

cas où le mariage est annulé (1). Nous verrons plus loin à quel père appartient, en cas de second mariage de la mère, l'enfant né avant les trois cents jours de la dissolution du premier mariage.

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 475, n° 362 et suiv., et p. 611, n° 423.

TITRE VI.

DU DIVORCE (1).

CHAPITRE I^{er}.

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES.

§ I^{er}. *Le divorce et la séparation de corps.*

171. Nous n'avons pas à discuter la question du divorce au point de vue de la philosophie et de l'histoire. Nos *Principes* sont un ouvrage de droit positif; il faut donc nous borner à exposer les motifs pour lesquels les auteurs du code ont admis le divorce. Ils partent du principe que le mariage est contracté dans un esprit de perpétuité. Le vœu de la perpétuité, dit Portalis, est le vœu même de la nature (2). Rien de plus vrai. Le mariage est l'union de deux âmes; or, conçoit-on que deux âmes s'unissent à temps? Au moment où elles s'unissent, elles aspirent à l'éternité du lien qui de deux êtres n'en fait qu'un; elles se

(1) Willequet, *du Divorce*, 1 vol. in-8°. Gand, 1856.

(2) Portalis, Discours préliminaire du code civil, n° 51 (Loché, t. 1^{er}, p. 168).

disent que c'est Dieu même qui les a créées l'une pour l'autre; elles sentent que, séparées, elles seraient des êtres incomplets; la vie commune dans ce monde ne leur suffit même pas, elles voudraient la continuer jusqu'au delà de cette courte existence; elles espèrent que l'amour sera plus fort que la mort.

Tel est l'idéal. Contracté dans un esprit de perpétuité, le mariage est, par cela même, indissoluble. Les auteurs du code admettent cette conséquence comme règle. « Il faut, dit Portalis, que les lois opposent un frein salutaire aux passions; il faut qu'elles empêchent que le plus saint des contrats ne devienne le jouet du caprice et de l'inconstance. » Jusqu'ici le législateur français est d'accord avec la religion catholique. Il s'en sépare en admettant le divorce comme exception. Écoutons le premier consul. « Sans doute, dit-il, le mariage est indissoluble, en ce sens qu'au moment où il est contracté, chacun des époux doit être dans la ferme intention de ne jamais le rompre, et ne doit pas prévoir les causes accidentelles, quelquefois coupables, qui par la suite pourront en nécessiter la dissolution. » Est-ce à dire que l'indissolubilité du mariage soit une règle absolue qui ne puisse jamais être modifiée? Ce système, répond le premier consul, est démenti par les maximes et par les exemples de tous les siècles. L'identité de l'homme et de la femme unis par le mariage est un idéal; mais que de fois cet idéal est une fiction, pour mieux dire, une déception amère! La loi doit-elle maintenir l'indissolubilité, alors que le principe sur lequel elle repose est en opposition avec la triste réalité? Aucun législateur, aucune religion ne l'a fait. Le catholicisme maintient, en apparence, avec une rigueur de fer, l'indissolubilité qui pour lui est un dogme; mais ce n'est qu'en apparence. Il introduit la séparation de corps; or, dit Napoléon, cette institution modifie le mariage, puisqu'elle en fait cesser l'effet principal, la vie commune (1). Ne faut-il pas aller plus loin et permettre aux époux de

(1) Séance du conseil d'Etat du 16 vendémiaire an x, n° 9 (Loché, t. II, p. 482).

rompre une union qui n'est qu'un semblant de mariage?

172. A vrai dire, le divorce ne rompt pas le mariage, il ne fait que constater la rupture. Le mariage est l'union des âmes. Appellera-t-on mariage la coexistence forcée de deux êtres qui, au lieu de s'aimer, se haïssent, qui loin de s'aider l'un l'autre dans le rude travail du perfectionnement moral, s'aident en quelque sorte à se démoraliser, les excès de l'un servant de provocation et d'excuse aux excès de l'autre, en sorte que le mariage, destiné à moraliser les époux, devient une école d'immoralité? Quand l'objet du mariage ne peut pas être rempli, quand il devient un obstacle au développement moral, ne vaut-il pas mieux y mettre une fin? Vainement dit-on que le divorce viole la sainteté du mariage. Ce qui rend le mariage saint, dit Béranger, c'est l'affection qui unit les deux époux : quand l'affection fait place à la haine, quand le foyer domestique est souillé par le crime, dira-t-on que le divorce porte atteinte à la sainteté de l'union conjugale (1)?

