance distincte et principale. Le tribunal de Marseille s'est servi pour exprimer cette idée d'une formule qu'il importe de retenir; il a jugé que : « saisi par voie de demande en conversion, le tribunal ne peut que refuser ou accorder la conversion, et jamais toucher en quoi que ce soit au jugement de séparation de corps, notamment dans la partie relative aux libéralités des époux entre eux, à la garde des enfants, à la pension viagère accordée à l'époux qui a obtenu gain de cause; qu'accorder au tribunal un tel droit, ce serait lui conférer un droit de

(1) Cass. 17 avril 1889, S. 90, 1, 70.
(2) Lyon, 23 fév. 1887, *Droit*, 7 mai 1887.

révision du jugement de séparation de corps que l'intention du législateur a été de lui refuser, et non le simple droit de conversion qu'il lui a réellement donné (1). »

Nous pensons que ce point de vue est le vrai; quand le tribunal est saisi d'une demande principale de conversion et d'une demande accessoire, pour savoir s'il peut statuer sur cette demande accessoire, il faudra vérifier si la décision sollicitée sur ce point implique une révision de la sentence prononçant la séparation de corps. Il en sera ainsi, lorsque la demande accessoire aura pour objet la garde des enfants (2), et que cette garde aura fait l'objet de dispositions spéciales dans le jugement de séparation de corps. Mais si ce jugement ne contient sur ce point aucune disposition, le tribunal saisi de la demande en conversion doit pouvoir statuer sur la garde des enfants (3), car il ne révise pas alors le jugement de séparation de corps. Il doit encore, et pour le même motif, pouvoir statuer sur une provision *ad litem* (4), il serait absurde, en effet, d'exiger que les parties fassent un procès spécial pour savoir si une provision *ad litem* doit être allouée dans l'instance en conversion.

456. Que décider pour les demandes accessoires à la demande en conversion relatives à la dette alimentaire?

La Cour d'Aix a étendu la doctrine qui vient d'être développée au cas où il s'agit de prononcer la suppression de la pension alimentaire accordée à l'un des époux par le jugement de séparation de corps :

« Attendu, dit la Cour, que le juge doit se borner à prononcer ou à refuser la conversion demandée sans rien statuer au delà ; mais que loin de déroger à ce principe, il ne

(1) 19 nov. 1884, DALLOZ, *Répert.*, *Suppl.*, v° *Divorce*, n° 689, note 1. Comp. Douai, 29 juin 1885, D. 86, 2, 206.
(2) Paris, 5 mars 1886, *Gaz. Trib.*, 7 mars 1886.
(3) Trib. Seine, 28 févr. 1885, *Droit*, 16 avril 1885.
(4) Paris, 10 juill. 1885, *Gaz. Pal.*, 85, 2, 172.

fait que s'y conformer quand il dit que les effets du jugement converti cesseront en tant qu'ils seraient incompatibles avec le jugement qui lui est substitué (1). »

La Cour de cassation a confirmé implicitement cette solution, en décidant qu'en cas d'appel du chef seulement de la suppression de la pension, le débat ne présentant désormais qu'un intérêt pécuniaire devait avoir lieu à l'audience (2).

Elle a encore implicitement admis le même point de vue pour les demandes en pension alimentaire. Elle a jugé en effet que la demande en pension alimentaire intentée après le jugement de conversion par l'époux qui a obtenu le divorce a le caractère, non d'une demande accessoire à la demande de conversion, mais d'une demande principale qui n'est pas soumise aux règles spéciales édictées par l'art. 310 pour la procédure de conversion (3). Donc il en est autrement de la demande en pension alimentaire intentée en même temps que la demande en conversion, et comme accessoire de cette dernière.

457. Enfin la Cour suprême semble avoir admis implicitement et d'une manière générale que la chambre du Conseil a le droit de statuer sur les mesures provisoires (4).

Mais cette jurisprudence ne saurait recevoir d'application à l'égard des demandes qui, bien qu'introduites avec la demande en conversion, n'ont qu'un rapport éloigné avec cette dernière, et par conséquent ne sauraient en être considérées comme les accessoires ; telles que :

Une demande en désaveu d'enfant (5) ;

(1) Aix, 17 mars 1886, DALLOZ, *loc. cit.*, note 2.
(2) Cass. 7 fév. 1887, S. 90, 1, 535.
(3) Cass. 10 mars 1891, S. 91, 1, 48.
(4) Cass. 2 fév. 1887, *Loi*, 11 fév. 1887.
(5) Paris, 8 avril 1886, *Droit*, 16 avril 1886.

Une demande en remboursement de dépenses effectuées en faveur d'un enfant commun (1).

Remarquons en outre que, même dans les hypothèses où nous admettons que la chambre du Conseil pourrait être valablement saisie d'une demande accessoire à une demande de conversion, il n'existe aucune disposition de loi interdisant aux parties d'agir, pour ces mesures accessoires, telles qu'une demande de pension alimentaire, par voie d'action principale en audience publique (2).

§ 3. — Pouvoirs du tribunal quant à la conversion demandée.

458. — Le juge est investi d'un pouvoir souverain d'appréciation pour admettre ou rejeter la demande en conversion.
459. — Règle générale dominant l'exercice de ce pouvoir : Le juge ne peut modifier ni réviser le jugement prononçant la séparation.
460. — Principes directeurs pour le juge.
461. — Le juge doit rechercher uniquement si la réconciliation des époux est possible.
462. — Discordance de la jurisprudence.
463. — Cette discordance est la conséquence forcée du pouvoir d'appréciation mal à propos consacré par l'art. 310.
464. — La révision de l'art. 310 s'impose.

458. Supposons maintenant la demande en conversion complétement instruite et disposée à recevoir jugement; quels sont à cet égard les pouvoirs du juge?

Il résulte des termes de l'art. 310 que les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation pour admettre ou rejeter, suivant les circonstances, les demandes tendant à la conversion en divorce des jugements de séparation de corps (3).

(1) Paris, 22 janv. 1885, *Gaz. Pal.*, 85, 2, *Suppl.* 86.
(2) Paris, 16 juin 1888, S. 89, 2, 103.
(3) Cass. 11 janv. 1887, D. 87, 1, 334; Cass. 12 août 1885, S. 86, 1, 193; 3 mai 1886, S. 86, 1, 406.

459. Cependant l'exercice de ce pouvoir souverain est dominé par une règle fort importante, dont l'application a soulevé quelques difficultés, mais dont il est impossible de méconnaître le bien-fondé. Cette règle peut être ainsi formulée :

Les tribunaux ne sont nullement autorisés à modifier les dispositions du jugement de séparation de corps qui, ayant acquis l'autorité de la chose jugée, et n'étant pas incompatibles avec la nouvelle situation faite aux époux par la conversion, ne peuvent être l'objet d'une révision et doivent être intégralement maintenues (1). Cette règle n'est que la traduction de la formule adoptée par le législateur : il s'agit purement et simplement de *convertir* en jugement de divorce un jugement de séparation : de là il suit :

1° Que les juges saisis d'une demande en conversion d'une séparation de corps prononcée aux torts réciproques des deux époux, ne peuvent pas prononcer la conversion aux torts exclusifs de l'un d'eux (2);

2° Qu'il ne leur est pas davantage permis de substituer à la cause pour laquelle la séparation de corps a été prononcée, une cause différente (3) ;

3° Que la situation respective des parties demeure ce qu'elle était dans l'instance en séparation; que dès lors l'époux au profit de qui la séparation avait été prononcée, doit être considéré, après la conversion, comme ayant obtenu le divorce, encore bien que la demande en conversion ait été formée par l'autre époux (4).

460. Demeurant l'observation de la règle principale ci-dessus formulée, les juges du fait ont la plus grande latitude pour l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. N'y a-t-il pas, cependant, quelques principes directeurs pouvant leur servir

(1) Cass. 11 fév. 1889, S. 89, 1, 225.
(2) *Ibid.*
(3) Caen, 25 oct. 1887, S. 89, 2, 102.
(4) Cass. 4 fév. 1887, S. 89, 1, 228.

de guide dans l'exercice d'un pouvoir confinant de si près à l'arbitraire ?

La Cour de Pau a formulé cette règle que, pour repousser la demande de conversion, le juge ne doit pas se fonder sur des considérations contraires à l'intention du législateur, en substituant ainsi sa propre opinion sur l'opportunité ou la moralité de la loi à celle du législateur qui l'a établie (1).

Mais quelle est l'opinion du législateur en cette matière?

Est-il permis de dire que, d'après la loi du 27 juillet 1884, le divorce est préférable à la séparation de corps, et que, dans l'appréciation à faire, d'une demande en conversion le divorce doit être la règle générale et le rejet de la demande une exception ne pouvant être motivée que par des causes graves et particulières ? La Cour de cassation a condamné ce point de vue; elle entend que les juges prononcent, non d'après cette théorie, mais uniquement par suite de l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire (2).

Il est cependant impossible de méconnaître que la séparation de corps, depuis le rétablissement du divorce, n'a plus le même caractère qu'auparavant. Avant la loi du 27 juillet 1884, il n'était possible aux époux de sortir du régime de la séparation qu'au moyen d'une réconciliation. Depuis 1884, ils peuvent en sortir à l'aide d'une conversion. La constatation de ce point nous paraît devoir fournir aux juges du fait une base importante d'appréciation pour savoir quand ils doivent admettre ou rejeter une demande en conversion.

