

de bonne foi et qu'il a fait des aveux pour éviter une enquête scandaleuse.

La jurisprudence est hésitante. Il y a des arrêts qui semblent repousser l'aveu d'une manière absolue, en se fondant sur ce que le code Napoléon rejette les séparations volontaires (1); mais le code rejette aussi les divorces volontaires, et néanmoins l'article 243 veut qu'il soit dressé procès-verbal des aveux. La cour de cassation a toujours suivi l'opinion de Merlin, qui concilie les divers principes en cette matière. Il a été jugé, en matière de divorce, que les aveux du défendeur devaient être pris en considération pour établir les faits allégués par la partie demanderesse; que lorsque ces aveux contribuaient à constater les causes de divorce alléguées par le demandeur, le juge ne pouvait exiger qu'elles fussent pleinement constatées par des moyens indépendants de ces aveux (2). Il a été jugé, en matière de séparation de corps, que si l'aveu ne suffit pas, par lui seul, comme preuve, il peut néanmoins être pris en considération par le juge: l'arrêt de la cour constate que dans toutes les circonstances du procès, et jusque dans le système de la défense, le magistrat avait trouvé la plus complète certitude qu'aucune collusion n'existait entre les époux (3).

**207.** Le serment décisoire peut-il être déféré par l'une des parties à l'autre? Non, malgré les termes généraux de l'article 1356, qui porte que « le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. » Cette disposition doit être restreinte aux contestations d'intérêt pécuniaire; on ne peut pas l'appliquer aux questions d'état. En effet, le serment implique une transaction; or, on ne peut pas transiger sur le divorce: ce serait faire dépendre des conventions des parties un procès qui est essentiellement d'ordre public; ce serait permettre un divorce par concours de consentement. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour rejeter le

(1) Voyez les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 260.

(2) Arrêt du 11 frimaire an xiv (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 482).

(3) Arrêts du 6 juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 244) et du 29 avril 1862 (Dalloz, 1862, 1, 515).

serment décisoire (1). Faut-il appliquer le même principe au serment supplétoire? Ce serment n'est pas une transaction; c'est un supplément de preuve que le juge demande à la conscience de l'une des parties, quand la demande ou l'exception n'est pas pleinement dénuée de preuves (art. 1366, 1367). Merlin dit que quand le demandeur n'établit pas pleinement la cause de divorce, sa demande doit être rejetée. C'est décider la question par la question. Il s'agit précisément de savoir si le juge peut chercher un supplément de preuve dans le serment. Cependant nous nous rangeons à l'avis de Merlin. Il reste toujours vrai de dire que la décision de la cause dépendrait de la volonté ou de la conscience de l'une des parties; ce qui, en matière de divorce, est inadmissible.

§ III. *Des fins de non-recevoir contre l'action en divorce pour cause déterminée.*

**208.** Il ne faut pas confondre les fins de non-recevoir avec les fins de non-procéder. Celles-ci ne concernent que la procédure quand elle est irrégulière. Si l'exception est admise, la procédure est annulée, mais elle peut être recommencée. Tandis que les fins de non-recevoir concernent le fond de la cause; elles écartent la demande sans même en permettre l'examen. Il y a des fins de non-recevoir qui dérivent de l'absence de l'une des conditions requises pour le divorce. Tel serait le cas où le divorce serait demandé pour une cause autre que celles qui sont admises par la loi. Il y a des fins de non-recevoir qui résultent des principes généraux de droit: telle est la prescription. Enfin, il y en a qui sont spéciales au divorce pour cause déterminée: telles sont la réconciliation et, en un certain sens, la compensation.

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Serment*, § II, art. II, n° 6. Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 262.