173. On déplore les maux que produit le divorce, et on va jusqu'à dire qu'il est un mal dans son essence. Nous répondrons avec l'orateur du gouvernement que le divorce est le remède d'un mal; s'il est un remède quelquefois nécessaire, on ne doit pas le signaler comme essentiellement mauvais (2). Il faut aller plus loin, et dire que le divorce est un droit dont on a tort de contester la moralité. Nous ne nions pas qu'il ne puisse servir à légitimer de coupables passions. Mais c'est là l'abus du droit, ce n'est pas le droit. Ne peut-on pas abuser du mariage et des choses les plus saintes? C'est précisément parce que le mariage est la plus sainte des institutions qu'il faut permettre le divorce. Le christianisme considère surtout le mariage comme une garantie pour les bonnes mœurs; il place la virginité au-dessus du mariage. Tel n'est pas le sentiment de l'humanité moderne. Nous voyons dans le mariage l'union de deux êtres qui se complètent l'un l'autre : c'est une école mutuelle de perfectionnement intellectuel et mo-

(1) Béranger, séance du conseil d'Etat du 16 vendémiaire an x, n° 13 (Loché, t. II, p. 485).

(2) Tréillard, Exposé des motifs, n° 7 (Loché, t. II, p. 564).

ral. Si le perfectionnement est le but de notre existence, nous avons, par cela même, droit à tous les moyens qui nous aident à atteindre ce but. C'est dire que l'homme a un droit absolu au mariage, absolu en ce sens que le législateur ne doit pas le rendre impossible. Il doit donc permettre à celui qui est engagé dans les liens d'une union qui le démoralise, de les rompre, pour qu'il puisse en contracter une nouvelle qui réponde mieux au but du mariage. C'est là le grand avantage que le divorce a sur la séparation de corps.

174. Treilhard dit que la véritable et la seule question est si le divorce doit être préféré à la séparation de corps (1). Personne ne conteste que le législateur a le droit et le devoir de mettre fin à la vie commune de deux époux, quand leur union n'est plus qu'une source de désordres. Il n'y a de dissentiment que sur les effets qu'il convient d'attacher à la séparation. Faut-il permettre aux époux de rompre définitivement les liens qui les unissent? C'est le divorce qui dissout le mariage. Ou suffit-il de donner aux époux le droit de vivre séparément? C'est la séparation de corps qui maintient le lien du mariage. Est-ce là un avantage, que la simple séparation a sur le divorce? Treilhard dit très-bien que la séparation de corps ne maintient le mariage qu'en apparence. Qu'est-ce en effet que le mariage, sinon la vie commune? Or, la séparation brise cette communauté d'existence aussi bien que le divorce. En réalité, l'époux n'a plus de femme et la femme n'a plus de mari. Qu'importe que le lien subsiste, quand ce lien ne produit plus aucun effet? Le lien est une pure fiction. Cette fiction produit-elle pour les époux, pour les enfants, pour la société, les bienfaits qui font la sainteté du mariage?

Les époux sont condamnés au célibat forcé, c'est-à-dire qu'on les place dans un état où l'immoralité est presque fatale. Le plus souvent c'est l'adultère de l'un des époux, parfois des deux qui fait prononcer la séparation de corps : est-ce que, séparés, les époux vont renoncer à ces

(1) Exposé des motifs, nos 7 et suiv. (Loché, t. II, p. 564 et suiv.).

relations coupables? L'époux innocent souffrira des désordres de son conjoint, parce qu'il continue à porter son nom, parce que c'est son mari ou sa femme qui le couvre de déshonneur. Est-ce là le but du mariage? est-ce ainsi que les époux se perfectionnent? est-ce ainsi qu'ils rempliront leur destinée?

On s'apitoie, et avec raison, sur le malheur des enfants dont les parents sont divorcés. Seront-ils moins malheureux si leurs parents sont séparés de corps? Il n'y a plus de famille pour eux. Que dis-je? la mère leur apprendra à détester leur père; et le père signalera leur mère à la haine de ceux auxquels elle a donné le jour. La honte des désordres auxquels les parents se livreront rejaillira sur les enfants. Le mal pour eux est donc toujours le même; leur condition n'est pas empirée par le divorce; ce qui fait leur malheur, ce n'est pas la rupture légale du mariage, c'est la discorde, la haine, le crime dont ils sont les témoins et les victimes. Pour eux aussi, le remède le plus radical est le meilleur.

