

en matière de séparation de corps, où les tribunaux peuvent se montrer moins formalistes parce que les conséquences sont moins graves (1). Il nous semble qu'on ne peut pas la suivre davantage en matière de divorce. Sans doute, les effets du divorce sont plus considérables. Mais qu'importe? L'époux lésé n'en a pas moins le droit de demander le divorce; et tout droit est placé sous la sauvegarde de la loi et de la justice. Or, qu'arriverait-il si l'on interprétait le code dans l'esprit formaliste qui a dicté l'arrêt de Colmar? On reviendrait au bon vieux temps de la chicane, où le défaut d'une virgule faisait perdre le procès. Quoi! voilà un époux qui prouve l'adultère de son conjoint, et vous lui refusez le divorce parce qu'il a appelé l'adultère une injure grave! Ne dirait-on pas que c'est le demandeur, c'est-à-dire le conjoint innocent, qui est coupable et qu'il faut le traiter en criminel? Il est vrai que, dans la procédure du divorce par consentement mutuel, le législateur se montre formaliste; mais là sa sévérité a une raison d'être; il accumule les formalités, parce que c'est le seul moyen de s'assurer qu'il existe une cause péremptoire de divorce. Il n'en est plus de même du divorce pour cause déterminée. Dès qu'une cause légale est établie, il en résulte un droit pour l'époux innocent, et ce serait compromettre ce droit que de se prévaloir de la moindre irrégularité pour l'entraver et l'anéantir.

SECTION II. — Du divorce pour cause déterminée.

§ 1^{er}. Des causes

N^o 1. DE L'ADULTÈRE.

179. La loi établit une différence entre l'adultère du mari et celui de la femme. Aux termes de l'article 229, le simple adultère de la femme autorise le mari à demander le divorce; tandis que la femme ne peut pas demander le

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. 1^{er}, § 137, note 3, p. 248.

divorce pour le simple adultère du mari; il faut de plus cette circonstance aggravante que le mari a tenu sa concubine dans la maison commune. Nous nous sommes déjà élevé contre l'inégalité que le code Napoléon établit entre l'homme et la femme (n^o 84). Vainement dit-on que les mœurs et les lois demandent à la femme une pudeur qu'elles n'exigent pas de l'homme (1). Si les mœurs sont ainsi faites, elles ont tort, et les lois aussi. Mais cela fût-il aussi vrai que cela est faux, qu'est-ce que cela prouverait pour les causes de divorce? L'homme n'est plus libre, il a engagé sa foi; y a-t-il un autre devoir de fidélité pour lui que pour sa femme? La fidélité qu'il promet à sa femme veut-elle dire qu'il lui sera permis d'être infidèle tant qu'il voudra? Ce serait un singulier engagement que celui qui impliquerait la faculté d'y manquer à plaisir? Il est très-vrai que l'infidélité de la femme a ou peut avoir des conséquences plus graves que l'adultère du mari (2). C'est une raison pour lui infliger une peine plus forte. Mais en matière de divorce, il ne s'agit pas de peine; il s'agit uniquement de la violation d'un engagement réciproque, et sous ce rapport les torts des deux époux sont certes les mêmes; donc le droit qui en résulte pour la partie lésée devrait aussi être le même.

Au conseil d'Etat, Boulay avoua qu'en réalité le crime d'adultère était le même des deux côtés, que partant il ne devait pas y avoir de différence dans le droit de poursuivre l'action qui en résulte. Lacuée dit que punir l'adultère du mari dans le cas seulement où il tient sa concubine dans la maison commune, c'est l'autoriser dans les autres. N'est-ce pas là une immoralité? Regnier ajouta que l'adultère en matière de divorce ne doit être considéré que dans les effets qu'il produit entre les époux; que, sous ce rapport, le tort est le même, soit que le crime appartienne au mari, soit qu'il appartienne à la femme. Tronchet finit par adopter cet avis. Quand il s'agit d'établir une peine contre l'adultère, dit-il, il est juste de faire une distinction qui

(1) Demolombe, t. IV, p. 470, n^o 369.

(2) Tronchet, dans la discussion du conseil d'Etat, séance du 24 vendémiaire an x, n^o 14 (Loché, t. II, p. 494).

sert à graduer la peine d'après les conséquences; mais lorsque l'adultère n'est considéré que par rapport au divorce, tout doit être égal entre les époux. Voilà la vraie doctrine. Elle fut admise par le conseil d'Etat au premier vote (1). C'était celle du droit canon, et elle a été consacrée par le code hollandais (art. 264, 1^o).