461. Ils doivent, à notre avis, rechercher uniquement si, d'après les circonstances de la cause, et même les faits postérieurs au jugement de séparation, la réconciliation paraît encore possible ou non entre les deux époux. C'est l'opinion

(1) Pau, 9 août 1886, D. 87, 2, 204.
(2) Cass. 12 janv. 1887, S. 88, 1, 375.

qui paraît l'emporter aujourd'hui dans la jurisprudence (1).

Tout autre point de vue conduit à des solutions absolument arbitraires.

Ainsi un grand nombre d'arrêts ont subordonné l'admission de la conversion à la condition que la prononciation du divorce ne soit de nature à porter atteinte, ni à l'intérêt des enfants issus du mariage ni à l'ordre public (2). Mais que vient faire ici l'ordre public! Il s'agit uniquement du droit des époux, et non d'intérêts tout à fait distincts de ce droit.

462. D'autres décisions n'accordent à l'époux contre qui la séparation a été prononcée le droit d'agir en conversion qu'autant qu'il aurait pu obtenir lui-même cette séparation à son profit, s'il avait intenté à cette époque une demande reconventionnelle (3).

Il en est d'autres encore qui subordonnent le sort de la demande en conversion formée par celui qui a succombé dans l'instance en séparation à la production de faits nouveaux imputables à son conjoint! C'est tout simplement lui refuser le droit d'action, contrairement au texte formel et à l'esprit de l'art. 310, sous prétexte qu'il ne peut pas trouver dans ses propres torts une base suffisante à une demande en conversion (4)!

Enfin, les juges se bornent fort souvent à déclarer d'une manière vague que les faits de la cause appréciés au point de vue de la conversion de la séparation en divorce, ont paru suffisamment graves pour motiver cette conversion (5).

(1) Voir les nombreux arrêts rapportés par DALLOZ, *loc. cit.*, n° 696, et CARPENTIER, *Loi du 18 avril 1886*, n° 205; Bourges, 22 nov. 1886, D. 87, 2, 80; Cass. 24 mars 1886, S. 89, 1, 251.

(2) Voir les arrêts rapportés par M. CARPENTIER, *loc. cit.*

(3) *Ibid.*

(4) Cass. 29 mars 1886, S. 86, 1, 415.

(5) On trouvera dans l'ouvrage précité de M. CARPENTIER, une nomenclature méthodiquement classée, de toutes les décisions rendues en matière de conversion, *loc. cit.*, p. 218 et suiv.

463. « Rien, dit avec raison M. Carpentier, ne nous paraît mieux fait pour condamner la conception législative de l'article 310 que cette variété, pour ne pas dire cette discordance de décisions que nous venons de signaler. Elle est d'autant plus condamnable qu'en reconnaissant aux tribunaux une sorte de pouvoir souverain, on les a pour ainsi dire soustraits au contrôle de la Cour de cassation (1). » Nous ajouterons que cette discordance de décisions produit la plus fâcheuse impression sur l'opinion publique qui ne peut comprendre qu'il intervienne des solutions aussi différentes dans des situations paraissant semblables.

Il est juste d'ailleurs de reconnaître que l'art. 310 a été le résultat d'une sorte de transaction avec les adversaires du divorce, mais la concession qui leur a été faite a donné, dans la pratique, des résultats fort opposés à ceux qui étaient attendus. Il arrive souvent en effet que des individus qui auraient demandé la séparation, sauf à recourir plus tard à la conversion en divorce considérée comme remède extrême, préfèrent demander immédiatement le divorce à cause des incertitudes de la jurisprudence.

464. Toutes ces considérations ont rendu indispensable une révision de l'art. 310. Au cours des travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886, un amendement fut présenté afin de rendre obligatoire, et non plus facultative, la transformation de la séparation de corps en divorce après trois ans. Cet amendement a été repoussé, mais l'idée qui lui sert de base a été reprise, et est actuellement en délibération devant les Chambres (2).

(1) CARPENTIER, *loc. cit.*, p. 218; Cass. 12 août 1885, S. 86, 1, 193 et la note de M. Labbé.

(2) Chambre, *Rapport*, doc. 1888, p. 263. *Exposé des motifs*, doc. 1890, p. 1261; *Rapport*, doc. 1890 (session extraord.), p. 457.

§ 4. — Effets de la conversion, dispositions transitoires.

465. — Effets du jugement de conversion sur la dette alimentaire, résultant de l'art. 301,
466. — Ou résultant de l'art. 212.
467. — Cas où le jugement de séparation n'a pas indiqué le caractère de la pension allouée.
468. — Autres effets du jugement de conversion ; dépens, transcription.
469. — Dispositions transitoires de la loi du 18 avril 1886.
470. — Application aux colonies des lois de 1884 et de 1886.
471. — Du divorce et de la séparation des Français en pays étranger, et des étrangers en France.

465. Voyons maintenant quels seront les effets du jugement de conversion sur la dette alimentaire.

Du principe que dans les instances en conversion, la situation respective des parties demeure ce qu'elle était dans l'instance en séparation, il suit que l'époux, au profit de qui la séparation a été prononcée, doit être considérée après la conversion, comme ayant obtenu le divorce, encore bien que la demande en conversion ait été formée par l'autre époux.

Donc, celui qui est ainsi considéré comme ayant obtenu le divorce, peut se prévaloir des dispositions de l'art. 301, pour obtenir une pension alimentaire (1) ou conserver celle qui lui a été allouée sur le fondement du même art. 301, soit par le jugement de séparation, soit par un jugement postérieur (2).

466. Il n'en sera pas de même à l'égard de la pension alimentaire qui aurait été accordée, en vertu de l'art. 212. La conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce, a en effet pour résultat de faire disparaître la dette réciproque alimentaire, que la séparation laissait subsister entre les conjoints, et ce à dater de la demande en conversion (3), pour ne laisser place qu'à la créance

(1) Cass. 4 fév. 1889, S. 89, 1 228.
(2) Paris, 15 mars 1887, S. 88, 2, 213.
(3) Trib. Die, 12 août 1886, DALLOZ, *loc. cit.*, n° 698.

alimentaire résultant de l'art. 301, au profit de l'époux seul qui a obtenu le divorce (1). Par conséquent, lorsque le divorce a été prononcé aux torts réciproques des deux époux dans une instance de conversion, aucun des deux époux ne peut invoquer ni l'art. 212, puisque le mariage est dissous, ni l'art. 301, puisque le divorce a été prononce à la fois contre l'un et contre l'autre (2).

467. Il peut arriver que le jugement allouant une pension alimentaire à l'époux qui a obtenu la séparation de corps, ne s'explique pas sur le point de savoir si la pension est accordée en vertu de l'art. 212 ou en vertu de l'art. 301. On peut sans doute présumer, ainsi que l'a décidé une Cour, que la pension a son fondement dans l'art. 301, quand elle est adjugée par le jugement de séparation, et qu'elle a au contraire son fondement dans l'art. 212, quand elle a été allouée postérieurement sur une demande et par une décision spéciale, auquel cas elle ne peut survivre à la conversion (3). Mais le contraire peut être vrai, et il est plus sûr que le jugement de conversion s'explique sur ce point, en maintenant la pension s'il y a lieu, dans les limites du tiers des revenus de l'époux qui doit la payer (4).

Du reste, le jugement de conversion fait cesser seulement la dette alimentaire fondée sur l'art. 212 et les autres obligations dérivant du mariage. Il laisse subsister les engagements légalement pris par les époux pendant le mariage, l'un vis-à-vis de l'autre, dans des circonstances spéciales, et en dehors des obligations légales naissant du mariage (5).

468. Le principe que la situation des parties demeure dans

(1) Arrêt de Paris précité; Cass. 24 nov. 1886, D. 87, 1, 335.
(2) Arrêt de Cass. précité; Cass. 27 janv. 1891, S. 91, 1, 72; Orléans, 30 mars 1887, S. 88, 2, 216.
(3) Riom, 27 janv. 1887, S. 88, 2, 214.
(4) Caen, 19 mars 1889, S. 90, 2, 209.
(5) Cass. 30 juill. 1889, D. 90, 1, 428.

l'instance en conversion ce qu'elle était dans l'instance en séparation, produit encore cette conséquence, que l'époux qui a obtenu la séparation, n'est qu'un défendeur apparent, quand la conversion est demandée par l'autre, et que dès lors, il ne doit pas être considéré comme ayant succombé, si la conversion est prononcée. D'où la jurisprudence a tiré la conclusion qu'il ne pouvait être condamné aux dépens (1).

La décision qui admet la conversion doit être publiée et transcrite, conformément aux art. 250 et 252. Comme le défaut de transcription ne suppose pas nécessairement un pacte de réconciliation, les parties qui n'auront pas fait transcrire le jugement de conversion, ne seront pas déchues du bénéfice de la séparation de corps, mais une nouvelle instance en conversion ne sera plus possible.

469. Les art. 6 et 7 de la loi du 18 avril 1886, contiennent certaines dispositions transitoires qu'il suffit de reproduire, car elles perdent tous les jours de leur intérêt pratique; ces articles sont ainsi conçus :

« Les instances en séparation de corps pendantes au moment de la promulgation de la loi du 29 juillet 1884 peuvent être converties, par le demandeur, en instance de divorce.

« Cette conversion peut être demandée même en cours d'appel.

