

femme. Quelle est cette fin de non-recevoir? La loi le dit, que la femme peut être déclarée non recevable à *continuer ses poursuites*; ce n'est donc pas une fin de non-recevoir contre l'action en divorce, comme celle dont traite la section III; l'action n'est pas éteinte, seulement la femme ne peut pas continuer la procédure, aussi longtemps qu'elle ne satisfait pas à son obligation. C'est un refus d'audience, comme le dit la cour de Gand (1).

Il faut ajouter que cette fin de non-recevoir n'est pas absolue. La cour d'Amiens avait décidé que le tribunal devait déclarer la femme non recevable par cela seul qu'elle ne justifiait pas de sa résidence dans la maison indiquée; mais l'arrêt a été cassé (2). L'erreur était évidente; le texte dit en effet que le mari *pourra* faire déclarer la femme non recevable, ce qui implique un pouvoir d'appréciation. Cela est aussi fondé en raison. La femme peut quitter sa résidence pour des motifs très-légitimes (3). Si la maison qui lui a été indiquée est celle de sa mère et si celle-ci change de demeure, la femme est certes autorisée à la suivre (4). Il a même été jugé que la femme ne doit pas être déclarée non recevable, alors qu'elle a changé de résidence pour se procurer un logement plus agréable, quand du reste il est constant qu'elle n'a pas voulu se soustraire à la surveillance de son mari (5).

N° 4. DE LA PROVISION ALIMENTAIRE.

260. La femme, dit l'article 268, qui quitte le domicile de son mari pendant la poursuite pourra demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés de son mari; l'article ajoute que le tribunal fixe, *s'il y a lieu*, la provision alimentaire que le mari sera obligé de lui payer.

(1) Arrêt du 9 décembre 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 66).

(2) Arrêt de la cour de cassation du 16 janvier 1816 (Daloz, au mot *Séparation de corps*, n° 235).

(3) Voyez la jurisprudence dans Daloz, au mot *Séparation de corps*, n° 233. Ajoutez arrêt de Gand précité du 9 décembre 1864 et arrêt de Paris du 27 février 1868 (Daloz, 1868, 2, 52).

(4) Arrêt de la cour de cassation de Berlin du 18 mai 1821 (*Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 1383).

(5) Arrêt de Bordeaux du 8 août 1867 (Daloz, 1867, 5, 391, n° 7).

S'il y a lieu, il peut donc ne pas y avoir lieu. En général, les époux sont mariés sous le régime de communauté légale; dans ce cas, la femme n'a aucun revenu, quand même elle aurait des biens personnels, puisque le mari en a la jouissance. Il en est de même si les époux ont stipulé le régime exclusif de communauté ou le régime dotal, alors que la femme n'a pas de paraphernaux. Si la femme n'a pas de revenus, il faut naturellement que le mari lui paye une pension alimentaire pour qu'elle puisse subvenir à ses besoins pendant le cours du procès. Mais si les époux étaient séparés de biens et si les revenus de la femme suffisaient pour fournir à ses nécessités, il n'y aurait pas lieu de lui accorder une pension alimentaire. Il en serait de même si la femme recevait une pension de ses parents, et que cette pension lui fût payée à elle au lieu de l'être au mari; il serait pourvu à ses besoins, partant elle ne pourrait pas demander que le mari y pourvoie (1). C'est une application des principes qui régissent la dette alimentaire; il n'y a pas d'obligation de fournir des aliments à celui qui n'est pas dans le besoin (2).

261. L'étendue de la provision alimentaire est aussi réglée d'après les principes généraux. Cela résulte du texte de l'article 268, aux termes duquel la pension alimentaire est proportionnée aux facultés du mari; il faut ajouter, comme le fait l'article 208, et aux besoins de la femme. En général, les aliments comprennent la nourriture et l'entretien. La provision alimentaire due à la femme pendant l'instance en divorce comprend, en outre, la somme nécessaire pour suivre le procès. La loi ne le dit pas d'une manière expresse, elle n'avait pas besoin de le dire. Il va de soi que le premier besoin de la femme demanderesse ou défenderesse en divorce est de pouvoir soutenir son droit.