180. Quoique la disposition de l'article 230 soit contraire aux principes, il faut l'interpréter dans l'esprit qui l'a dictée. L'adultère est un crime, il n'y a pas de crime sans texte; voyons donc quelles sont les conditions requises par le code Napoléon pour que l'adultère du mari soit une cause de divorce. Il faut qu'il ait tenu sa concubine dans la maison commune. Qu'entend-on par concubine? Faut-il la continuité d'un commerce illégitime pour qu'il y ait concubinage dans le sens de la loi? Zachariæ dit que cela n'est pas nécessaire (2). Nous voudrions admettre cette opinion, parce qu'elle est en harmonie avec les vrais principes, mais le texte et l'esprit de la loi ne le permettent pas. Qu'est-ce qu'une concubine, d'après le Dictionnaire de l'Académie? « C'est celle qui, n'étant pas mariée avec un homme, vit avec lui comme si elle était sa femme. » Il faut donc qu'il y ait une *vie* commune pendant un temps plus ou moins long. Il résulte de là une nouvelle inégalité entre l'homme et la femme : un seul fait d'adultère suffit pour que le mari puisse demander le divorce; il en devrait être de même pour l'adultère du mari. Mais il y a dans notre texte une seconde expression qui nous empêche d'admettre cette interprétation. L'article 230 dit : lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune. Le code pénal dit (art. 339) : qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale. Les mots *tenir* et *entretenir* expriment l'un et l'autre l'idée d'une continuité de rapports entre l'homme et la femme. L'inégalité, d'ailleurs, ne l'oublions pas, est dans l'esprit de la loi; nous devons

(1) Séance du 24 vendémiaire an x, nos 2 et 14 (Loché, t. II, p. 487 et 494), et les observations de Regnier au second vote (séance du 4 brumaire an x, n^o 4 (Loché, t. II, p. 513).

(2) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 249, note 3. L'opinion contraire est généralement enseignée (Demolombe, t. IV, p. 471, n^o 370).

l'admettre malgré nous. Treilhard, en exposant les motifs de notre titre, se sert d'une expression énergique pour rendre la pensée du législateur. « L'adultère du mari, dit-il, ne donne lieu au divorce que lorsqu'il est accompagné d'un caractère particulier de mépris, par l'établissement de la concubine dans la maison commune (1). » Il faut donc que la concubine soit établie à côté de la femme, que la rivale illégitime prenne la place qui est due à l'épouse : c'est cet outrage qui constitue le caractère aggravant exigé par la loi pour que l'adultère du mari devienne un crime et une cause de divorce.

181. Cependant il ne faut pas aller trop loin dans cette interprétation restrictive. Le mot *établissement* dont Treilhard se sert implique que c'est le mari qui a établi la concubine dans la maison conjugale, ou, comme on l'a dit dans la discussion, que c'est lui qui l'y a introduite. On a prétendu que tel était le sens de la loi. Il n'en est rien. Ne transportons pas dans le texte les discussions et les rapports. Tout ce que le code exige, c'est que le mari tienne ou entretienne sa concubine dans la maison commune, peu importe que ce soit lui ou la femme qui l'y ait introduite. Après tout, personne ne peut être introduit dans la maison sans la volonté du mari. Quand la femme engage une servante, elle le fait comme mandataire du mari; légalement, c'est donc le mari qui l'introduit. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (2).

182. Il faut que le mari tienne la concubine dans la maison commune. Que faut-il entendre par là? Le code pénal dit : *maison conjugale* (art. 339). Les deux expressions ont le même sens : c'est la maison qui sert d'habitation aux deux époux. Nous ne disons pas : qui est habitée. Peu importe que la femme habite la maison où le mari tient sa concubine; dès que cette maison est occupée par le mari, elle devient de droit la maison commune à la femme, car la femme a le droit d'y habiter, et le mari

(1) Exposé des motifs, n^o 17 (Loché, t. II, p. 567).

