

Si l'un des ascendants appelés à consentir est mort, les époux doivent produire l'acte de décès. Sur ce point cependant le législateur se relâche de sa sévérité. L'article 283 porte : « Les pères, mères, aïeuls et aïeules des époux seront présumés vivants jusqu'à la représentation des actes constatant leur décès. » Il résulte de là que les bisaïeuls ne sont pas présumés vivants; les époux ne doivent donc pas produire les actes de leur décès; la chose eût été parfois impossible. Mais la loi revient à son système de rigueur, quand il s'agit du mode de prouver le décès. Elle exige des actes dressés par l'officier de l'état civil. S'il n'a pas été tenu de registre ou si les registres sont perdus, les époux peuvent invoquer le bénéfice de l'article 46 : c'est le droit commun, ce n'est pas une faveur. Mais ils ne peuvent pas se prévaloir de l'avis du conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII, qui dispense les futurs époux de produire les actes de décès des père et mère quand les aïeuls attestent le décès, et qui se contente d'une attestation par serment quand tous les ascendants sont décédés. Ces dispositions ne peuvent pas s'appliquer au divorce, par cela seul qu'elles n'ont été introduites qu'à raison de la faveur que mérite le mariage.

L'article 283 ajoute une rigueur nouvelle en prescrivant que les ascendants donnent leur autorisation dans une déclaration authentique; et le législateur prend soin de préciser ce que cette déclaration doit contenir : ils doivent dire que, pour des causes à eux connues, ils autorisent tel ou telle, leur fils ou fille, petit-fils ou petite-fille, marié ou mariée à tel ou telle, à demander le divorce et à y consentir. Tout est de rigueur en cette matière. Donc une autorisation verbale reçue par le juge serait insuffisante, de même qu'une déclaration qui ne contiendrait pas les déclarations prescrites par la loi.

Enfin, la loi ne se contente pas du consentement une fois donné, comme en matière de mariage. Elle veut que les époux renouvellent trois fois leur propre consentement; et aussi souvent qu'eux sont obligés de déclarer qu'ils persistent dans leur déclaration, ils doivent aussi rapporter la preuve par acte public que leurs pères, mères ou autres

ascendants vivants persistent dans leur première détermination (art. 285). On demanda au conseil d'Etat quel était le but de ces consentements répétés; Emmercy répondit que la formalité donnait aux ascendants le moyen de revenir sur un consentement ou surpris, ou trop facilement accordé (1).

§ III. Des mesures préliminaires.

279. Les époux, dit l'article 279, sont tenus de faire préalablement inventaire et estimation de tous leurs biens meubles et immeubles. Cette obligation a pour but d'assurer l'exécution fidèle de l'article 305, qui attribue aux enfants la propriété de la moitié des biens de chacun des deux époux, du jour de leur première déclaration. Comme l'inventaire se fait dans l'intérêt des enfants, on en a conclu qu'ils y pouvaient intervenir, soit personnellement s'ils sont majeurs, soit par un tuteur spécial qui serait nommé aux enfants mineurs (2). Cela nous paraît très-douteux. La loi ne donne pas ce droit aux enfants, et n'impose par conséquent pas aux époux l'obligation de les appeler à l'inventaire. Or, en cette matière, tout est de rigueur; si les prescriptions de la loi doivent être observées à la lettre, par contre il n'est pas permis à l'interprète d'y ajouter. Le législateur avait d'ailleurs une excellente raison pour ne pas exiger la présence des enfants. Ne serait-il pas odieux que des enfants vinssent contrôler les actes déjà si sévères que leurs parents sont tenus d'accomplir? La loi ne veut pas que les enfants soient témoins contre leurs père et mère, pas même en cas de divorce. Il ne faut pas non plus qu'ils jouent le rôle de surveillants. Le respect qu'ils doivent à leurs parents les éloigne de la triste procédure où les auteurs de leurs jours sont engagés.

280. L'article 279 veut encore que les époux règlent

(1) Séance du conseil d'Etat du 22 fructidor an X, n° 14 (Loché, t. II, p. 548).

(2) Willequet, *du Divorce*, p. 201, n° 5. Arntz, *Cours de droit civil français*, t. 1^{er}, p. 254, n° 451.

leurs droits respectifs, sur lesquels, ajoute la loi, il leur est néanmoins permis de transiger. Ce règlement doit se faire sans intervention du tribunal. Il suit de là que la femme n'a pas besoin d'être autorisée par justice à transiger. D'ailleurs, le mari, intervenant dans l'acte comme partie, l'autorise par cela même. C'est l'application des principes généraux sur l'autorisation maritale (1). Si les époux n'étaient pas d'accord, le divorce ne pourrait pas avoir lieu. Tout doit se faire par le concours de leurs volontés.