En matière de séparation de corps, le code de procédure dit que le président ordonnera de remettre à la femme les effets à son usage journalier (art. 878). Bien qu'il n'y ait

(1) Arrêt de Bruxelles du 15 juillet 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 177).

(2) Voyez, plus haut, n° 69, p. 97.

pas de disposition analogue au titre du Divorce, il est certain que le président peut et doit même, comme juge de référé, prescrire cette mesure d'urgence; et si le président ne l'a pas fait, le tribunal le fera; les habillements font partie des aliments. Quels sont les effets dont le président peut ordonner la remise? Il a été décidé, en matière de séparation de corps, que la femme ne peut réclamer que les effets qui lui sont nécessaires, et non les toilettes de luxe, dont les convenances lui interdisent l'usage dans la position où elle se trouve (1). Nous disons avec M. Debelleye que c'est là une question de fait que le tribunal décidera selon la condition des parties et les circonstances (2). Cela est surtout vrai en matière de divorce, puisqu'il n'y a pas de texte qui limite le pouvoir du juge.

262. L'article 268 dit que le tribunal fixe la pension alimentaire. Ainsi le président n'a pas ce droit. Cependant il faut apporter une restriction à cette décision. Il se peut que la femme quitte le domicile de son mari au moment où elle présente sa requête au président, et que celui-ci lui indique une maison où elle résidera, par voie de mesure d'urgence; il peut aussi, au même titre, lui accorder des aliments, en usant du pouvoir que lui donne le code de procédure (art. 806) de statuer, dans tous les cas d'urgence, comme juge des référés. Cela est généralement admis (3).

La provision alimentaire peut être demandée en appel, elle peut même être demandée pendant l'instance en cassation, mais non devant la cour suprême, puisque celle-ci ne peut statuer au fond (4). Il va sans dire que la pension doit être payée jusqu'au jour où le divorce est prononcé. La femme rentre alors dans le droit commun; elle n'est plus demanderesse ni défenderesse en divorce.

263. L'article 268 suppose que la femme quitte le domicile conjugal. Si elle y reste et si elle y reçoit les ali-

(1) Arrêt de Bruxelles du 26 juin 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 289).

(2) Debelleye, *Ordonnances de référé*, t. 1^{er}, p. 335.

(3) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 153.

(4) Arrêt de la cour de cassation de Darmstadt du 13 décembre 1841 (*Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 1382).

ments, elle ne pourra pas demander de pension alimentaire proprement dite. Mais si le mari lui refusait les sommes nécessaires pour ses besoins personnels et ceux de ses enfants, elle pourrait certes réclamer une provision de ce chef, ainsi que pour les frais du procès (1). Le paiement de la pension alimentaire est subordonné à une condition, c'est que la femme réside dans la maison qui lui a été indiquée. Si elle ne justifie pas de sa résidence, le mari peut refuser la provision alimentaire (art. 269). Le refus du mari est-il absolu? Il faut appliquer au paiement de la pension ce que nous avons dit de la fin de non-recevoir qui résulte du même défaut de justification. Le tribunal appréciera les raisons que la femme a eues de changer de résidence; si elle n'a pas voulu se soustraire à la surveillance du mari, il n'y a pas lieu d'appliquer l'espèce de peine prononcée par la loi.

264. Le code civil suppose toujours que c'est la femme qui demande la pension alimentaire; il ne dit rien du mari. En effet, le mari conserve la jouissance de ses biens, et en général il jouit des revenus de la femme; régulièrement il n'a donc pas besoin d'une provision. Néanmoins, il se peut qu'il en ait besoin; si les époux sont séparés de biens et si le mari n'a aucune fortune, la femme devra-t-elle payer une pension alimentaire à son mari? Pour les aliments proprement dits, il ne peut pas y avoir de doute; les époux se doivent secours aussi longtemps que le mariage dure (art. 212), par conséquent jusqu'à la prononciation du divorce. Il faut étendre cette obligation à la provision pour frais du procès, car c'est aussi un besoin pour le mari, et la femme doit pourvoir à tous ses besoins si le mari n'a pas de ressources. La jurisprudence est en ce sens (2).

(1) Arrêt d'Amiens du 4 prairial an XII (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 148).

(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 151.

N° 5. DES MESURES CONSERVATOIRES.