« La procédure spéciale du divorce sera suivie à partir du dernier acte valable de la procédure de séparation de corps.

« Peuvent être convertis en jugement de divorce, comme il est dit en l'art. 310 du Code civil, tous jugements de séparation de corps, antérieurs à la promulgation de la présente loi, devenus définitifs depuis trois ans.

« La présente loi s'appliquera aux instances de divorce commencées sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884. »

(1) Trib. Reims, 5 mars 1885, sous Paris, 21 janv. 1886, S. 86, 2, 129; Caen, 3 fév. 1885, sous Cass. 12 août 1885, S. 86, 1, 193.

Enfin, la loi de 1886 déclare abrogés les art. 253 à 274 du Code civil, l'art. 881 du Code de procédure civile, les art. 2, 3, et 4 de la loi du 27 juillet 1884 et toutes les dispositions contraires à cette même loi de 1886.

470. Les lois de 1884 et 1886 contiennent chacune une disposition portant qu'elles sont applicables à l'Algérie et aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion.

Un décret du 25 août 1884 a déclaré la loi sur le divorce, de 1884, applicable à la Guyane, au Sénégal, aux îles Saint-Pierre et Miquelon, aux établissements français de l'Inde, en Cochinchine, à la Nouvelle-Calédonie, aux établissements français de l'Océanie, à Mayotte, à Nossi-Bé, aux établissements français du Golfe de Guinée, mais aucune de ces colonies n'a encore été placée sous le régime de la loi de 1886.

471. Nous savons que les lois concernant le divorce et la séparation de corps rentrent dans le statut personnel, et régissent par conséquent les Français même en pays étranger (t. I^er^, n^os^ 145 et 146).

Par conséquent des époux français peuvent obtenir leur séparation ou le divorce en pays étranger, pour les causes admises par la loi française, mais non pour les causes rejetées par la loi française quoique admise par la loi du pays étranger (1). Ainsi le consentement mutuel en Belgique peut entraîner le divorce. Deux époux français qui auraient réussi à faire constater en Belgique leur divorce par consentement mutuel seraient toujours réputés mariés au point de vue de la loi française. Il en serait ainsi quand même ces époux français se seraient mariés en Belgique, car le mariage contracté en pays étranger ne fait pas perdre le statut personnel.

Quant à la condition en France des étrangers qui voudraient demander le divorce, nous renvoyons encore à ce qui a été dit plus haut (t. I^er^, n° 111).

(1) LAURENT, *Droit civ. intern.*, t. V, n° 122.

La jurisprudence persiste à dénier aux tribunaux français toute compétence pour connaître des actions en divorce et en séparation entre époux étrangers, même quand le défendeur a son domicile de fait en France. Elle admet seulement que les tribunaux français peuvent ordonner les mesures provisoires dont nous avons parlé (1).

Cette jurisprudence, quoiqu'en opposition avec les principes les plus certains du droit international, est trop entrée dans les habitudes judiciaires pour qu'on puisse espérer de la voir spontanément changer. Aussi lors de la discussion au Sénat de la loi du 20 avril 1886, on avait proposé d'introduire dans le Code civil un article nouveau ainsi conçu : « Les étrangers domiciliés en France pourront s'adresser aux tribunaux français pour faire prononcer le divorce, lorsqu'il est autorisé par les lois de leur pays. » Le Sénat rejeta cet amendement par cette considération que la loi nouvelle étant une loi de pure procédure, cette disposition de principe ne pouvait y trouver sa place, la question devant d'ailleurs être prochainement réglée sous un aspect beaucoup plus général. Le projet préparé par la commission extra-parlementaire, instituée pour la révision du Code de procédure civile, contient en effet un article 10 aux termes duquel « l'étranger peut, dans les mêmes conditions que les Français, sauf application de de l'art. 16, C. civ. (*caution judicatum solvi*), assigner devant les tribunaux français un Français ou un étranger. » Si, comme tout porte à le croire, cette disposition est définitivement adoptée par les Chambres, elle devra naturellement s'appliquer en matière de divorce comme en tout autre matière, sauf observation des règles du statut personnel. Mais il serait singulier et déplorable que cette révision du Code de procédure contînt une consécration nouvelle de la caution *judicatum solvi* partout répudiée (V. t. Ier, nos 284 et 286).

(1) Paris, 26 mars 1889, S. 89, 2, 116.

APPENDICE AU CHAPITRE IV.

RÉFORME DU RÉGIME DE LA SÉPARATION DE CORPS, D'APRÈS LE PROJET ADOPTÉ PAR LE SÉNAT.

472. — Une réforme du régime de la séparation de corps est nécessaire.
473. — Projet voté par le Sénat.
474. — Disposition relative aux noms des conjoints séparés.
475. — Disposition relative au domicile de la femme.
476. — De la capacité de la femme séparée.
477. — Tendances opposées de la Commission du Sénat et du Conseil d'État.
478. — Distinction admise par le Sénat, entre la femme qui a obtenu la séparation, et la femme contre qui elle a été prononcée.
479. — Critique de cette distinction. Conclusion.

472. La séparation de corps n'a jamais été considérée comme pouvant être, pour les époux, un état définitif et permanent. Théoriquement, les époux doivent sortir de cette situation transitoire par une réconciliation ou par le divorce. En réalité, la réconciliation est bien rare, la conversion en divorce est plus fréquente ; souvent aucun de ces événements ne se produit, et la séparation persiste.

Mais que la séparation doive durer ou qu'elle doive cesser, il faut dans tous les cas la rendre supportable aussi bien pour le mari que pour la femme, ne serait-ce que pour garantir aux époux désunis une entière et effective liberté d'option entre le divorce et la séparation de corps.

473. Dans ce but une proposition fut déposée au Sénat, dès le 12 juin 1884, pendant que la Chambre des députés discutait le rétablissement du divorce. Cette proposition, après diverses vicissitudes, a abouti à un projet de réforme de la séparation de corps adopté par le Sénat dans la séance du 28 janvier 1887. Ce projet transmis à la Chambre des députés a été l'objet d'un rapport (1), mais n'est pas encore venu

(1) Chambre, doc. 1887, n° 2151, p. 438.

en discussion publique. Il importe de l'examiner sommairement.

474. Le Sénat s'est d'abord préoccupé des conséquences que devait produire la séparation sur l'usage du nom propre des époux séparés, et il a saisi l'occasion pour régler le même point en ce qui concerne les époux divorcés. D'après le projet :

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

Le jugement qui prononce la séparation de corps, ou un jugement postérieur, peut interdire à la femme de porter le nom de son mari, ou l'autoriser à ne pas le porter.

Dans le cas où le mari aurait joint à son nom celui de sa femme, celle-ci pourra également demander qu'il lui soit interdit de le porter. »

Ces dispositions sont à peu près inutiles, car elles n'apportent aucun véritable changement à ce qui existe déjà. On peut cependant admettre la nécessité du paragraphe qui permet aux tribunaux d'interdire à la femme de porter le nom de son mari. En effet, le mariage subsiste toujours malgré la séparation, et il aurait été difficile, en l'absence d'un texte formel, d'empêcher une femme mariée de porter le nom de son mari.

Cette interdiction, laissée à l'appréciation souveraine des juges, aura pour but d'empêcher que le nom du mari soit compromis par la femme. Mais n'aura-t-elle pas des conséquences fâcheuses pour les tiers? Il est certain en effet, que la femme séparée de corps, à qui défense aura été faite de porter le nom de son mari, trouvera dans l'observation stricte d'une telle défense, le moyen facile de dissimuler sa qualité de femme mariée. Cela n'aura pas d'inconvénient pour les tiers, si la loi restitue à la femme séparée son entière capacité. Mais il en sera autrement si la loi maintient, au contraire, l'incapacité de la femme séparée. Or, nous allons voir que,

dans certaines hypothèses, cette incapacité est maintenue par le projet que nous examinons.

475. Ce projet reconnaît ensuite à la femme mariée le droit de se constituer un domicile personnel. C'est la consécration surabondante d'une jurisprudence qui ne s'est jamais démentie :

« La femme séparée de corps cesse d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari. Néanmoins toute signification faite à la femme devra être également adressée au mari à peine de nullité. Cette double signification ne sera pas nécessaire au cas où la femme séparée aura recouvré l'exercice de sa capacité civile, excepté en matière de questions d'état. »

Nous voyons tout de suite annoncé dans ce texte un système hybride sur la capacité de la femme séparée. Nous sommes prévenus que, dans certains cas, la séparation rendra à la femme son entière capacité, et qu'alors il sera inutile d'adresser au mari les significations intéressant la femme; mais que dans certains autres cas la femme séparée demeurant incapable, ces mêmes significations devront être faites au mari.

Aujourd'hui, comme il n'y a encore aucune distinction à faire, les significations intéressant la femme doivent toujours être également faites au mari. La réforme adoptée par le Sénat complique la situation en introduisant une distinction ce qui est toujours dangereux, et de plus une distinction bien difficile à faire quand la femme séparée ne portera plus le nom de son mari.

476. Mais les modifications que nous venons d'indiquer sont de médiocre importance. Le point capital de la réforme à opérer consistait à vérifier s'il fallait restituer à la femme séparée sa liberté et sa capacité, ou s'il fallait au contraire la maintenir dans les liens de l'autorisation maritale.