281. Enfin l'article 280 veut que les époux constatent par écrit leurs conventions sur les trois points qui suivent : 1° à qui les enfants nés de leur union seront confiés, soit pendant le temps des épreuves, soit après le divorce prononcé ; 2° dans quelle maison la femme devra se retirer et résider pendant le temps des épreuves ; 3° quelle somme le mari devra payer à sa femme pendant le même temps, si elle n'a pas des revenus suffisants pour fournir à ses besoins.

La plupart de ces mesures sont provisoires. Dans la procédure en divorce pour cause déterminée, c'est le tribunal qui les ordonne. Quand les époux divorcent par consentement mutuel, tout doit se faire par leur libre accord. Il n'y a qu'une mesure qui soit définitive, celle qui concerne la garde des enfants ; nous y reviendrons en traitant des effets du divorce.

La loi exige que les conventions des époux soient constatées par écrit, mais elle ne dit pas que les écrits doivent être authentiques ; les époux peuvent donc dresser des actes sous seing privé ; ces actes acquièrent un caractère d'authenticité par le dépôt que les époux en doivent faire, paraissant en personne, entre les mains du président du tribunal et des notaires dont nous allons parler (art. 283) (2).

(1) Voyez, plus haut, nos 121 et 134, p. 157 et 170.

(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. 1^{er}, p. 509.

§ IV. De la procédure.

282. La procédure commence par une tentative de conciliation, tentative à peu près inutile, puisque le magistrat conciliateur ignore la vraie cause du divorce que les époux demandent. Ceux-ci doivent se présenter ensemble et en personne devant le président du tribunal civil de leur arrondissement ; ils lui font la déclaration de leur volonté en présence de deux notaires amenés par eux (art. 281). Le juge fait aux deux époux réunis, et à chacun en particulier, en présence des deux notaires, telles représentations et exhortations qu'il juge convenables. Il leur donne lecture du chapitre IV du titre du Divorce, qui règle les effets du divorce, et leur développe toutes les conséquences de leur démarche. Si les époux persistent dans leur résolution, le président leur donne acte de ce qu'ils demandent le divorce et y consentent mutuellement. Les époux doivent immédiatement déposer entre les mains des notaires les actes prescrits par les articles 279 et 280 (nos 279-281) ; de plus : 1° les actes de leur naissance et celui de leur mariage ; 2° les actes de naissance et de décès de tous les enfants nés de leur union ; 3° l'autorisation des ascendants dont nous avons parlé (art. 283, et plus haut, n° 278). La production de ces actes est requise afin que le tribunal appelé à admettre le divorce puisse s'assurer si les conditions prescrites par la loi ont été remplies.

Les notaires dressent procès-verbal détaillé de tout ce qui a été dit et fait dans cette première comparution devant le président. Il doit y être fait mention de l'avertissement que le magistrat donne à la femme de se retirer, dans les vingt-quatre heures, dans la maison convenue entre elle et son mari, et d'y résider jusqu'au divorce prononcé (art. 284).

Cette tentative de réconciliation doit être renouvelée trois fois, dans la première quinzaine de chacun des quatrième, septième et dixième mois qui suivent. Les mêmes formalités doivent être observées. Toutefois, la loi dispense les époux de reproduire les actes qui lors de la

première comparution, ont été déposés entre les mains des notaires; elle fait exception pour les actes qui constatent le consentement des ascendants; nous en avons dit la raison (art. 285).

283. La loi prescrit encore une dernière tentative de réconciliation. Dans la quinzaine du jour où sera révolue l'année à compter de la première déclaration, les époux, assistés chacun de deux amis, personnes notables dans l'arrondissement (1), âgés de cinquante ans au moins, se présentent ensemble et en personne devant le président du tribunal. Ils lui remettent les expéditions des quatre procès-verbaux constatant leur consentement mutuel, et de tous les actes qui y ont été annexés. Puis ils requièrent du magistrat, chacun séparément, en présence néanmoins l'un de l'autre et des quatre notables, l'admission du divorce (art. 286).