265. La loi permet à la femme commune en biens de requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté pour la conservation de ses droits (art. 270). Nous avons dit que le mari reste à la tête de la communauté; il conserve donc tous les droits qu'il a comme chef. Il a été jugé, par application de ce principe, que le mari pouvait, sans le concours de la femme, former une demande en partage des successions mobilières à elle échues⁽¹⁾. Il peut aussi disposer des immeubles de la communauté, pourvu qu'il le fasse de bonne foi; s'il le fait en fraude des droits de la femme, celle-ci peut agir en nullité. La garantie de l'action paulienne n'a pas paru suffisante au législateur pour ce qui concerne les effets mobiliers de la communauté. En effet, il est difficile de suivre les meubles entre les mains des tiers, ils se déplacent et ils se cachent trop facilement. Pour assurer les droits de la femme, la loi lui permet de requérir l'apposition des scellés. Les scellés ne sont 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 (art. 270). Faut-il conclure de là que le mari ne peut plus aliéner les objets inventoriés? La question est controversée. Il a été bien jugé, à notre avis, que l'article 270 n'entendait pas donner au mari une alternative, en ce sens qu'il aurait la faculté de conserver le mobilier ou d'en payer la valeur⁽²⁾. La loi ne s'exprime pas ainsi. Elle commence par imposer au mari l'obligation de représenter les choses inventoriées, ce qui implique la défense d'en disposer. Puis, au cas où il ne les représenterait pas, elle le déclare responsable comme gardien judiciaire, ce qui est une vraie pénalité, puisque le gardien judiciaire est contraignable par corps. Une peine ne con-

(1) Arrêt de Paris du 7 pluviôse an xii (Daloz, au mot *Séparation de corps*, n° 461).

(2) Voyez les arrêts cités dans Daloz, au mot *Séparation de corps*, n° 362. Daloz est d'opinion contraire.

stitue certes pas une alternative. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Elle veut donner à la femme une garantie; or, si le mari peut disposer des effets inventoriés, où sera la garantie? La contrainte par corps n'en est pas une quand le mari est insolvable. Vainement objecte-t-on que la défense d'aliéner déroge au pouvoir du mari. Sans doute, mais le but de la loi a été précisément de modifier le pouvoir absolu du mari pour empêcher qu'il n'en abuse au préjudice de la femme. La défense d'aliéner même est une garantie inefficace, puisque la femme ne peut agir en nullité contre les tiers acquéreurs, elle ne peut agir que par action en revendication; or, cette action n'est pas admise contre les tiers possesseurs de bonne foi.

266. La femme a-t-elle besoin de l'autorisation maritale pour requérir ces mesures? A Paris, l'usage est que la femme demande l'autorisation du juge, qui lui est accordée sur requête⁽¹⁾. La cour de Lyon a décidé que l'autorisation n'était pas nécessaire⁽²⁾. Cette décision est conforme aux principes. L'apposition des scellés et l'inventaire qui le suit sont des actes conservatoires; or, il est de l'essence de ces actes qu'ils se fassent sans délai, sinon ils n'atteignent pas leur but. Le mari peut faire disparaître d'un instant à l'autre le mobilier de la communauté, il faut donc que la femme puisse agir directement. Si l'on exigeait l'autorisation, elle devrait, d'après la rigueur de la loi, la demander au mari, et, seulement sur son refus, à la justice. Or, conçoit-on que la femme s'adresse au mari pour être autorisée à prendre une mesure de défiance contre lui? Quand le législateur donne un droit à la femme, il l'autorise, par cela même, à l'exercer. Il en est ainsi quand la femme révoque une donation qu'elle a faite à son mari pendant le mariage (art. 1096). On dira que toutes ces raisons s'adressent au législateur, qu'il faudrait un texte qui dispensât la femme de l'autorisation maritale. Non, car il est de principe que les incapables peuvent faire les actes conservatoires, parce que ces actes par leur

(1) Debelleyme, *Ordonnances sur référé*, t. 1^{er}, p. 338 et suiv.

(2) Arrêt du 1^{er} avril 1854 (Daloz, 1856, 2, 241).

nature ne leur nuisent jamais. La femme peut encore invoquer un autre principe. Il ne lui faut pas l'autorisation du juge pour intenter l'action en divorce; l'intervention du président lui tient lieu d'autorisation; or, une fois autorisée, elle peut faire tous les actes qui sont une conséquence directe de la demande en divorce : telles sont certes les mesures conservatoires (1).