## N° 1. DE LA RÉCONCILIATION.

**209.** L'article 272 porte : « L'action en divorce est éteinte par la réconciliation des époux, survenue soit depuis les faits qui auraient pu autoriser cette action, soit depuis la demande en divorce. Rien de plus naturel. Les faits qui donnent lieu au divorce constituent une injure; or, l'injure s'efface par le pardon. Si l'époux offensé pardonne au conjoint coupable, il n'y a plus de cause de divorce. La réconciliation suppose donc essentiellement la volonté de pardonner; ce qui implique que l'époux qui pardonne connaît les faits d'où résulte l'offense. Il est impossible, dit la cour de Limoges, que celui qui ignore les faits dont il aurait eu à se plaindre, ait eu l'intention de les pardonner (1). Du reste, la loi ne prescrit aucune condition pour qu'il y ait réconciliation; le juge ne peut donc pas décider que la réconciliation doit avoir une certaine durée; c'est ajouter à la loi et par conséquent la faire. Dès que la réconciliation a existé, l'injure est effacée et l'action tombe (2). Mais il appartient aux tribunaux d'apprécier si la réconciliation est réelle ou apparente. Le mari entretient une concubine dans la maison commune; une réconciliation se fait entre les époux, à condition que la concubine quitte la maison conjugale; elle l'abandonne en apparence, mais elle rentre presque immédiatement. Ce n'est pas là une réconciliation, c'en est le simulacre, a dit la cour de Bruxelles (3). On peut dire plus : la réconciliation était conditionnelle, et la condition n'a pas été remplie.

**210.** Aux termes de l'article 274, « si le demandeur en divorce nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur en fera preuve, soit par écrit, soit par témoins. » L'article ajoute : « dans la forme prescrite en la première section

(1) Arrêt du 21 mai 1835 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 79, 1°). Comparez arrêts de Besançon du 20 février 1860 (Dalloz, 1860, 2, 54) et de Liège du 4 janvier 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 233).

(2) Arrêt de cassation du 8 décembre 1832 (Sirey, 1833, 1, 528).

(3) Arrêt du 5 août 1846 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 32).

du présent chapitre. » Il résulte de là que si le défendeur soutient que la réconciliation a eu lieu avant la demande en divorce, il doit observer l'article 249, c'est-à-dire qu'il doit désigner les témoins aussitôt après la prononciation du jugement qui ordonne les enquêtes; s'il ne le fait pas, il sera déclaré non recevable à prouver la réconciliation par témoins (1).

L'article 274 entend-il assimiler en tout la preuve de la réconciliation et la preuve des causes du divorce? Non, il ne s'applique qu'à la preuve testimoniale des faits qui sont invoqués pour établir l'existence de la réconciliation. Le code, au titre du Divorce, ne s'occupe ni du serment ni de l'aveu; donc la question de savoir si l'on peut prouver la réconciliation par l'aveu et par le serment reste entière. Elle est douteuse, à notre avis. Pour l'affirmative, on dit que, en principe, rien ne s'oppose à ce que le pardon d'une injure soit prouvé par l'aveu; ce pardon éteint l'action. Si une déclaration du défendeur est insuffisante pour rompre le mariage, on ne voit pas pourquoi une déclaration du demandeur ne suffirait pas pour le maintenir. Il n'y a pas de fraude ni de collusion à craindre. Enfin, si la dissolution du mariage doit être évitée, autant que faire se peut, par cela même il importe de faciliter la preuve de la réconciliation qui éteint l'action en divorce. Ces raisons sont très-puissantes; telle est aussi l'opinion générale. M. Demolombe ne discute pas même la question. Cependant il y a un motif de douter qui nous fait pencher vers l'opinion contraire. Celui qui fait un aveu dispose du droit qui en fait l'objet. Or, peut-on disposer du droit d'intenter l'action en divorce? L'époux offensé peut y renoncer en pardonnant l'injure, mais s'il nie qu'il ait pardonné, peut-on invoquer son aveu dans une matière d'état personnel? Car il y a un état en cause, le mariage. Dès lors, le procès ne peut pas être décidé par la seule volonté de l'une des parties.

Par la même raison, nous n'admettons pas le serment.

(1) Arrêts de Liège du 24 mai et du 13 octobre 1826 (Arntz, *Cours de droit civil français*, t. 1<sup>er</sup>, n. 230, n° 441).

Le serment décisoire est une transaction; or, on ne peut pas plus transiger sur le maintien du mariage que sur sa dissolution. Quant au serment supplétoire, il faut appliquer ce que nous venons de dire de la preuve des causes déterminées. On ne peut pas plus abandonner la décision du procès en partie que pour le tout, aux époux qui sont en cause; toujours par le motif qu'il s'agit d'une question d'état (1).