A ce moment intervient la tentative de réconciliation. Le juge et les assistants, dit l'article 287, font leurs observations aux époux. Par assistants, il faut entendre les quatre notables, qui représentent en quelque sorte la société et qui, au nom de la société, cherchent à prévenir la dissolution du mariage. Si les époux persévèrent, il leur est donné acte de leur réquisition et de la remise, par eux faite, des pièces à l'appui. Le greffier dresse procès-verbal, les parties le doivent signer, ainsi que les quatre assistants, le juge et le greffier. Le juge met de suite, au bas de ce procès-verbal, son ordonnance portant que dans les trois jours il sera par lui référé du tout au tribunal en la chambre du conseil. Le greffier communique les pièces au procureur du roi, lequel prend ses conclusions par écrit. S'il trouve que les conditions requises par la loi ont été remplies, que toutes les formalités ont été observées, il conclura en ces termes : *la loi permet*; dans le cas contraire, il dira : *la loi empêche*. L'article 289 répète sommairement les conditions et les formes que la loi prescrit,

(1) Lors de la publication du code civil, il y avait des *notables* constitutionnels (constitution de l'an VIII, art. 7-14). Il faut entendre aujourd'hui par *notables* des personnes de la commune distinguées par leur probité et leur état (Maleville, *Analyse raisonnée*, t. I^{er}, p. 292).

et l'article ajoute que la preuve de leur accomplissement doit résulter des pièces. On ne voit pas que les parties soient appelées à faire leurs observations sur les conclusions du ministère public, ni par elles ni par des conseils. En effet, il n'y a pas de procès, pas de débat judiciaire. C'est le consentement des parties, dit l'article 233, exprimé de la manière voulue par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, qui dissout le mariage. Le procureur du roi vérifie simplement les pièces et il donne ses conclusions sans les motiver. Il n'y a donc pas de débat possible (art. 289). Le tribunal aussi se borne à vérifier si les conditions et les formes légales ont été remplies; il doit admettre le divorce dès que la procédure est régulière, il n'a pas mission d'examiner s'il y a ou non une cause de divorce : la cause est présumée exister dès que les conditions et les formes ont été régulièrement observées. S'il admet le divorce, il ne doit pas même motiver sa décision; la loi n'exige de motifs que lorsque le tribunal déclare qu'il n'y a pas lieu d'admettre le divorce (art. 290).

284. Ici se présente la question capitale en cette matière : Quand le tribunal doit-il rejeter le divorce? L'article 290 répond : Si les parties n'ont pas satisfait aux conditions et si elles n'ont pas rempli les formalités déterminées par la loi. Toutes les conditions, toutes les formes sont donc prescrites sous peine de nullité. Ce principe rigoureux est en harmonie avec l'esprit de la loi; comme le dit la cour de cassation, « l'intention évidente du législateur a été de hérissier de difficultés le divorce par consentement mutuel, pour le rendre le plus rare possible; il est donc nécessairement dans son vœu que toutes les formalités qu'il a prescrites, comme toutes les conditions qu'il a imposées, soient exécutées à la rigueur. » D'où suit que l'inobservation d'une seule de ces formalités ou de ces conditions, quelle qu'elle soit, suffit pour entraîner la nullité du divorce (1).

(1) Arrêt du 3 octobre 1810 (Merlin, *Questions de droit*, au mot *Divorce*, § VII, t. V, p. 346).

La cour de cassation a appliqué ce principe avec une rigueur extrême; mais, il faut le dire, cette rigueur est dans le vœu de la loi. Aux termes de l'article 285, la déclaration des époux doit être renouvelée à des époques fixes, dans la première quinzaine de chacun des quatrième, septième et dixième mois. Est-elle faite plus tôt, ne fût-ce qu'un jour, il y a nullité; est-elle faite plus tard, ne fût-ce encore qu'un jour, il y a nullité; de sorte que, lors même que la déclaration est renouvelée, il y a nullité par cela seul que le renouvellement ne s'est pas fait dans les délais prescrits par la loi. La cour de cassation prévoit qu'on lui reprochera d'être formaliste jusqu'à l'absurde; elle répond d'avance à ce reproche en disant qu'il n'est qu'un moyen d'exécuter la loi selon son esprit, dans une matière aussi rigoureuse, c'est de s'attacher strictement et sévèrement à la lettre même de sa disposition. Cela est très-juridique; mais cela ne prouve-t-il pas contre le divorce par consentement mutuel? Quoi! parce que la déclaration est faite demain au lieu de l'être aujourd'hui, il n'y aura pas de cause légitime de divorce! Et il y aura cause légitime si toutes les formes ont été régulièrement observées! Voilà certes des présomptions auxquelles les faits donneront le plus souvent un démenti. Et c'est cependant la seule base sur laquelle repose la loi!