267. La loi n'accorde le droit établi par l'article 270 qu'à la femme commune en biens. Que faut-il décider si elle est mariée sous un autre régime? Il est certain que la femme séparée de biens ne peut pas requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers du mari, puisqu'elle n'a aucun droit sur ses biens; quant aux effets qui lui appartiennent, elle en conserve la libre administration, elle peut en disposer. Si les époux sont mariés sous le régime dotal, ou sous le régime exclusif de communauté, le mari a l'administration et la jouissance des biens de la femme; il pourrait abuser de son droit pour aliéner le mobilier de la femme. Celle-ci aurait donc grand intérêt à faire apposer les scellés. En a-t-elle le droit? Il a été jugé qu'elle ne pouvait invoquer l'article 270, qui ne parle que de la femme commune en biens (2). Mais le texte n'est pas restrictif, et il n'y a aucune raison pour qu'il le soit. Pourquoi refuser à la femme mariée sous tel régime une mesure de conservation qu'on lui accorde quand elle est mariée sous tel autre? Ce n'est pas le régime que la loi a voulu protéger, ce sont les droits de la femme : dès qu'elle a des droits, elle doit pouvoir prendre des mesures pour les conserver. Si la loi ne parle que de la femme mariée sous le régime de la communauté, c'est que tel est le régime du droit commun.

268. Le juge est-il lié par le texte de l'article 270, en ce qui concerne la nature des mesures conservatoires que la femme a le droit de requérir? Il y a quelque hésitation sur ce point dans la jurisprudence. Il nous semble qu'il faut

(1) Massol, *De la séparation de corps*, p. 163. Arrêt de Liège du 25 février 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 299).

(2) Arrêt de Paris du 29 mai 1829 (Daloz, au mot *Séparation de biens*, n° 162).

distinguer. Si les intérêts de la femme peuvent être sauvegardés par des mesures moins onéreuses pour le mari que celles prescrites par la loi, le tribunal peut les ordonner et la femme doit s'en contenter; car si elle a le droit de prendre des mesures de conservation, elle n'a pas le droit de vexer inutilement son mari et de lui nuire. La femme d'un négociant demande le divorce; pendant toute l'instance, elle ne requiert pas l'apposition des scellés; quand le divorce est admis, elle fait sa réquisition; le mari déclare qu'il est prêt à dresser immédiatement inventaire, ce qui rend les scellés inutiles, scellés qui entraveraient son commerce et nuiraient gravement aux intérêts de la famille. La cour de Liège accueillit cette défense (1). Mais si la femme réclame d'autres mesures que celles que l'article 270 lui permet de requérir, des mesures plus onéreuses, le tribunal n'aurait pas le droit de les ordonner. En ce sens, l'article 270 est restrictif; il l'est parce qu'il déroge aux pouvoirs que le mari a comme chef de la communauté; or, toute dérogation au droit commun est de stricte interprétation (2).

C'est d'après ce principe qu'il faut décider les questions qui se présentent dans l'application de l'article 270. La femme peut-elle demander caution pour les reprises qu'elle aura à exercer après le divorce? Non, et sans doute aucun. Le projet de code civil imposait cette obligation au mari; la disposition fut retranchée, sur les observations du Tribunal, parce qu'elle parut trop dure (3).

La femme peut-elle demander le séquestre des biens de la communauté? peut-elle demander le dépôt des deniers à la caisse des consignations? Ces questions sont controversées; nous croyons qu'elles doivent être décidées négativement. Le séquestre et le dépôt auraient pour effet de priver le mari de l'administration des biens communs; or, aucune loi n'autorise les tribunaux à prononcer cette espèce de déchéance. Sans doute les mesures prescrites

(1) Arrêt du 17 février 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 145).

(2) La cour de Bruxelles l'a ainsi décidé en principe, par arrêt du 13 novembre 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 345).