(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n^o 67, et arrêt de Liège du 6 juillet 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 226). L'opinion contraire de Marcadé est restée isolée (art. 306, n^o II, t. I^{er}, p. 597).

a l'obligation de l'y recevoir. Cependant il y a une raison de douter qui a entraîné quelques cours. Le caractère aggravant, dit-on, qui constitue l'adultère légal du mari, c'est qu'il ajoute l'outrage au crime en installant une concubine à côté de sa femme; si la femme n'habite pas avec son mari, elle n'est plus bravée à chaque instant du jour par une rivale déhontée, dès lors il n'y a pas d'outrage, donc pas d'adultère dans le sens légal. Cette opinion doit être rejetée parce qu'elle dépasse la loi; la loi n'est déjà que trop indulgente pour les désordres du mari; gardons-nous d'exagérer encore son indulgence. Elle ne parle pas de l'*habitation* commune, mais de la *maison*; vouloir que la maison soit *habitée* par la femme, c'est donc ajouter une condition, ce que l'interprète ne peut jamais faire. D'ailleurs, comme le dit la cour de Douai, il y a injure insupportable pour la femme dès qu'une concubine occupe la place qui lui appartient à elle seule, ou, comme le dit la cour de Grenoble, lorsque la concubine souille de sa présence la demeure de la famille. Telle est aussi la jurisprudence constante de la cour de cassation, ainsi que la doctrine des auteurs (1).

183. On demande si la concubine doit demeurer dans la maison conjugale; ou suffit-il qu'elle y soit reçue habituellement par le mari? Certes, dans ce dernier cas, l'adultère est tout aussi injurieux pour la femme; mais il ne rentre pas dans le texte de la loi; on ne peut pas dire que la concubine soit, en ce cas, *tenue* ou *entretenu* dans la maison commune; on ne peut pas dire qu'elle souille la maison conjugale de sa présence, puisque ce n'est qu'accidentellement et en quelque sorte furtivement qu'elle y entre. La cour de Bordeaux l'a décidé ainsi, mais elle a ajouté que, s'il n'y avait pas adultère, dans le sens légal, le fait n'en était pas moins une injure grave pour la femme, et qu'elle pouvait l'invoquer, à ce titre, comme une cause de divorce. Cette décision doit être généralisée. Alors même que l'adultère n'aurait pas été commis dans la mai-

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Adultère*, § VII (t. I^{er}, p. 191 et suiv.). Dalloz, au mot *Séparation de corps*, nos 70 et 74.

son commune, il peut en résulter, d'après les circonstances, une injure grave qui autorise la femme à demander le divorce. Vainement dirait-on que le fait est un adultère, et que l'adultère n'est une cause de divorce que lorsque le mari tient sa concubine dans la maison commune. C'est là une de ces objections formalistes qui rendraient la loi odieuse, si l'on en tenait compte. De ce qu'un fait n'est pas un adultère légal, conclura-t-on qu'il ne constitue pas une injure grave? Quoi! voilà un mari qui entretient une fille au vu et au su de tout le monde, il se montre en public avec elle et avec les enfants qui sont le fruit de ce commerce adultérin; la conscience publique s'émeut de ce scandale, une chanson populaire poursuit le coupable, et l'on dira que ce n'est pas là une injure grave (1)! La jurisprudence a repoussé ces sophismes et admis la femme insultée à demander le divorce (2).

184. L'application de l'article 230 a donné lieu à de nombreuses difficultés. Elles peuvent être facilement décidées par les principes que nous venons d'établir. On a demandé si un hôtel peut être considéré comme maison commune. Si le mari y a sa résidence et s'il tient sa concubine dans l'appartement qu'il occupe, alors il n'y a pas même de question; c'est là le domicile conjugal que la femme a le droit d'habiter et où son mari doit la recevoir. Mais si le mari n'y a pas d'habitation fixe, s'il ne fait que passer et s'il loge comme passager dans un hôtel, on ne peut plus dire que ce soit là la maison commune, car la chambre où il couche accidentellement ne sert pas d'habitation au mari. La question devient plus difficile quand le mari a sa résidence dans un hôtel et que la concubine y réside aussi, mais dans un autre appartement. Peut-on dire, dans ce cas, que le mari tient sa concubine dans la maison commune? Il y a controverse. Il suffit, dit-on, que le mari et sa concubine logent sous le même toit, côte à côte, de manière que la concubine et la femme légitime

(1) C'est dans ces circonstances qu'a été rendu l'arrêt de Bruxelles du 19 janvier 1849, qui admet le fait comme injure grave (*Pasicrisie*, 1850, 2, 182).