On comprend qu'une discussion sérieuse puisse s'ouvrir sur une pareille question.

Deux considérations principales doivent, ce semble, dominer le débat :

D'abord il faut soumettre la séparation de corps à un régime qui la rende supportable pour la femme ;

En second lieu, puisque la séparation relâche les liens du mariage, il est certain que le système actuel de l'autorisation maritale, déjà jugé excessif quand le lien du mariage n'est pas relâché par la séparation, ne saurait être maintenu avec la même énergie après la séparation.

Par conséquent la question se pose de la manière suivante :

En cas de séparation faut-il rendre à la femme toute sa capacité, et supprimer la nécessité de l'autorisation de justice?

Faut-il simplement mitiger et atténuer la nécessité de l'autorisation maritale ?

Ne conviendrait-il pas de laisser les choses en l'état actuel, comme l'a fait la loi du 27 juillet 1884?

Cette dernière solution semble tout d'abord devoir être écartée

Un régime qui oblige la femme séparée à réclamer pour chaque acte juridique une autorisation que le mari s'empresse presque toujours de refuser, ou cherche à se faire payer, ne saurait être maintenu. Tout le monde est d'accord sur ce point.

La discussion ne peut donc porter que sur les deux autres solutions.

477. La Commission chargée d'examiner le projet de réforme avait tout simplement proposé de donner à la femme le choix entre deux partis : ou bien elle s'en tiendrait au système actuel en demandant l'autorisation du mari et subsidiairement celle de justice, ou bien elle pourrait requérir immédiatement et directement l'autorisation de justice, le mari étant d'ailleurs mis en demeure d'intervenir.

Mais le Conseil d'Etat chargé d'examiner l'œuvre de la Commission est allé beaucoup plus loin.

Il a proclamé : « que la femme jouissait dans notre législation de la plénitude des droits civils ; qu'elle était placée avec l'homme sur un pied d'égalité absolue; que son incapacité ne tenait point à une infériorité naturelle, puisque cette incapacité cesse au cas de veuvage ou de divorce; qu'elle est simplement la conséquence de l'unité de direction, nécessaire tant que dure l'association des existences et des intérêts. Il a pensé qu'une fois cette unité brisée, la femme devait reprendre, sans contrôle de son mari ou de justice, sa liberté absolue. »

Cela parut trop hardi à la Commission, et l'esprit de routine fut plus fort chez elle que son antipathie pour le divorce. Voici comment s'exprime à ce sujet son rapporteur M. Allou :

« Pour les adversaires du divorce, la tentation serait grande, tout d'abord, d'accueillir la réforme considérable proposée par le Conseil d'État. Il est incontestable que le besoin éprouvé par la femme d'affranchir ses intérêts, sera bien souvent l'inspiration unique de la demande en divorce, et qu'on ferait beaucoup pour diminuer le nombre de ces demandes, en restituant à la femme, au cas de simple séparation de corps, le plein exercice de sa capacité civile; la mesure adoptée par le Conseil d'État répondrait bien à l'inspiration de la proposition actuelle qui tend, pour éviter le recours au divorce, à modifier libéralement la situation de la femme séparée de corps.

« Cependant votre Commission ne s'est point laissé entraîner par ces considérations, et elle refuse le présent qui lui est offert. Elle entend conserver à la séparation de corps son caractère propre; le lien conjugal est relâché, mais n'est point brisé, dans la séparation de corps; celle-ci ne saurait dès lors aboutir, comme le divorce, à l'émancipation complète de la femme; sans doute la femme n'est point inférieure à l'homme, et nous ne lui contestons pas l'égalité des droits civils; mais avec la séparation de corps, la dépendance

résultant du mariage subsiste toujours, et un rapprochement peut le reconstituer. La Commission reprend donc sa rédaction première. »

478. La proposition du Conseil d'État présentée sous forme d'amendement fut repoussée par 141 voix contre 108.

Mais finalement le Sénat s'est arrêté à un système composite reposant sur une distinction entre le cas où la femme a obtenu la séparation de corps et le cas où la séparation de corps a été prononcée contre elle. Dans le premier cas, elle recouvre complétement sa capacité civile. Dans le second, elle reste soumise à l'autorisation maritale, mais elle peut, à son gré, s'adresser directement soit aux tribunaux, soit à son mari :

« Si la séparation de corps est prononcée contre le mari, elle aura pour effet de rendre à la femme l'exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari. »

— « L'art. 1449 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit : La femme séparée de corps qui n'a pas recouvré l'exercice de sa capacité civile et la femme séparée de biens seulement, reprennent la libre administration de leurs biens meubles et immeubles ; — Elles peuvent disposer de leur mobilier et l'aliéner ; — Elles ne peuvent aliéner leurs immeubles sans l'autorisation de leur mari ou de justice ; — La femme séparée de corps peut, à son gré, demander à son mari ou demander directement au tribunal, par requête, les autorisations dont elle aurait besoin pour toutes les mesures que ses intérêts peuvent exiger. »

En définitive, le système du Conseil d'État a été adopté pour la femme qui a obtenu la séparation, et celui de la Commission pour la femme contre qui la séparation a été prononcée.

479. La distinction qui sert de base au projet voté par le Sénat est véritablement inadmissible. Elle est le résultat de

cette tendance qui pousse certains théoriciens à faire envahir le droit positif par la morale. Il ne s'agit pas de décerner une récompense à la vertu, ni d'infliger une punition au vice; il s'agit tout simplement de trancher une question de capacité civile. Quel rapport peut-il y avoir entre les torts plus ou moins graves d'une femme et la capacité juridique de cette femme pour gérer ses biens? Vouloir subordonner cette capacité à l'issue d'un procès en séparation de corps, c'est introduire dans notre loi une règle dérivant du *Cant* anglais, c'est-à-dire d'une pruderie mélangée de raideur et d'hypocrisie, ce qu'il y a de plus antipathique à l'esprit français. Il faut donc espérer que cette distinction disparaîtra dans le texte définitif qui sera voté.

C'est la solution admise pour la femme qui a obtenu la séparation qui doit être généralisée; c'est-à-dire que, dans tous les cas, la femme séparée de corps doit recouvrer son entière capacité civile (1).

(1) Le projet de réforme voté par le Sénat a fait l'objet d'un *Examen critique*, approfondi, par M. CABOUAT, *Revue critique*, 1889, p. 703.

FIN DU TOME SECOND.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME SECOND.

TITRE V.

Du mariage.

Notions générales sur le mariage et les promesses de mariage.

Pages.

1. — Notion de la famille; — Comparaison avec l'Etat. 5
2. — Définition du mariage. 7
3. — Le mariage est-il un contrat? 9
4. — C'est un contrat relatif à l'état des personnes. 11
5. — Des promesses de mariage et fiançailles; ne peuvent servir de base à une action en dommages-intérêts. 12
6. — Mais leur violation peut donner lieu à des dommages, en cas de préjudice matériel ou moral. 13
7. — Cette solution n'est admissible qu'à concurrence des dépenses motivées par la promesse de mariage. 15
8. — D'après la jurisprudence actuelle la grossesse de la femme est un des éléments du préjudice à réparer, en cas de violation d'une promesse de mariage; — Réfutation tirée de la jurisprudence précédente. 16
9. — Question de preuve. 18
10. — Opinion singulière rattachant la question de preuve d'une promesse de mariage à la recherche de la paternité . . . 18
11. — Des entremetteurs en fait de mariage; du prix ou salaire par eux stipulé. 20

CHAPITRE PREMIER.

DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE.

§ 1er. — Conditions d'existence du mariage.

12. — Distinction entre les actes *inexistants* et les actes *annulables*. 22
13. — Conditions requises pour qu'un mariage existe 23
14. — I. *Différence des sexes*. 24
15. — De l'impossibilité d'engendrer. 25
16. — II. *Consentement*, art. 146. 26
17. — De l'individu judiciairement interdit. 27
18. — Du sourd-muet. 28

Pages.

19. — III. *Célébration* devant un officier de l'état civil. 28
20. — Célébration devant un conseiller municipal irrégulièrement délégué, ou devant un Cadi, ou devant un officier incompétent. 30
21. — Conséquences de l'inexistence d'un mariage, ... 31
22. — Quand même un acte de célébration aurait été rédigé. Conclusion. 32

§ 2. — Conditions de la validité du mariage; aperçu général.

23. — Conditions requises pour qu'un mariage soit valable; empêchements dirimants. 33
24. — Empêchements prohibitifs. 34

§ 3. — Empêchements dirimants : impuberté, bigamie.

25. — I. *Impuberté*. Critique de la limite d'âge fixée par la loi, articles 144-145 36
26. — Des dispenses d'âge. 37
27. — II. *Bigamie*. Absence de tout lien antérieur. — Influence d'un divorce prononcé à l'étranger, art. 147. 38
28. — Le lien résultant des fiançailles ne met pas obstacle au mariage; 40
29. — Ni le lien résultant de l'engagement dans les ordres sacrés, ou d'un vœu monastique 40

§ 4. — Empêchements dirimants (*suite*) : consentement de la famille.