Si le divorce répond mieux que la séparation de corps au droit et à l'intérêt des époux, il faut dire que la société est intéressée à ce que le mariage soit dissous. Le mariage est le fondement de la société : y a-t-il encore mariage quand les époux portent le nom d'époux, mais vivent séparés? Le législateur favorise le mariage comme condition de la propagation de l'espèce humaine. Est-ce que la séparation de corps atteint ce but? Si elle donne naissance à des enfants, c'est à des enfants adultérins. Ne vaut-il pas mieux que le divorce permette aux époux de créer une famille légitime?

En définitive, la séparation de corps est un sacrifice fait à une croyance religieuse. Nous respectons cette croyance, parce que notre foi la plus chère est aussi la perpétuité et l'indissolubilité du lien conjugal. Mais nous contestons au législateur le droit d'élever une croyance religieuse à la hauteur d'une loi, c'est-à-dire de rendre un dogme obligatoire pour tous les citoyens. A notre avis, l'indissolubilité du mariage est du ressort de la conscience; c'est le progrès des mœurs qui doit réaliser cet idéal, autant qu'il est pos-

sible aux hommes d'atteindre la perfection. Le législateur doit prendre les hommes tels qu'ils sont, faibles et imparfaits; qu'il se garde de vouloir leur imposer une perfection absolue! Nous lui rappellerons l'expérience faite dans le sein de l'Eglise. Le monachisme avait l'ambition de transformer les hommes en anges. Qu'est-il arrivé? Les anges de pureté sont devenus des démons d'impureté!

§ II. *Le divorce et les croyances religieuses.*

175. Quand le projet de code civil fut communiqué aux tribunaux, il y en eut qui repoussèrent le divorce, comme étant contraire à la liberté des cultes. Portalis répond à cette singulière objection que c'est, au contraire, la liberté des cultes qui rend le divorce indispensable. En effet, n'y a-t-il pas des cultes qui l'admettent? Dès lors, ne faut-il pas laisser à ceux qui les professent la faculté de divorcer (1)? Nous croyons que la question est mal posée. Portalis lui-même la posa d'une manière plus large au sein du conseil d'Etat (2). Il s'agit de savoir si les croyances religieuses limitent l'action du législateur en cette matière. Sous l'ancien régime, le législateur laïque n'admettait pas le divorce, par la raison que l'Eglise le repoussait. C'est qu'à cette époque l'Eglise et l'Etat étaient étroitement unis, à ce point que les lois ecclésiastiques étaient considérées comme lois de l'Etat. L'union de l'Eglise et de l'Etat, source d'intolérance et principe de persécution, fut rompue par la Révolution; l'Etat fut sécularisé, la liberté religieuse fut proclamée par l'Assemblée constituante. Dès lors, les diverses croyances restèrent étrangères à la législation. Qu'importe donc que la religion catholique proscrive le divorce? Et qu'importe que les chrétiens protestants l'admettent? Le législateur qui serait convaincu que le divorce est contraire à l'essence du mariage, contraire à la moralité publique, aurait le droit de le prohiber,

(1) Portalis, Discours préliminaire, n° 50 (Loché, t. 1^{er}, p. 168).

(2) Séance du conseil d'Etat du 14 vendémiaire an X, n° 5 (Loché, t. II, p. 465).

quand même la plupart des cultes le consacraient. Il y a des cultes qui professent et qui pratiquent la polygamie. Est-ce à dire que le législateur ne puisse pas la punir comme une atteinte à l'ordre social? Si la loi civile peut repousser le divorce quoique des croyances religieuses le légitiment, elle peut, par la même raison, l'admettre, bien qu'une autre croyance le condamne. C'est une conséquence évidente du principe de sécularisation qui domine notre ordre politique depuis 1789. Ce n'est pas à dire que le législateur ne puisse et ne doive même tenir compte des opinions religieuses des citoyens; mais cela est une question de prudence politique, tandis qu'ici nous discutons une question de droit.