**211.** La réconciliation peut être tacite, c'est-à-dire qu'elle peut résulter d'un fait qui implique l'intention de pardonner l'injure. C'est naturellement au juge à apprécier les caractères du fait. La cohabitation des époux, postérieure à l'offense, peut-elle être invoquée comme impliquant réconciliation? Cela dépend des circonstances qui accompagnent la cohabitation; le fait seul de rester dans le domicile conjugal n'emporte pas volonté de pardonner l'offense; le texte même du code le prouve. Il résulte de l'article 259 que la loi suppose la continuation de la vie commune pendant la procédure en divorce; et aux termes de l'article 268, la femme *peut* quitter le domicile du mari pendant l'instance; c'est une faculté, ce n'est pas une obligation. Puisque la femme peut cohabiter régulièrement avec le mari, l'on ne saurait considérer la vie commune comme une fin de non-recevoir contre elle; il faut autre chose que le fait matériel de la cohabitation, il faut des circonstances qui prouvent que la femme a l'intention de pardonner. La jurisprudence est en ce sens (2). Le fait que la femme est devenue enceinte après les faits qui constituent une cause de divorce serait, en général, une marque de réconciliation; telle est l'opinion des auteurs, et la jurisprudence la consacre, sauf toujours la faculté d'appréciation qui est réservée au juge (3).

(1) Demolombe admet l'aveu, il rejette le serment (t. IV, p. 529, n° 420). Un arrêt de la cour de Trèves du 28 mai 1813 admet le serment (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 433, 2°).

(2) Arrêt de la cour de cassation du 4 avril 1808 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 464). Arrêts de Bruxelles du 9 août 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 310) et du 3 mai 1847 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 270).

(3) Duranton, t. II, p. 518, n° 571. Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 209, 2° et 3°, et n° 77.

**212.** La réconciliation éteint l'action; toutefois, dit l'article 273, le demandeur pourra en intenter une nouvelle pour cause survenue depuis la réconciliation, et alors faire usage des anciennes causes pour appuyer sa nouvelle demande. Toute réconciliation est conditionnelle par sa nature; l'époux qui pardonne les offenses, le fait parce que son conjoint lui promet d'être à l'avenir fidèle à son devoir. S'il manque à cette promesse, le pardon doit être considéré comme non avenu; les nouveaux torts dont le conjoint se rend coupable font revivre les anciens et les aggravent. Peu importe que l'époux lésé ait ou non intenté une action en divorce. L'article 273 suppose, il est vrai, qu'une première action a été intentée, mais il ne fait que prévoir une hypothèse, il ne prescrit pas de condition. L'époux qui pardonne sans agir en justice témoigne d'autant plus d'indulgence; et si son conjoint, au lieu de repentir et de reconnaissance, montre par sa conduite qu'il est indigne du pardon qui lui a été accordé, certes il ne pourra pas s'en prévaloir. Peu importe encore que les anciens faits aient été allégués dans le premier procès, peu importe qu'ils aient été admis ou rejetés; c'est une nouvelle instance qui s'engage, et la loi elle-même fait revivre les anciens faits (1).

On demande quel doit être le caractère des faits nouveaux. Doivent-ils être assez graves pour autoriser par eux-mêmes le divorce? On comprend à peine que la question soit posée. Il y a cependant des arrêts qui exigent cette condition (2); mais s'il en est ainsi, à quoi bon la disposition de l'article 273? Elle devient un non-sens; pour qu'elle ait une signification, il faut admettre les nouveaux torts comme autorisant la demande en divorce, quoiqu'ils n'aient point, par eux seuls, la gravité requise par la loi, et qu'ils ne l'acquiescent qu'en y ajoutant les faits anciens. Cette interprétation est aussi conforme aux principes. A vrai dire, l'article 273 n'accorde pas une faveur à l'époux lésé, il ne fait qu'appliquer les principes qui régissent les

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 532, nos 423 et 425.

(2) Arrêts de Rouen et de Nîmes dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 216.

contrats ; car le pardon implique un concours de volontés. Dès que l'époux coupable ne tient pas ses engagements, le pardon cesse et les anciens torts revivent. Telle est la doctrine des auteurs, ainsi que de la plupart des arrêts (1). Il n'est pas nécessaire que les faits nouveaux soient de même nature que les anciens ; la loi ne l'exige pas, et il n'y avait pas de raison pour l'exiger ; tous les faits se réduisent, en définitive, à un seul, violation des devoirs qu'impose le mariage ; peu importe, au point de vue du divorce, en quoi consiste la violation (2).