(2) Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 79.

se rencontrent à chaque instant (1). Nous croyons que cette opinion s'écarte du texte et même de l'esprit de la loi. La maison commune est celle où la femme a le droit et le devoir de résider, c'est le foyer de la famille. Dans un hôtel, les divers appartements constituent autant d'habitations diverses; la femme n'a pas même le droit de pénétrer dans celui qui est occupé par la concubine; celle-ci ne souille donc pas le foyer domestique. Il peut y avoir injure grave, il n'y a pas adultère dans le sens de la loi (2).

185. Mais dès que la concubine partage la résidence du mari, quand même celui-ci n'y réside que temporairement, il y a adultère légal, bien que la femme n'ait jamais mis le pied dans cette habitation. Jugé ainsi par arrêt de la cour de Rouen, confirmé par un arrêt de rejet. Dans l'espèce, le mari avait un pied-à-terre fixe dans une ville où les époux ne résidaient pas; il n'y faisait qu'un séjour momentané pour le besoin de ses affaires. Il y avait quelque doute dans ces circonstances, parce qu'elles ne présentent pas toute la gravité qu'a l'adultère commis dans la résidence commune des deux époux. Toutefois la décision est très-juridique. Il y a maison commune dès que le mari l'occupe comme sienne; dès lors la femme a le droit d'y venir, bien qu'elle n'y vienne pas; le mari pourrait la forcer à y venir. Cela décide la question. De ce que l'outrage a moins de gravité, gardons-nous d'inférer qu'il n'y a pas outrage (3).

Mais il ne suffirait pas que l'adultère eût été commis dans une maison habitée par la concubine, quoique cette maison appartint au mari, si ce n'était pas sa résidence. Elle est louée, c'est la fille du fermier qui est la concubine du mari; c'est à la ferme que le mari va trouver sa complice; alors même que la maison ferait partie d'un domaine où se trouve le château du propriétaire, elle n'est pas la maison commune, la femme n'a pas le droit d'y ré-

(1) Massol, *De la séparation de corps*, p. 38, n° 8.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 472, n° 371.

(3) Arrêt de la cour de cassation du 28 novembre 1859 (Daloz, 1860, 1, 255).

sider, le mari même ne l'a pas. Il peut y avoir dans ce fait une injure grave, il n'y a pas d'adultère légal (1).

N° 2. EXCÈS ET SÉVICES.

186. Le mot *excès* est très-vague; la discussion nous servira à en déterminer le sens. Il y avait dans le projet de code civil un article ainsi conçu : « *L'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre* sera pour celui-ci une cause de divorce. » Le Tribunal remarqua que cette disposition était d'une application impossible. A moins de supposer une haine à mort entre les deux époux, l'un d'eux n'ira pas dénoncer à la justice un attentat à la vie qui conduirait à l'échafaud le conjoint coupable (2). En conséquence l'article du projet fut supprimé, et le mot *attentat* fut remplacé par celui d'*excès*, qui exprime la même idée, mais d'une manière couverte, de sorte que l'attention du ministère public ne sera pas éveillée de suite, et la dénonciation paraîtra moins odieuse. Toutefois ce n'est qu'une question de forme et de convenances, car devant le tribunal, le demandeur doit prouver les faits qui constituent les excès; si c'est un attentat à la vie, le ministère public devra poursuivre l'époux coupable (art. 235).

187. Le mot *séVICES*, d'après son étymologie, indique des actes de cruauté; puisqu'il se trouve joint au mot excès, il faut dire qu'il ne s'agit pas de faits qui mettent la vie du conjoint en danger : ce sont donc de mauvais traitements, des coups et blessures. On demande si les séVICES doivent être habituels pour constituer une cause de divorce. Il a été jugé que les séVICES doivent être continus et tels, que la vie de l'époux soit en danger, ou du moins que l'habitation commune soit insupportable (3). Nous croyons qu'en exigeant la continuité des mauvais traitements, on dépasse la loi. Le code ne dit pas cela, et

(1) Arrêt de Limoges du 21 mai 1835 (Daloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 79).

(2) Observations de la section de législation du Tribunal (Loché, t. II, p. 552, n° 2).