30. — III. *Défaut de consentement des ascendants* ou de la famille. Motifs de la nécessité de ce consentement, d'abord d'après le droit romain; 42
31. — Doctrine du Concile de Trente 44
32. — Théorie du Code civil 45
33. — Application aux enfants légitimes, art. 148. 45
34. — Du consentement de la mère 46
35. — Des ascendants déchus de la puissance paternelle; L. 24 juillet 1889, art. 1, et 17 § 2 47
36. — Des ascendants mis dans l'impossibilité de manifester leur volonté, art. 149. 47
37. — De l'ascendant en état d'aliénation mentale. 48
38. — Ou d'interdiction légale 49
39. — Des aïeuls et aïeules remplaçant le père et la mère, art. 150 . 50

§ 5. — Des actes respectueux.

40. — Du conseil que les enfants majeurs pour le mariage doivent demander à leurs ascendants, art. 151. — Actes respectueux. 53
41. — De la réitération des actes respectueux, art. 152, 153, 154. . 54
42. — En quoi consiste l'acte respectueux. 55
43. — Pratique notariale sur ce point. 56
44. — De la jurisprudence en cette matière 57

Pages.

45. — Forme des actes respectueux. 58
46. — Quand peuvent être signifiés les actes respectueux 59
47. — L'acte respectueux peut être annulé pour défaut de liberté de l'enfant. 60
48. — Comment et à qui doit-il être signifié? Nullités 62
49. — Autres causes de nullité 62
50. — Marche à suivre pour faire annuler un acte respectueux. . . 63
51. — Ce que vaut la pratique des actes respectueux. 63
52. — Dérogations résultant de la législation coloniale. 65
53. — Cas d'absence de l'ascendant, art. 155. 66
54. — Cas de décès. 66
55. — Sanction des dispositions qui précèdent, art. 156, 157 . . . 66
56. — Ces dispositions peuvent-elles être étendues aux enfants nés hors mariage, art. 158, 159. 67
57. — A défaut d'ascendants légitimes les mineurs doivent obtenir le consentement du conseil de famille, art. 160. 68

§ 4. — **Empêchements dirimants** (*suite*). **Inceste.**

58. — IV. *Inceste*. De la parenté et de l'alliance. Computation civile et computation canonique 70
59. — Prohibition du mariage entre parents et alliés en ligne directe, art. 161. 72
60. — Prohibition du mariage entre certains parents et alliés collatéraux, art. 162 74
61. — Comment s'établit la parenté naturelle dans les cas des art. 161 et 162 75
62. — Un commerce irrégulier entre deux personnes produit-il une sorte d'alliance mettant obstacle au mariage entre l'une de ces personnes et les parents de l'autre ? 76
63. — Prohibition du mariage entre l'oncle et la tante et la nièce ou le neveu, art. 163. 77
64. — Des dispenses dans le cas des art. 161 et 162. 78
65. — *Quid*, du lien résultant de l'adoption ? 79

§ 7. — **Empêchements dirimants** (*suite*). **Vices du consentement.**

66. — V. *Vices du consentement*, art. 180. 80
67. — Pourquoi le mariage n'est-il pas annulable pour cause de dol? 81
68. — De la violence 82
69. — De l'erreur ; — il faut qu'il s'agisse d'une erreur *dans la personne* 85
70. — 1re opinion : la loi a entendu parler d'une erreur sur l'identité physique de la personne. 85
71. — Réfutation. 87
72. — 2e opinion : la loi a entendu parler d'une erreur sur l'identité physique et sur l'identité civile 89
73. — Réfutation. 90
74. — 3e opinion : il s'agit d'une erreur sur les qualités dont la gravité est appréciée par les juges du fait; réfutation . . . 91

Pages.

75. — Système proposé : distinction entre les *attributs* et les *qualités*. 92
76. — L'erreur sur les attributs peut être une cause de nullité . . 94
77. — Application aux divers attributs ; personnalité civile, nationalité, religion ; 96
78. — Laïcité de la personne ; 96
79. — Faculté d'engendrer. 98
80. — L'erreur sur les qualités ne peut être une cause de nullité . 101
81. — Application à la fortune et à la vertu de la personne ; . . . 101
82. — A sa probité. 101
83. — Critique de la doctrine contraire. 103
84. — Raison de la rigueur apparente de la loi 104

CHAPITRE II.

DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

85. — But et utilité de la publicité des mariages. 106

§ 1er. — Publicité précédant le mariage.

86. — Origine des publications de mariage ; leurs formes, art. 63 et 64. 107
87. — Réitération des publications, art. 65 108
88. — Dispense des publications, art. 169. 109
89. — Où doivent être faites les publications, art. 166, 167, 169 . . 110

§ 2. — Célébration du mariage.

90. — Où doit être célébré le mariage, art. 74, 165. 112
91. — Il peut être notamment célébré au domicile réel, sans qu'il y ait eu six mois de résidence 113
92. — Comment est célébré le mariage ; l'officier de l'état civil peut se transporter au domicile des parties 114
93. — La compétence de l'officier de l'état civil est territoriale et non personnelle 115
94. — Prohibition à l'égard des ministres du culte, résultant des art. 199 et 200, C. P. 116

§ 5. — Mariages contractés à l'étranger par des Français, et en France par des étrangers.

95. — De la loi à appliquer quand deux personnes se marient hors de leur pays ; distinction entre les règles du fond et les règles de forme, art. 170. 117
96. — Précision quant aux règles de fond. 118
97. — Précision quant aux règles de forme. 119
98. — Mariages des Français devant les agents diplomatiques. . . 119
99. — Des publications préalables en France. Controverses sur les conséquences de leur omission. 120
100. — Jurisprudence sur ce point. 123
101. — Transcription en France de l'acte de mariage célébré à

Pages.

l'étranger, art. 171. 124
102. — Mariage des étrangers en France selon leur statut personnel. 126
103. — Restrictions résultant de l'ordre public. 127
104. — Des prohibitions résultant de la loi étrangère. 128
105. — Ces mariages doivent avoir lieu suivant les formes de la loi française. 129
106. — *Quid* des mariages consensuels ? 129

CHAPITRE III.

DES OPPOSITIONS AU MARIAGE.

107. — Notion de l'opposition au mariage. 131
108. — Droit du conjoint, art. 172. 132
109. — Droit des ascendants, art. 173; *quid* de la mère? . . . 132
110. — Des aïeuls, aïeules, etc. 133
111. — L'opposition des ascendants n'a pas besoin d'être motivée. . 134
112. — Droit des collatéraux, art. 174, ... 135
113. — Spécialement en cas de démence. 136
114. — Droit du tuteur, art. 175. 137
115. — Pourquoi toutes les personnes qui ont le droit de provoquer l'interdiction, ne peuvent-elles faire opposition au mariage pour cause de démence? 138
116. — Le droit d'opposition n'appartient pas au ministère public. . 140
117. — Forme des oppositions, art. 66; — A qui elles doivent être signifiées. 141
118. — Enonciation que doit contenir l'opposition. 142
119. — Mention à faire sur le registre des publications, art. 67. . 142
120. — Mainlevée de l'opposition. 143
121. — Effet de l'opposition quant à l'officier de l'état civil. . . . 143
122. — Certificat de non opposition, art. 69; — Instance en mainlevée, art. 177, 178. 144
123. — Responsabilité de l'opposant qui succombe, art. 179. . . 145

CHAPITRE IV.

DES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE.

§ 1er. — Des nullités relatives.

124. — Objet du chapitre IV. 147
125. — Nullités relatives et nullités absolues. 149
126. — *Nullités relatives.* Action en nullité pour cause de violence ou d'erreur, art. 180. 149
127. — Fins de non-recevoir; ratification tacite, art. 181 150
128. — Ratification expresse. 151
129. — De la prescription en cette matière. 151
130. — Action en nullité pour défaut du consentement des parents, art. 182. 152

Pages.

131. — L'action appartient à l'enfant lui-même. 153
132. — Fins de non-recevoir, art. 183. — Ratification. 153
133. — Les nullités relatives sont susceptibles d'être couvertes par la ratification. 155
134. — Sont-elles transmissibles ? 155

§ 2. — Des nullités absolues.

135. — *Nullités absolues.* Généralités. A qui appartient l'action en nullité ? art. 184. 156
136. — *Quid* des ascendants ? — Du conseil de famille et du premier conjoint. 157
137. — *Quid* des créanciers ? 158
138. — *Quid* des collatéraux ? 159
139. — *Quid* des enfants du premier lit ? 160
140. — Spécialités. *De l'impuberté*, art. 185; fins de non-recevoir tirées de cet article. 161
141. — Des ascendants et de la famille. 162
142. — *De la bigamie.* A qui appartient l'action en nullité ? . . . 163
143. — Base de cette action suivant les personnes à qui elle appartient; 163
144. — Spécialement à l'égard du premier conjoint. 164
145. — Question préjudicielle résultant de la nullité alléguée du premier mariage, art. 189. 165
146. — De la compétence de la Cour d'assises, à cet égard, en cas de de bigamie ; divergence des auteurs sur ce point. . . . 165
147. — *De l'inceste.* 167
148. — Pouvoirs du ministère public, art. 190. 168
149. — Peut-il agir pour faire maintenir un mariage ? 169
150. — Les particuliers le peuvent-ils ? 170
151. — De la *clandestinité* et de l'*incompétence* de l'officier de l'état civil. 171
152. — Du défaut de publications, art. 192, 193. 172
153. — Le défaut de publicité et l'incompétence de l'officier public sont deux causes distinctes de nullité. 172
154. — Pouvoirs du juge en cette matière ; d'abord en ce qui touche le défaut de publicité ; 173
155. — Ensuite en ce qui touche l'incompétence. 174
156. — A qui appartient l'action en nullité en cas de clandestinité ou d'incompétence. 175
157. — De la ratification en cette matière. 176
158. — Différences entre les mariages apparents mais en réalité inexistants et les mariages annulables pour cause de nullité absolue. 176

§ 3. — Du mariage putatif.