N° 2. DE LA COMPENSATION.

**213.** On dit qu'il y a compensation, en matière de divorce, en ce sens que les torts du demandeur affaiblissent ceux de l'époux coupable, à ce point que la faute de celui-ci n'a plus assez de gravité pour que le tribunal admette le divorce. Il est évident qu'il ne peut pas s'agir d'une vraie compensation. On ne paye pas une offense avec une autre offense. N'y aurait-il plus de vol, si le voleur était volé à son tour ? Dirait-on que les deux vols se compensent ? Il serait tout aussi absurde, tout aussi immoral de dire que les torts des deux époux se compensent réciproquement et qu'il n'en naît plus aucune action. Logiquement, au contraire, il faut dire qu'il en naît deux actions, puisqu'il y a deux époux offensés ; loin donc qu'il n'y ait plus de cause de divorce, il y a double cause.

Cependant l'idée de compensation s'est fait jour en matière de divorce. La cour d'Agen avait proposé d'inscrire cette fin de non-recevoir dans le code, pour le cas où le demandeur qui imputerait à son conjoint de mauvais procédés, et surtout l'adultère, serait lui-même coupable de la même faute. Les auteurs du code civil n'admirent pas cette singulière théorie. Cela suffit pour la rejeter. Elle a été reproduite par Duranton, et d'autres auteurs l'enseignent. On la fonde sur l'article 336 du code pénal, aux

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, nos 217 et 433. 2°.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 6 juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 244).

(3) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Adultère*, §§ VIII et IX.

termes duquel le mari qui a tenu une concubine dans la maison commune n'est pas admis à dénoncer l'adultère de sa femme. Si, en matière criminelle, où certes un délit ne compense pas l'autre, la loi oppose au mari une fin de non-recevoir quand lui-même est coupable du crime qu'il impute à sa femme, à plus forte raison, dit-on, faut-il admettre cette fin de non-recevoir en matière civile, alors que, se fondant sur l'adultère de son conjoint pour demander le divorce, il se trouve que le demandeur est coupable du même crime. Et s'il en est ainsi en cas d'adultère, pourquoi n'en serait-il pas de même des excès, sévices et injures graves ? La raison est identique, et là où il y a même raison de décider, il doit y avoir même décision (1).

Cette opinion n'a pas trouvé faveur. Nous croyons, avec M. Demolombe (2) et avec la jurisprudence, qu'il n'y a aucune analogie entre la dénonciation de l'adultère devant les tribunaux correctionnels et l'action en divorce. La première tend à l'application d'une peine, et c'est le mari seul qui peut dénoncer le délit. Pouvait-on admettre le mari à demander la punition de sa femme adultère, alors qu'il tient une concubine dans la maison conjugale ? La demande en divorce est fondée sur la violation d'un devoir, et dès que ce fait est constaté, il doit y avoir dissolution du mariage. Vainement dira-t-on que celui qui viole lui-même ses devoirs ne peut pas se plaindre de ce que le conjoint viole les siens. S'il y a, de part et d'autre, violation du contrat, en inférera-t-on qu'il n'y a pas de violation, et qu'il faut maintenir un mariage où chacun des époux souille le lit conjugal ? Il faut, au contraire, donner à chacun des époux le droit de demander le divorce, soit par voie d'action, soit par voie d'exception.

Le droit accordé aux deux époux de demander le divorce, quand tous les deux sont coupables, est la vraie solution de la difficulté. Elle se fonde sur les principes de droit, car là où il y a une cause de divorce, il doit y avoir

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 521, nos 574-576.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 522 et suiv., n° 415.

dissolution du mariage (1). Elle est en harmonie avec le sentiment moral, car la conscience se révolte à l'idée que le mariage devienne indissoluble, par la raison que les deux époux combent la mesure du scandale. Il reste, il est vrai, une certaine anomalie entre le droit criminel et le droit civil. L'anomalie vient de ce que le code pénal de 1810 donne au mari seul le droit de dénoncer l'adultère de la femme, et il le déclare non recevable s'il est lui-même adultère; le code ne dit pas la même chose de la femme. Le code pénal belge (art. 390) met les deux époux sur la même ligne et ne reproduit plus la fin de non-recevoir consacrée par la législation française. Cela rétablit l'harmonie entre le droit civil et le droit criminel.