176. Portalis semble n'accepter le divorce que par respect pour la liberté religieuse. « Le véritable motif, dit-il, qui oblige les lois civiles d'admettre le divorce, c'est la liberté des cultes. Il est des cultes qui autorisent le divorce; il en est qui le prohibent; la loi doit donc le permettre, afin que ceux dont la croyance l'autorise puissent en user. » Non, ce n'est pas là le vrai motif. Portalis donne une meilleure raison en disant que les causes du divorce sont des infractions manifestes du contrat. C'est la formule juridique des idées que nous venons d'énoncer. Le législateur ne peut pas dire que le mariage est l'union des âmes, et qu'il y a lieu de le rompre quand l'union fait place à la discorde. C'est là le langage de la morale, ce n'est pas le langage des lois. L'unité de sentiments qui fait l'essence du mariage, se manifeste par des devoirs que le législateur a consacrés et qui sont devenus par là des obligations juridiques. Aux termes de l'article 212, les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance. L'article 213 ajoute que le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. Et l'article 214 porte que la femme est obligée d'habiter avec le mari; de son côté, le mari est tenu de la recevoir. Voilà l'union traduite en obligations juridiques. Si l'un des époux enfreint ces obligations, l'union est troublée, elle n'atteint plus le but dans lequel elle a été contractée; elle devient, au contraire, un obstacle qui empêche les époux de rem-

plir leur destinée; dès lors l'époux lésé doit avoir le droit de demander la dissolution du mariage. Qu'est-ce donc que le divorce? C'est la rupture légale du mariage, mais cette rupture légale ne fait que constater la rupture morale; c'est celle-ci qui est le vrai fondement du divorce.

Si nous approuvons le divorce, nous n'entendons pas justifier toutes les dispositions du code Napoléon sur cette matière. Nous faisons nos réserves en ce qui concerne le divorce par consentement mutuel, et le divorce qui peut être la suite de la séparation de corps. Ces réserves, cela va sans dire, s'adressent au législateur. L'interprète doit accepter la loi telle qu'elle est faite, et l'appliquer d'après l'esprit qui a inspiré ses auteurs.

CHAPITRE II.

DES CAUSES DU DIVORCE.

SECTION I. — Principes généraux.

177. Le divorce a lieu pour causes déterminées et par consentement mutuel. On entend par causes déterminées des faits qui constituent une infraction grave aux obligations qui naissent du mariage. Ce sont : l'adultère, les excès, sévices et injures graves, la condamnation à une peine infamante. On peut rattacher à ce premier cas de divorce celui qui est la conséquence de la séparation de corps (art. 310), car la séparation de corps ne peut être prononcée que pour les causes déterminées qui autorisent le divorce (art. 306, 229-232).

Le divorce a aussi lieu par consentement mutuel. Cette expression ne rend pas la pensée du législateur. Il n'a pas

entendu (1) autoriser la dissolution du mariage par un consentement contraire à celui qui l'a formé. Il en est ainsi dans les contrats ordinaires qui concernent des affaires d'argent et où les parties seules sont intéressées. Le mariage, bien qu'il se forme par le concours de consentement, diffère essentiellement des contrats pécuniaires; il est le fondement de la société, et ce serait une base bien frêle que celle qui serait à la merci des passions changeantes de l'homme. De là suit qu'il est impossible d'admettre que la volonté seule des époux dissolve le mariage; ils peuvent bien stipuler dans leur intérêt, mais il ne leur est pas permis de renoncer à ce qui est d'intérêt social (2). Si la loi admet le divorce par consentement mutuel, c'est pour que les époux ne soient pas obligés de déshonorer leur famille, en révélant des faits qui peuvent entraîner contre le conjoint coupable des condamnations criminelles. Le législateur a organisé les conditions et la procédure de manière qu'il soit prouvé suffisamment qu'il existe une cause péremptoire de divorce (art. 233).

178. Il va sans dire qu'il ne peut y avoir de divorce hors des cas prévus par la loi, et il est tout aussi évident que ces cas sont de stricte interprétation. L'indissolubilité du mariage est la règle; ce n'est qu'à regret, et forcé par la faiblesse humaine, que le législateur admet des exceptions. La cour de Colmar a fait une singulière application de ce principe. Un époux demanda le divorce pour cause d'injure grave; le jugement l'admit en faisant résulter l'injure grave de l'adultère. La cour reforma cette décision, en décidant qu'il n'y avait pas lieu à prononcer le divorce, parce que l'injure grave est une cause distincte de celle qui se fonde sur l'adultère, d'où elle conclut que l'adultère ne pouvait pas être considéré comme une injure grave (3). Les traducteurs de Zachariæ disent que cette décision ne doit pas être suivie, du moins

(1) Cela se lit cependant dans le rapport fait au Tribunat, par Savoye-Rollin, n° 16 (Loché, t. II, p. 580) : « On a trouvé naturel que le même consentement qui avait tissé le lien pût le défaire. »

(2) Portalis, Discours au sein du conseil d'Etat, séance du 14 vendémiaire an X, n° 15 (Loché, t. II, p. 468).

(3) Arrêt du 8 décembre 1807 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 438).