159. — Conséquences de l'annulation d'un mariage. 178
160. — Influence de la bonne foi ; mariage putatif, art. 201, 202. . 180
161. — La théorie du mariage putatif s'applique-t-elle aux mariages inexistants ? — Solution négative. 181

Pages.

162. — Etat de la jurisprudence sur la question. 183
163. — Effets du mariage putatif. 184
164. — Effets de l'annulation d'un mariage pour l'avenir. . . . 185
165. — Effets pour le passé. 186
166. — Application en cas de bonne foi : à l'égard des époux, . . 186
167. — A l'égard des enfants, ... 187
168. — A l'égard des tiers. 188
169. — Conclusions *subsidiaires* des parties tendant à faire reconnaître à un mariage le caractère putatif. 189
170. — Les tribunaux ne peuvent rendre une décision *subsidiaire*. . 190

§ 4. — Preuve de la célébration des mariages.

171. — De la possession d'état dans l'ancien droit; avant l'ordonnance de 1579. 191
172. — Depuis 1579 un acte de célébration est nécessaire pour faire preuve d'un mariage, art. 194. 191
173. — Même dans le cas de possession d'état, art. 195. 192
174. — Si l'acte de célébration est irrégulier, la possession d'état purge l'irrégularité, art. 196. 193
175. — Raisons de douter de la légitimité de cette solution. . . . 194
176. — Véritable portée de l'art. 196. 195
177. — Objection réfutée. 196
178. — Limites de la fin de non-recevoir tirée de l'art. 196. . . 197
179. — Exception aux règles ci-dessus en cas de décès des deux époux, art. 197. 198
180. — Si le survivant des époux est mort après le jugement de 1re instance, le moyen pourra-t-il être invoqué en appel ? 199
181. — Dans le cas de l'art. 197, les questions de validité du mariage demeurent entières. 200
182. — Autre exception en cas de preuve d'une célébration de mariage dérivant d'une procédure criminelle, art. 198. 201
183. — De l'action à suite de laquelle la preuve d'un mariage est acquise, et des personnes à qui elle appartient, art. 199. . 202
184. — Devant qui l'action est portée; 203
185. — Spécialement en cas de décès de l'auteur de la fraude, art. 200. 204
186. — Effet de la transcription du jugement sur les registres de l'état civil. 204

CHAPITRE V.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

§ 1er. — Obligations relatives à l'éducation des enfants. 207
187. — Objet du chapitre V. 208
188. — Obligation de *nourrir* et *entretenir* les enfants, art. 203. .
189. — Obligation d'*élever* les enfants ; limitée à l'instruction primaire laïque. 209
190. — Comment les frais d'éducation sont supportés par les père et

Pages.

mère ; jurisprudence sur ce point. 210
191. — Sanction pénale de l'obligation relative à l'instruction primaire, résultant de la loi du 28 mars 1882. 212
192. — Economie générale de la loi du 28 mars 1882 ; jurisprudence. 212
193. — Les père et mère pourraient-ils encourir la déchéance de la puissance paternelle pour refus persistant à se conformer à la loi précitée ? L. 24 juillet 1889, art. 2, § 6. 214
194. — Les père et mère pourraient-ils être tenus de procurer à leurs enfants une instruction secondaire ou supérieure ? . . 215
195. — Du cas où les père et mère ont encouru la déchéance de la puissance paternelle ; L. 24 juillet 1889, art. 5 et 7. . . 216
196. — L'enfant n'a pas d'action contre ses parents pour son établissement, art. 204. 216

§ 2. — **De la dette alimentaire dans la famille légitime.**

197. — Remarque préliminaire. 218
198. — Dette alimentaire entre ascendants et descendants, art. 205 ; elle n'existe pas entre collatéraux. 218
199. — Extension de la dette alimentaire entre alliés en ligne directe, art. 206. 220
200. — Extinction de la dette alimentaire : 1° en cas de second mariage de la belle-mère ; 221
201. — 2° En cas de décès des enfants et de l'époux qui produisait l'affinité. 222
202. — *Quid* en cas de divorce ? 223
203. — Réciprocité de l'obligation alimentaire, art. 207 ; elle n'est pas de l'essence du droit alimentaire ; observation sur la législation annamite. 224
204. — Étendue de la dette alimentaire, art. 208 225
205. — Le réclamant doit être dans le besoin. 226
206. — Preuve que doit faire le réclamant ; le jugement qui intervient acquiert, pour le passé, l'autorité de la chose jugée. . . 227
207. — La dette alimentaire comporte, pour l'avenir, la possibilité de règlements successifs, art. 209. 228
208. — Conséquences. 229
209. — Conséquences de la chose jugée s'attachant au jugement déjà rendu. 230

§ 3. — **De la dette alimentaire hors mariage.**

210. — Droit alimentaire de l'enfant né hors mariage. 231
211. — Reconnaissance d'enfants naturels résultant d'un acte privé. 232
212. — Du cas où ces reconnaissances contiennent l'engagement de prester les aliments. 233
213. — La jurisprudence admet l'efficacité d'un tel engagement. . 233
214. — Mêmes questions posées à l'égard des enfants adultérins ou incestueux. 235
215. — De celui qui s'est substitué à la famille d'un enfant pour l'en-

Pages.
tretien de ce dernier. 236

§ 4. — **Exécution de l'obligation alimentaire.**

216. — Comment doit être exécutée l'obligation alimentaire. . . . 237
217. — En principe elle doit être acquittée en argent; exceptions résultant de l'art. 210; 237
218. — Et de l'art. 211. 238
219. — Pouvoirs du juge pour assurer le paiement des aliments. . 238
220. — Intransmissibilité de la créance alimentaire. 239
221. — Intransmissibilité de la dette alimentaire. 240
222. — Cessibilité de la créance alimentaire. 241
223. — Insaisissabilité des aliments accordés en vertu de la loi. . 242
224. — De l'action en pension alimentaire. 243
225. — Comment sont tenus les divers co-débiteurs d'aliments. . . 243
226. — Chacun est tenu personnellement; la dette de l'un est distincte de la dette d'un autre. 244
227. — Cas où les aliments ont été fournis par un tiers. . . . 245
228. — De la dette alimentaire entre Français et étrangers ou entre étrangers; compétence des tribunaux français. 245
229. — En cas de conflit entre deux lois, quelle est celle qui devra être appliquée? 246

CHAPITRE VI.

DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

§ 1er. — **Devoirs communs aux deux époux.**

230. — A certains égards, la loi reconnaît au mari et à la femme une situation égale dans le mariage; art. 212, devoir de fidélité. 249
231. — Devoir de secours et d'assistance; *quid* en cas de séparation judiciaire? 250
232. — *Quid* en cas de séparation de fait? 251
233. — A d'autres points de vue le législateur a consacré la prétendue infériorité de la femme, art. 213. 253
234. — Base juridique de la subordination légale de la femme dans la direction des intérêts communs. 254
235. — Application au choix de la résidence commune, art. 214. . 255
236. — Obligation du mari de procurer à la femme une résidence convenable. 256
237. — Sanction de l'obligation de cohabitation imposée à la femme par l'art. 214. 256
238. — L'emploi de la force publique est inadmissible. 257
239. — La véritable sanction consiste dans le droit de demander le divorce ou la séparation pour injure grave. 258

§ 2. — **Incapacité légale de la femme; — Autorisation maritale.**

240. — Base de cette incapacité. 259

Pages.

241. — De l'autorisation d'ester en justice, art. 215. 260
242. — La nature du régime matrimonial ne peut modifier l'incapacité de la femme d'ester en justice sans autorisation. . . 260
243. — Forme de l'autorisation d'ester en justice; son étendue; sanction; droit des tiers. 262
— Dérogation aux règles précédentes résultant de l'art. 216. . 264
245. — De l'autorisation de passer les actes juridiques, art. 217. . 265
246. — La femme ne peut s'obliger par contrat sans l'autorisation du mari. 266
247. — *Secùs*, en cas de délit et de quasi-délit. 267
248. — *Quid* en cas de quasi-contrat ? 267
249. — La nature du régime matrimonial peut influer sur l'incapacité de la femme de passer des actes juridiques sans autorisation. 268
250. — Autorisation expresse. 268
251. — Autorisation tacite résultant du concours du mari. . . . 268
252. — Ce concours suppose que le mari peut jouer le rôle de partie intéressée dans l'acte. 270
253. — L'autorisation du mari ne peut être subséquente à l'acte de la femme; de la ratification. 272
254. — Des obligations contractées par la femme séparée de fait de son mari. 272

§ 3. — **Incapacité légale de la femme; autorisation de justice.** 273

255. — De l'autorisation de justice : 274
256. — 1° Pour habiliter la femme à ester en jugement, art. 218; — Cas où la femme est défenderesse. 275
257. — Cas où la femme est demanderesse, art. 861, 862, C. pr. c. 276
258. — De qui doit émaner l'autorisation nécessaire à la femme pour se pourvoir en appel ou en cassation ? 276
259. — 2° Pour habiliter la femme à passer un acte juridique, art. 219, C. C., 861, 863, C. pr. c. La justice, en principe, peut donner l'autorisation dans tous les cas où le mari pourrait la donner lui-même. 277
260. — Exceptions. 278
261. — Spécialité, soit de l'autorisation maritale, art. 223, soit de l'autorisation de justice. 279
262. — Dérogation admise pour le mari quand il s'agit d'autoriser la femme à exercer la profession de commerçante. . . . 280
263. — *Quid* des autres professions ? La justice ne peut intervenir. . 282
264. — De la femme commerçante, art. 220. 284
265. — Influence du régime matrimonial sur les effets, par rapport au mari, des actes émanés de la femme commerçante. . . 284
266. — Des actes de la femme commerçante non commerciaux par leur nature. 285
267. — Révocabilité de l'autorisation donnée à la femme de faire le commerce. 285

§ 4. — **De l'autorisation de justice quand le mari est dans l'impossibilité d'accorder la sienne.**

Pages.