En citant un arrêt de la cour d'Orléans contraire à son opinion, Duranton dit qu'il est à croire qu'il ne fera pas jurisprudence. Les tribunaux se sont, au contraire, prononcés pour l'opinion de Merlin; la cour d'Orléans dit qu'on ne peut admettre d'autres fins de non-recevoir que celles qui sont établies par la loi. Cette raison suffit pour décider la question (2). Il résulte de là que la condamnation de l'un des époux pour adultère ne le rend pas non recevable à demander le divorce pour sévices ou injures graves (3).

**214.** S'il n'y a jamais de compensation proprement dite, en matière de divorce, néanmoins les torts du demandeur peuvent parfois être invoqués par le défendeur, sinon pour se justifier, du moins pour s'excuser. Ce point est très-délicat et demande une grande réserve dans l'application. Nous allons d'abord citer des arrêts qui ont rejeté la demande en divorce ou en séparation de corps, en se fondant sur les torts de l'époux demandeur. Il a été jugé que les sévices ou injures graves ne pouvaient servir de fondement à la demande en divorce, lorsque l'époux qui s'en plaignait les avait provoqués par son inconduite; que

(1) Arrêts de Bruxelles du 16 janvier 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 37) et de Douai du 4 février 1851 (Dalloz, 1853, 2, 152).

(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 194. Arrêt de Bruxelles du 27 juin 1832 (*Pasicrisie*, 1832, 2, 191).

(3) Arrêt de Bruxelles du 8 mai 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 328) Arrêt de la cour de cassation du 10 juin 1824 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 194, 7°).

des coups portés par un mari à sa femme, alors qu'ils trouvaient leur excuse dans des dépenses excessives, dans des défauts de caractère et des courses au dehors, n'étaient pas une cause suffisante de divorce; qu'une demande en divorce pour cause d'adultère n'était pas recevable de la part du mari qui avait laissé sa femme dans une habitation isolée, loin de lui et dans une société notoirement dangereuse pour les mœurs de celle-ci (1). Il a été jugé que des sévices et des injures provoqués par la conduite légère et inconvenante de la femme, ainsi que par ses procédés vexatoires, n'avaient plus la gravité suffisante pour légitimer le divorce; que les torts du demandeur, bien que ne formant pas une fin de non-recevoir formelle, diminuaient la gravité des injures dont se plaignait le défendeur, en sorte qu'il n'y avait plus de cause de divorce (2). Les cours de France ont rendu des arrêts analogues en matière de séparation de corps; leurs arrêts sont d'ordinaire motivés sur ce que les torts de l'un des époux sont une espèce de provocation qui atténue les torts du défendeur, et leur enlève la gravité requise par la loi pour qu'ils deviennent une cause de divorce. La doctrine est d'accord avec la jurisprudence (3).

Est-ce bien par la provocation que se justifient les arrêts que nous venons de rapporter? La provocation implique que l'injure ou les mauvais traitements suivent immédiatement le fait qui constitue la provocation. Ce n'est pas ainsi que les cours ont apprécié les torts réciproques des époux. Elles se considèrent comme une espèce de jury appelé à décider si les causes alléguées par le demandeur ont la gravité que la loi requiert pour la dissolution du mariage; si la conduite de l'un des époux est telle, qu'elle produit chez l'autre une irritation en quelque sorte permanente, les torts de celui-ci sont par là atté-

(1) Arrêts d'Angers du 3 juin 1813, de Turin du 25 messidor an XII, de Paris du 6 avril 1811 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, nos 466, 468).

(2) Arrêts de Bruxelles du 15 mars 1854, du 19 décembre 1857 et de Gand du 2 août 1861 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 353; 1858, 2, 357; 1862, 2, 176).

(3) Voyez les auteurs et les arrêts cités dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, nos 198 et 195, et arrêt de la cour de cassation du 30 mars 1859 (Dalloz, 1859, 1, 466).

nués et perdent la gravité qu'ils auraient sans cette circonstance atténuante (1). Il n'y a pas là de provocation proprement dite. Ainsi interprétée, la jurisprudence est conforme aux principes. On ne peut pas lui reprocher de créer une fin de non-recevoir, car elle ne considère pas comme telle les torts du demandeur ; elle se borne à apprécier d'après les circonstances les torts de l'époux coupable. Ainsi s'explique la diversité inévitable des arrêts en cette matière ; les faits divers amènent des décisions diverses.