(3) Arrêt de Besançon du 13 pluviôse an XIII (Daloz, au mot *Séparation de corps*, n° 24).

l'interprète ne peut pas se relâcher de la juste sévérité de la loi. Il est certain qu'en cas d'*excès*, il ne faut pas l'habitude; cela résulte de la nature même de l'attentat à la vie. Il faut dire la même chose des *séVICES*, si l'on entend par là un acte de cruauté; un seul fait doit suffire, parce qu'il marque, chez l'époux qui s'en rend coupable, une véritable haine pour son conjoint, ce qui implique certes qu'il ne reste pas chez lui une ombre de sentiments affectueux. Dès lors il y a rupture des âmes, et par suite le divorce est moralement consommé. Il y a un arrêt en ce sens, et la doctrine est conforme (1).

188. On a dit que les simples voies de fait ne constituent pas par elles-mêmes une cause de divorce; que le juge doit tenir compte, en cette matière, de la condition des personnes et de leur éducation (2). Nous croyons que c'est confondre les séVICES avec les injures. Toute voie de fait ne peut pas être rangée parmi les séVICES. Pour qu'il y ait séVICE, il faut cruauté, comme le dit Treilhard dans l'exposé des motifs. Or, personne ne dira qu'un soufflet soit un acte de cruauté, c'est une injure, et l'injure doit être grave; ce que la loi ne dit pas des séVICES : c'eût été s'écarter du sens naturel et légal du mot; un acte de cruauté est, par son essence même, un fait grave. Quant aux mauvais traitements qui n'ont pas le caractère de cruauté, ce ne sont pas des séVICES, ils rentrent dans la catégorie des injures. Il y a un arrêt de la cour de Bordeaux en ce sens (3).

189. Le fait matériel des excès et des séVICES suffit-il pour que l'époux lésé puisse demander le divorce? ou faut-il que ces faits présentent les caractères du délit? Il n'y a pas de délit là où il n'y a pas de volonté criminelle; l'absence de raison enlève toute criminalité aux faits qui, au point de vue matériel, constituent un crime ou un délit. Si l'époux qui commet des excès ou séVICES est dans un état d'aliénation mentale, il n'y a pas lieu au divorce. Vai-

(1) Arrêt de Besançon du 9 avril 1808 (Daloz, au mot *Séparation de corps*, n° 24). Massol, *De la séparation de corps*, p. 38.

(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 501, n° 552.

(3) Arrêt du 10 avril 1826 (Daloz, au mot *Séparation de corps*, n° 26, 1°).

nement dira-t-on que les mauvais traitements rendraient la vie commune insupportable; si les excès et les séVICES sont une cause de divorce, c'est parce qu'ils sont une violation des devoirs qui naissent du mariage. Or, peut-on dire de celui qui ne jouit plus de sa raison qu'il viole un devoir? Ce serait, en définitive, la maladie mentale que l'époux lésé invoquerait, plutôt que les excès ou les séVICES. Or, l'aliénation n'est pas une cause de divorce. Si la démence ou la fureur mettent la vie du conjoint en danger, il y a lieu de placer le conjoint aliéné dans un hospice; mais il ne peut pas s'agir de demander le divorce.

N° 3. INJURES GRAVES.

190. L'injure suppose qu'il y a dol et intention de nuire. C'est ce que dit la cour de Turin dans un arrêt rendu en matière de divorce. Il faut donc appliquer à l'injure ce que nous venons de dire des excès et des séVICES. Un arrêt de la cour de Montpellier semble contraire à cette doctrine (1). Il décide que les imputations dirigées par un mari contre sa femme, bien qu'elles ne puissent dériver que des hallucinations d'un esprit troublé, deviennent une cause de séparation lorsqu'elles sont si graves et si persévérantes que la cohabitation n'offrirait plus à la femme aucune sécurité. Si le *trouble de l'esprit*, dont parle cet arrêt, était une maladie mentale, alors la cour a méconnu les principes les plus élémentaires en matière d'injure et de divorce. Peut-on dire d'un mari qui a l'esprit troublé, dérangé, qu'il viole les devoirs qui naissent du mariage? et peut-il y avoir divorce sans cette violation? Y a-t-il injure là où il n'y a plus de saine raison? Toutefois, en fait, la décision peut être très-juridique. Le trouble de l'esprit peut provenir d'un mauvais sentiment, d'une jalousie aveugle; dans ce cas, il n'y a pas maladie mentale; le mari est responsable de ce qu'il fait, par suite il y a injure et cause de divorce.

191. Il est également de principe qu'il n'y a pas injure

(1) Arrêt du 1^{er} février 1866 (Daloz, 1867, 5, 390, n° 6).