(3) Observations du Tribunal, n° 12 (Loché, t. II, p. 556).

par l'article 270 peuvent être inefficaces ; mais il n'appartient pas à l'interprète de combler les lacunes de la loi en créant des exceptions. Si le mari ne présente aucune garantie ni de moralité ni de fortune, la femme n'a qu'un moyen de sauvegarder ses intérêts, c'est de demander la séparation de biens. Dans la procédure en séparation de biens, le tribunal peut ordonner telles mesures de conservation qu'il juge convenables (code de procédure, article 869) (1).

La femme peut-elle pratiquer des saisies-arrêts sur les valeurs appartenant à la communauté ? Il y a des arrêts en sens divers sur cette question. Nous croyons que la femme n'a pas ce droit, par la raison que la loi ne le lui donne pas, et qu'il n'est pas permis d'étendre la disposition exceptionnelle de l'article 270 (2). Vainement objecte-t-on que la saisie est un acte moins rigoureux et moins blessant pour le mari que l'apposition des scellés (3). Il ne s'agit pas de savoir si un acte blesse la susceptibilité du mari, mais s'il lèse ses droits. Or, la saisie des valeurs de la communauté mettrait le mari dans l'impossibilité d'administrer, ce serait donc lui enlever un pouvoir qu'il a comme chef de la communauté ; ce serait encore lui enlever la jouissance des biens communs ; tandis que l'apposition des scellés lui laisse l'administration et la jouissance. Il est vrai que le mari peut abuser de son pouvoir, mais nous répétons que l'interprète ne peut pas corriger la loi. La femme a d'ailleurs un moyen de sauvegarder pleinement ses intérêts, c'est de demander la séparation de biens.

269. Le mari peut-il requérir les mesures de conservation prévues par l'article 270 ? Il y a des arrêts en sens divers (4). La question est mal posée. Il ne peut pas s'agir

(1) Voyez la jurisprudence française, en matière de séparation de corps, dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, nos 176-177. La jurisprudence belge n'admet pas le séquestre (arrêts de Bruxelles du 16 juin 1832 et du 13 novembre 1847, dans la *Pasicrisie*, 1832, 180, et 1847, 345).

(2) Arrêts de Caen du 29 mai 1849 et de Bordeaux du 6 février 1850 (Dalloz, 1850, 5, 422, et 1850, 2, 150). Voyez, en ce sens, une dissertation de Martou, dans la *Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 1609.

(3) Arrêt du 25 février 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 299). Voyez, en ce sens, les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, nos 172, 174.

(4) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 166.

pour le mari d'invoquer l'article 270. En effet, quel est le but de cette disposition ? C'est de garantir les droits que la femme peut avoir sur le mobilier de la communauté. Demander si le mari peut prendre des mesures conservatoires pour le mobilier qui lui appartient, c'est faire une question absurde. Le propriétaire saisit sa chose là où il la trouve, par une action en revendication ; or, le mari est propriétaire du mobilier de la communauté. Cela décide la question. Le mari n'a pas besoin de se prévaloir de l'article 270 ; il agit comme maître et seigneur.

§ VI. De la demande reconventionnelle en divorce.

270. Le code Napoléon ne parle pas de la demande reconventionnelle en divorce. Faut-il en conclure qu'il ne peut y avoir lieu à une demande reconventionnelle en cette matière ? Non, le droit des époux résulte des articles du code qui permettent à chacun d'eux d'agir en divorce, quand l'une des causes déterminées par la loi existe. S'ils peuvent le faire par action directe et principale, il n'y a pas de raison pour qu'ils ne puissent le faire par voie de demande reconventionnelle. Toutefois ce principe doit être entendu avec une restriction. En règle générale, quand il y a une cause de divorce contre chacun des deux époux, le divorce peut être prononcé sur la demande de chacun d'eux, et chacun d'eux a intérêt à le demander, à raison des effets que le divorce produit contre l'époux coupable, effets que nous exposerons plus loin. Mais il peut se faire qu'en cas de torts réciproques, le tribunal rejette le divorce. La demande reconventionnelle peut donc aboutir à une fin de non-recevoir contre l'action du demandeur. Quand le tribunal doit-il admettre le divorce et la demande reconventionnelle ? Quand doit-il rejeter les deux demandes en appliquant ce qu'on appelle improprement la compensation ? C'est une question de fait qui est abandonnée à l'appréciation du juge, comme nous l'avons dit en traitant des fins de non-recevoir (nos 213 et 214).