La cour de Bruxelles a décidé que l'on ne peut pas admettre le système des circonstances atténuantes pour l'adultère de la femme ; quels que soient les torts du mari, le divorce doit être prononcé, parce que l'adultère de la femme peut introduire dans la famille des enfants qui usurpent le nom et la fortune du mari (2). Il en faut dire autant de l'adultère du mari, bien qu'il n'ait pas les mêmes conséquences ; mais il est par lui-même une violation si grave de la foi conjugale, qu'il ne peut jamais s'excuser par les torts de la femme, alors même que celle-ci serait aussi adultère. Sans doute, au point de vue moral, l'époux qui, exaspéré par l'inconduite de son conjoint, se livre de son côté à ses passions, est moins blâmable que celui qui a donné l'exemple de l'inconduite ; mais au point de vue légal, il ne saurait y avoir d'excuse pour l'adultère, et quand le lit conjugal est souillé par les deux époux, la moralité publique demande que l'on mette fin à un pareil scandale.

Ne faut-il pas appliquer les mêmes principes aux excès et aux sévices ? Pour les excès, il n'y a pas de doute. Quand la vie de l'un des époux est en danger, il peut y avoir des circonstances atténuantes qui diminuent la criminalité du fait, mais le divorce n'en devra pas moins être prononcé, parce que la vie commune devient impossible lorsque l'existence de l'un des époux n'est plus en sûreté. Il y a plus : quand il ne s'agirait que de sévices, les injures ne

(1) Arrêt de Toulouse du 9 janvier 1824 (Daloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 198, 3°).

(2) Arrêt du 11 novembre 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 319).

peuvent pas être alléguées comme une provocation ; il n'y a pas de compensation, dit la cour de Poitiers, entre des sévices et des paroles (1). La cour de Douai a jugé, dans le même sens, que le mari s'étant livré, envers sa femme, à de fréquents excès et sévices de la nature la plus grave, il ne pouvait invoquer comme excuse les provocations et l'intempérance de la demanderesse ; que ces circonstances atténuaient sans doute, au point de vue moral, les torts du mari, mais leur laissaient néanmoins tous les caractères propres à motiver et même à rendre nécessaire la séparation de corps (2). Par la même raison, il a été jugé que l'ivrognerie de la femme n'est pas une excuse pour les sévices dont le mari se rend coupable (3).

N° 3. DE LA PRESCRIPTION.

**215.** L'action en divorce se prescrit-elle ? Au premier abord, on est étonné de voir la question controversée. Toute action se prescrit, à moins que la loi ne la déclare imprescriptible. Pourquoi donc l'action en divorce ne se prescrirait-elle pas ? Sans doute, il arrive rarement que l'on invoque la prescription, parce que le plus souvent quand l'action n'est pas intentée dans un bref délai, il y a réconciliation, et par suite l'action est éteinte. Mais il se peut qu'il n'y ait pas réconciliation quoique la vie commune ait continué ; si, par exemple, le mari a ignoré l'adultère de la femme. Peut-on lui opposer, en ce cas, la prescription ? Nous croyons qu'en principe il y a lieu à la prescription trentenaire. En effet, aux termes de l'article 2262, toute action se prescrit par trente ans, et la loi ne fait pas d'exception pour l'action en divorce. C'est l'opinion de Zachariæ, et il y a des arrêts en ce sens (4). On objecte que, d'après l'article 2253, la prescription ne

(1) Arrêt du 10 ventôse an xi (Daloz, au mot *Séparation de corps*, n° 467).

(2) Arrêt du 4 février 1851 (Daloz, 1853, 2, 153).

(3) Arrêts de Nancy du 8 mars 1832 (Daloz, au mot *Séparation de corps*, n° 103, 2°) et de Liège du 10 août 1854 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 440).

(4) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. 1er, p. 252. Arrêts de Rennes du 28 décembre 1825 (Daloz, au mot *Prescription criminelle*, n° 102) et de Cologne du 21 février 1849 (*Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 1383).

court pas entre époux (1). Mais cette disposition ne peut recevoir d'application au divorce : elle suppose que l'action, suspendue pendant le mariage, commence à courir quand le mariage est dissous ; tandis que si on l'appliquait au divorce, l'action ne pourrait jamais être intentée. Ce serait donc transformer une cause de suspension en un cas d'imprescriptibilité. Cela est inadmissible.