268. — Cas où le mari a été condamné, art. 221. 286
269. — Cas où le mari est interdit ou absent, art. 222; 288
270. — Ou placé dans un asile d'aliénés; 288
271. — Ou pourvu d'un conseil judiciaire. 288
272. — Cas où le mari est mineur, art. 224. 289
273. — Les cas ci-dessus sont les seuls dans lesquels la justice peut intervenir. — Procédure, art. 863, 864, C. pr. c. . . . 289
274. — Effets de l'autorisation, soit qu'elle émane du mari, soit qu'elle émane de la justice. 290
275. — Conséquences du défaut d'autorisation, art. 225 : . . . 291
276. — A l'égard de la femme, ... 291
277. — A l'égard du mari, ... 292
278. — A l'égard des créanciers du mari et de la femme, et des tiers, ... 293
279. — A l'égard des héritiers de la femme et du mari. 294
280. — La capacité de la femme mariée étrangère est régie par son statut personnel. 294
281. — Actes pour lesquels la femme n'a besoin d'aucune autorisation; notamment le testament, art. 226. 295
282. — Appréciation critique de la théorie légale sur l'autorisation maritale. 296

CHAPITRE VII.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

283. — Causes de dissolution du mariage, art. 227. 298

CHAPITRE VIII.

DES SECONDS MARIAGES.

284. — Délai à observer pour la veuve qui veut se remarier, art. 228. 299

TITRE VI.

Du Divorce.

285. — Loi du 27 juillet 1884 rétablissant le divorce. 301

CHAPITRE PREMIER.

DES CAUSES DU DIVORCE.

286. — Causes du divorce : I. *Adultère*, art. 229 et 230. 303
287. — *Quid*, des faits d'adultère antérieurs à la loi du 17 juillet 1884? 305

Pages.
288. — L'adultère simple du mari est désormais une cause de divorce. 306
289. — Preuve de l'adultère; témoins, présomptions, aveu. . . . 307
290. — Lettres missives. 308
291. — Serment. 308
292. — II. *Excès sévices, injures*, art. 231. 308
293. — Pouvoir d'appréciation du juge. 309
294. — Les faits dont s'agit doivent être postérieurs à la célébration du mariage. 310
295. — Ils constituent des causes réciproques de divorce; ex. : refus de cohabitation. 311
296. — Caractère relatif des injures ou mauvais procédés. . . . 313
297. — Des condamnations correctionnelles. 314
298. — L'exercice d'un droit ne peut, en lui-même, constituer une injure; ex. : refus de célébration religieuse du mariage. . 315
299. — De la preuve. 317
300. — III. *Condamnation à une peine afflictive et infamante*, art. 232, 317
301. — Rejet du divorce par consentement mutuel, art. 233 (abrogé). 319
302. — Et pour cause d'absence. 319

CHAPITRE II.

DE LA PROCÉDURE DU DIVORCE.

§ 1er. — A qui appartient l'action en divorce. Compétence.

303. — Loi des 18-20 avril 1886. 321
304. — De la femme. 321
305. — De l'individu en état d'interdiction légale. 322
306. — De l'aliéné non interdit placé dans un établissement. . . 323
307. — De l'individu pourvu d'un conseil judiciaire; 324
308. — Ou en état d'interdiction légale. 324
309. — Des héritiers. 325
310. — Compétence. 325

§ 2. — Tentative de conciliation devant le Président.

311. — Requête au président présentée par le demandeur en personne, art. 234. 327
312. — Ce que doit contenir la requête. 328
313. — Du cas où les faits allégués pourraient motiver des poursuites criminelles ou correctionnelles. 329
314. — Cas où le demandeur est empêché de présenter la requête en personne. 330
315. — Du demandeur en état d'interdiction légale. 331
316. — Mission du président, art. 235. 332
317. — Il peut statuer sur la résidence provisoire du demandeur, art. 236. 332
318. — De la citation à comparaître, art. 237; — cas où le défendeur

Pages.

est en état d'interdiction judiciaire. 333
319. — Cas où le défendeur est en état d'interdiction légale. . . 334
320. — Délai et forme de la citation. 335
321. — Comparution des deux parties devant le président, art. 238, § 1. 336
322. — Du défaut de l'une des parties. 337
323. — Le juge peut ajourner les parties à une nouvelle comparution personnelle, art. 238, § 6. 338

§ 3. — **Pouvoirs du président en cas de non conciliation. Mesures provisoires.**

324. — Des mesures provisoires en cas de non conciliation, art. 238, § 2. 339
325. — Pouvoirs du juge des référés. 341
326. — La femme est implicitement habilitée pour agir, art. 238, § 4. 342
327. — Déchéance du demandeur faute d'utiliser l'ordonnance dans les délais, art. 238, § 7 et 8. 342
328. — Voies de recours contre l'ordonnance du président, art. 238, § 3. 343
329. — Compétence du tribunal saisi quant aux mesures provisoires, art. 238, § 5. 344
330. — Si un appel contre l'ordonnance du président est encore pendant au moment où le tribunal est saisi, la Cour ne doit-elle pas statuer sur l'appel ? 345
331. — Système d'après lequel la Cour serait dessaisie ; réfutation. . 346
332. — L'appel contre l'ordonnance du président est-il encore possible après que le tribunal a été saisi ? 348
333. — Solution négative rejetée. 349
334. — Résumé et conclusion. 350

§ 4. — **Procédure devant le tribunal.**

335. — La cause est instruite dans les formes ordinaires, art. 239, § 1. 351
336. — De l'acquiescement et du désistement. 352
337. — Transformation de la demande en divorce en demande en séparation, art. 239, § 2. 353
338. — Des conclusions subsidiaires tendant soit au divorce, soit à la séparation. 354
339. — Des demandes reconventionnelles, art. 239, § 3. 355
340. — Y a-t-il intérêt à procéder par la voie reconventionnelle ? . 358
341. — Pouvoirs du juge en cas de demande reconventionnelle . . 358
342. — Pourquoi il y a lieu de prononcer la séparation de corps, sur la demande reconventionnelle, même quand le divorce a été admis sur la demande principale. 359
343. — *Quid*, lorsque le tribunal est saisi de deux demandes principales, non jointes, l'une en divorce, l'autre en séparation

Pages.

ou en divorce ? 360
344. — Solution admettant que le tribunal doit toujours statuer sur la seconde, quoique le divorce ait déjà été admis sur la première. 361
345. — Réfutation. 362
346. — Publicité des audiences, interdiction des comptes-rendus par la voie de la presse, art. 239, § 5. 365

§ 4. — **Des mesures provisoires et conservatoires en général.**

347. — Rappel des art. 236 et 238, § 2. 366
348. — Résidence de la femme, sanction, art. 241. 367
349. — Droit d'appréciation des juges à cet égard. 369
350. — Garde des enfants, art. 240. 370
351. — Pouvoirs du juge en cette matière. 371
352. — Exécution de leur décision. 372
353. — Provisions pendant procès, art. 240, § 2. 374
354. — Autres mesures *urgentes*, art. 240, § 2. 376
355. — Mesures conservatoires, art. 242; compétence. 376
356. — De l'apposition des scellés; sur quels biens elle peut avoir lieu. 377
357. — Conséquences de cette mesure. 379
358. — Autres mesures conservatoires; sequestre, saisie-arrêt. . . 381
359. — Annulation des actes frauduleux du mari, art. 243. . . . 382

§ 5. — **Fins de non-recevoir.**

360. — Du désistement. 384
361. — Du pardon. 385
362. — Du pacte de réconciliation, art. 244, § 1. 385
363. — De la preuve en cette matière; aveu, serment. 386
364. — Présomptions; exemples. 387
365. — Pouvoirs du juge. 388
366. — Fin de non-recevoir résultant de la réconciliation, art. 244, § 2. 389
367. — Réplique fondée sur des faits nouveaux. 390
368. — Décès de l'une des parties, art. 244, § 3. 391
369. — Prescription. 392
370. — Péremption. 394
371. — Chose jugée : cas de deux demandes successives de même nature. 394
372. — Cas de deux demandes successives de nature différente. . 396
373. — De la réciprocité des torts. 397

§ 6. — **Procédure devant le Tribunal (suite) ; voies de recours, publication et transcription de la décision.**

374. — Réglementation de la preuve testimoniale, art. 245. . . . 400
375. — Prohibition du témoignage des enfants. 401
376. — *Quid* des autres parents, et du conjoint divorcé ? . . . 402
377. — Vérification d'écriture. 402

Pages.