On fait une autre objection pour les causes de divorce qui constituent des délits, telles que l'adultère. Le code d'instruction criminelle (art. 637 et 638) soumet à la prescription de trois ans l'action civile et l'action publique naissant d'un délit. On en conclut qu'après trois ans, l'époux lésé ne peut plus se prévaloir de l'adultère (2). Nous croyons que c'est faire une fausse interprétation des articles 637 et 638. L'action civile qui se prescrit par trois ans est l'action en réparation du dommage causé par le délit, action pécuniaire qui ne peut survivre à l'extinction de l'action publique. Tandis que la demande en divorce n'est pas une action en dommages-intérêts. Elle se fonde sur la violation d'un devoir conjugal, peu importe que cette violation constitue un délit ou non.

#### § IV. De l'action en divorce.

##### NO I. QUI PEUT INTENTER L'ACTION ?

**216.** La loi donne ce droit aux deux époux ; tantôt elle parle du mari et de la femme (art. 229, 230), tantôt des époux (art. 231, 232). Il faut ajouter que l'action ne peut être intentée que par les époux : par son objet et par les causes qui lui donnent naissance, elle est essentiellement personnelle. Les créanciers ne peuvent pas la former ; ils ne pourraient pas même intervenir dans l'instance. Cela va sans dire. Toutefois l'on admet assez généralement que le tuteur peut demander le divorce au nom de

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 512, n° 409.

(2) Massot, *De la séparation de corps*, p. 72, n° 8.

l'interdit ; et quand le conjoint est tuteur, on accorde ce droit au subrogé tuteur (1). Nous n'hésitons pas à rejeter cette opinion, comme contraire au texte et à l'esprit de la loi. Il n'y a pas d'action plus personnelle que celle en divorce ; elle a pour objet la dissolution du mariage ; la loi ne la donne qu'à regret ; c'est à l'époux lésé seul à voir s'il lui convient de l'intenter. Sa conscience peut s'y opposer. De quel droit un tiers ferait-il au nom de l'interdit ce que l'interdit peut-être ne voudrait pas faire ? Les causes du divorce sont tellement personnelles, que l'on ne conçoit pas l'intervention du tuteur : c'est une injure, c'est-à-dire ce qu'il y a de plus personnel au monde ; l'injure s'efface par le pardon ; or, qui sait si l'interdit n'a pas pardonné ? La procédure exige à chaque pas la présence du demandeur, d'une part afin de s'assurer de sa volonté persistante, d'autre part afin de l'amener à une conciliation. Est-ce que le tuteur peut représenter l'interdit dans ce qu'il a de plus intime, sa volonté ?

On dit que le tuteur est donné à la personne, et qu'il doit prendre soin de la personne de l'interdit (art. 509 et 450). Mais s'agit-il, en matière de divorce, de la personne de l'interdit ? Il s'agit de rompre le mariage, fondement de la société ; il s'agit du conjoint et des enfants nés du mariage, il s'agit de l'honneur de la famille : est-ce là la mission d'un tuteur ? Vainement invoque-t-on la morale et la malheureuse position de l'interdit, misérable jouet d'un conjoint déhonté ou cruel. Ces considérations s'adressent au législateur ; l'interprète n'a pas à s'en préoccuper. A vrai dire, dans l'opinion générale, on fait la loi. Comme l'action en divorce est chose grave, M. Demolombe veut que le conseil de famille l'autorise. Où est le texte qui l'exige ? Et le tuteur peut-il être soumis à demander une autorisation sans un texte de loi (2) ?

(1) Demolombe, t. IV, p. 535, n° 428. Arrêts de Colmar du 16 février 1832 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 89, 1°) et de Paris du 21 août 1841 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 237, 3°).

(2) Willequet, *Du divorce*, p. 117, n° 3. Arntz, t. I<sup>er</sup>, p. 212, n° 407. — La cour de cassation de Belgique a consacré cette opinion par un arrêt du 11 novembre 1869, rendu sur les conclusions de M. Faider, avocat général. Le réquisitoire et l'arrêt sont remarquables.