378. — Du droit pour le tribunal de surseoir à prononcer le divorce, art. 246. 402
379. — Défaut du défendeur, art. 247. 405
380. — Délai de l'opposition 405
381. — Délai de l'appel, art. 248, § 1 à 4. 407
382. — Demandes nouvelles; *quid* des faits articulés pour la première fois en appel? 408
383. — Règles concernant l'acte d'appel et l'arrêt. 410
384. — Du recours en cassation, art. 248, § 5 et 6; effet suspensif. . 411
385. — De la requête civile. 413
386. — L'acquiescement est prohibé, art. 249. 413
387. — *Quid* du désistement? 414
388. — Publicité de la décision prononçant le divorce, art. 250. . . 415
389. — Transcription de cette décision, art. 251. 416
390. — Quand et comment a lieu la transcription, art. 252. . . 417
391. — Conséquences du défaut de transcription. 419
392. — Conséquences de la transcription : 1° quant aux rapports pécuniaires créés entre les époux par leurs conventions matrimoniales; 420
393. — 2° Quant à la dissolution même du mariage; elle se produit d'une manière fixe à la date de la transcription. . . . 421
394. — Démonstration. 422

CHAPITRE III.

DES EFFETS DU DIVORCE.

§ 1er. — Effet du divorce quant aux époux.

395. — La femme divorcée peut-elle continuer à porter le nom du mari? 425
396. — Les ci-devant conjoints peuvent se remarier, même entre eux, restriction résultant de l'art. 295, § 1. 427
397. — Condition imposée aux époux divorcés voulant se réunir, art. 295, § 2; art. 295, § 3. 427
398. — Délai imposé à la femme divorcée pour contracter un nouveau mariage, art. 296. 428
399. — Il n'en résulte qu'un empêchement prohibitif. 430
400. — Empêchement au mariage que l'épouse adultère voudrait contracter avec son complice, art. 298. 430
401. — D'où peut dériver la qualité de complice? 432
402. — Du droit de former opposition au mariage dans le cas précédent. 433

§ 2. — Effets du divorce quant aux biens des époux.

403. — L'époux contre qui le divorce est prononcé perd les avantages que lui a faits son conjoint, art. 299; — Celui qui a obtenu le divorce conserve ces mêmes avantages, art. 300. 434
404. — Etendue de la déchéance résultant de l'art. 299. . . . 435

Pages.

405. — Cette déchéance est de droit, et n'a besoin d'être ni demandée ni prononcée. 436
406. — La déchéance persiste-t-elle en cas de réunion des ci-devant conjoints? 437
407. — A partir de quelle date la déchéance est-elle encourue? . . 438
408. — Droits des tiers. 439
409. — Droits de l'époux qui a obtenu le divorce. 439
410. — Peut-il renoncer à se prévaloir du bénéfice qui lui assurent les art. 299 et 300? 439
411. — Qui peut se prévaloir de la révocation prononcée par l'article 299? *Quid* des héritiers du conjoint décédé avant la transcription du jugement? 440
412. — Le conjoint avait-il le choix entre l'action en divorce, et la révocation pour cause d'ingratitude? 441
413. — Solution admise par la jurisprudence. 443

§ 3. — **Effets du divorce quant à la dette alimentaire.**

414. — L'époux qui a obtenu le divorce peut obtenir une pension alimentaire dans certaines conditions déterminées par l'article 301. 443
415. — Différence entre la dette alimentaire résultant de l'art. 212 et l'obligation unilatérale résultant de l'art. 301. . . . 444
416. — Du cas où il a été accordé une provision alimentaire durant l'instance. 445
417. — La demande de pension alimentaire fondée sur l'art. 301 est-elle recevable après la décision qui a prononcé le divorce? 446
418. — La demande doit être appréciée d'après la condition respective des parties au moment du jugement. 447
419. — Limites de la pension alimentaire fondée sur l'art. 301. . 448
420. — Elle ne peut être augmentée ultérieurement. 449
421. — L'obligation d'acquitter cette pension passe aux héritiers. . 450

§ 4. — **Effets du divorce quant aux enfants communs, spécialement du droit de garde.**

422. — Généralités. 452
423. — Effets du divorce quant au droit de garde, art. 302. . . . 452
424. — A qui appartient le droit de provoquer sur ce point une décision de justice; du juge compétent. 453
425. — Pouvoirs du juge en cette matière. 454
426. — Le père conserve-t-il l'administration des biens des enfants dont la garde lui a été retirée? 455
427. — Le père conserve dans tous les cas, avec la famille et le ministère public, le droit de faire modifier les mesures concernant la garde des enfants. 456
428. — Responsabilité de la personne à qui la garde des enfants a été confiée. 457
429. — Du placement des enfants dans une maison d'éducation . . 458

Pages.

§ 5. — **Effets du divorce quant aux autres attributs de la puissance paternelle.**

430. — Droit de surveillance des père et mère, art. 303. 459
431. — Du droit de correction. 460
432. — Déchéance de la jouissance légale encourue par celui contre qui le divorce a été prononcé, art. 386. 461
433. — Le divorce n'apporte aucun changement à la condition des enfants, art. 304. 461
434. — Effets du décès ou de la conversion d'une séparation en divorce quant aux mesures ordonnées. 462

CHAPITRE IV.

DE LA SÉPARATION DE CORPS.

§ 1er. — **Causes, procédure et effets de la séparation.**

435. — Caractères généraux de la séparation de corps. 463
436. — Les causes de séparation sont, théoriquement, les mêmes que celles du divorce, art. 306. 464
437. — Pratiquement, la manière dont elles sont appréciées par le juge n'est pas la même. 464
438. — De la procédure en séparation de corps, art. 307. 466
439. — Elle ne peut avoir lieu par consentement mutuel. 470
440. — Effets de la séparation quant aux personnes. 471
441. — Effets quant aux intérêts pécuniaires; elle entraine la séparation de biens, art. 311. 472
442. — Déchéance du préciput encourue par l'époux contre qui la séparation est prononcée, art. 1518. 472
443. — *Quid* des déchéances résultant de l'art. 279? 473
444. — Autres déchéances encourues 474
445. — Cessation de la séparation de corps. 475

§ 2. — **Conversion du jugement de séparation en jugement de divorce.**

446. — Nécessité pour les conjoints de pouvoir convertir la séparation en divorce. 476
447. — Cette nécessité est consacrée par la loi, art. 310, § 1 . . . 477
448. — Capacité requise pour demander la conversion. 477
449. — Tribunal compétent. 478
450. — Conditions de recevabilité de la demande; délai de trois ans à observer. 478
451. — Ce délai ne concerne pas les instances principales en divorce, fondées sur des faits étrangers à ceux qui ont motivé la séparation. 478
452. — Celui qui a obtenu la séparation pourrait-il, avant l'expiration de trois années, intenter une action principale en divorce, fondée sur les mêmes faits ? 479
453. — Des demandes reconventionnelles en conversion. 480
454. — Procédure de l'instance en conversion, art. 310, § 2 et suiv. 481

Pages.

455. — Demandes accessoires à la demande; pouvoirs du juge à cet égard. 482
456. — Spécialement en ce qui touche les demandes relatives à la dette alimentaire. 483
457. — Limitations nécessaires. 484

§ 3. — **Pouvoirs du Tribunal quant à la conversion demandée.**

458. — Le juge est investi d'un pouvoir souverain d'appréciation, pour admettre ou rejeter la demande en conversion. . . 485
459. — Règle générale dominant l'exercice de ce pouvoir : Le juge ne peut modifier ni réviser le jugement prononçant la séparation. 486
460. — Principes directeurs pour le juge. 486
461. — Le juge doit rechercher uniquement si la réconciliation des époux est possible. 487
462. — Discordance de la jurisprudence. 488
463. — Cette discordance est la conséquence forcée du pouvoir d'appréciation mal à propos consacré par l'art. 310. . . . 489
464. — La révision de l'art. 310 s'impose. 489

§ 4. — **Effets de la conversion, dispositions transitoires.**

465. — Effets du jugement de conversion sur la dette alimentaire, résultant de l'art. 301. 490
466. — Ou résultant de l'art. 212. 490
467. — Cas où le jugement de séparation n'a pas indiqué le caractère de la pension allouée. 491
468. — Autres effets du jugement de conversion; dépens, transcription. 491
469. — Dispositions transitoires de la loi du 18 avril 1886. . . . 492
470. — Application aux colonies des lois de 1884 et de 1886. . . 493
471. — Du divorce et de la séparation des Français en pays étranger, et des étrangers en France. 493

APPENDICE AU CHAPITRE IV.

RÉFORME DU RÉGIME DE LA SÉPARATION DE CORPS, D'APRÈS LE PROJET ADOPTÉ PAR LE SÉNAT.

472. — Une réforme du régime de la séparation de corps est nécessaire 495
473. — Projet voté par le Sénat. 495
474. — Disposition relative au nom des conjoints séparés. . . . 496
475. — Disposition relative au domicile de la femme. 497
476. — De la capacité de la femme séparée. 497
477. — Tendances opposées de la Commission du Sénat et du Conseil d'État. 498
478. — Distinction admise par le Sénat, entre la femme qui a obtenu la séparation, et la femme contre qui elle a été prononcée. 500
479. — Critique de cette distinction. Conclusion. 500

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.