La jurisprudence a suivi, et avec raison, le système rigoureux inauguré par la cour de cassation en 1810. Lors du renouvellement de leur déclaration, les époux doivent chaque fois rapporter la preuve par acte public que leurs ascendants persistent dans leur première détermination (art. 285). Vainement produiraient-ils l'autorisation devant le tribunal, la procédure est nulle par cela seul que la production du consentement des ascendants n'a pas eu lieu aux époques prescrites par la loi. Ainsi jugé par la cour de Bruxelles (1). Dans l'espèce, il était authentiquement constaté que les ascendants avaient toujours persévéré dans leur consentement, et néanmoins la procédure a été annulée, parce que la preuve de leur persévérance

(1) Arrêt de Bruxelles du 2 août 1858 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 465).

n'avait pas été produite alors qu'elle aurait dû l'être. Très-juridique, mais aussi souverainement absurde! Les lois sont mauvaises quand elles aboutissent à l'absurdité dans l'application.

Les époux n'ont pas fait d'inventaire comme le veut l'article 279, mais ils ont fait un acte de partage de leur communauté. Quand même cet acte comprendrait tous les meubles et les immeubles de la communauté, il ne tiendrait pas lieu de l'inventaire; par suite, la procédure sera nulle (1). En effet, l'acte de partage lui-même est nul, les époux ne pouvant pas partager la communauté avant la dissolution du mariage.

Nous ne connaissons qu'un arrêt qui se soit écarté de la rigueur de la loi. L'article 283 veut que, lors de la première comparution devant le président, les époux, après avoir déclaré qu'ils persistent dans leur résolution, produisent et déposent *à l'instant* les actes de décès de leurs ascendants. Il a été jugé que si cette production se fait postérieurement, cela suffit pour satisfaire au vœu de la loi. En raison, oui; en droit, non. La cour de Liège dit que c'est créer une nullité que la loi ne prononce pas (2). Du tout; la loi prononce implicitement la nullité pour inobservation de toutes les formes, ainsi que le dit très-bien la cour de cassation de France, quand même ces formes ne seraient que des délais.

285. La loi admet l'appel du jugement qui a rejeté le divorce. C'est le droit commun. Mais il y a ceci de spécial, que l'appel n'est recevable que s'il est interjeté par les deux époux. Cela est très-logique puisque le divorce ne peut avoir lieu que par concours de consentement. Si donc il y a lieu à appel, les deux parties doivent être d'accord pour demander le divorce. Chacune doit le faire par acte séparé, sans doute pour sauvegarder la liberté des époux. Le délai est plus court que le délai ordinaire; dans les dix jours au plus tôt, dit l'article 291,

(1) Arrêt précité (n° 284, p. 325) de la cour de cassation du 3 octobre 1810.

(2) Arrêt du 3 octobre 1834 (*Jurisprudence du XIX^e siècle*, 1835, 3, 49). Il y a un arrêt en sens contraire de Turin du 20 septembre 1810 (Arntz, *Cours de droit civil*, t. 1^{er}, p. 238, n° 459).

et dans les vingt jours au plus tard de la date du jugement de première instance. Les actes d'appel doivent être signifiés tant à l'autre époux qu'au procureur du roi (art. 292). Celui-ci communique le dossier au procureur général. Après les conclusions par écrit du ministère public, le président fait son rapport en la chambre du conseil, puis la cour rend son arrêt (art. 293).

Le code civil ne parle pas du recours en cassation; mais comme il est de droit commun, il faut l'admettre par cela seul que la loi ne le prohibe pas. Il est vrai que l'article 263 consacre formellement cette voie de recours, quand le divorce a lieu pour cause déterminée. C'est le Tribunal qui demanda que le recours en cassation fût consacré en termes formels, afin d'éviter le doute qui aurait pu naître du silence de la loi dans une matière toute spéciale. L'observation du Tribunal se rapportait à tout jugement rendu en dernier ressort sur une demande en divorce, sans distinguer entre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour cause déterminée (1). En effet, il n'y a aucune raison de distinguer. Le conseil d'Etat fit droit à la proposition du Tribunal; mais on oublia de reproduire, pour le divorce par consentement mutuel, la disposition de l'article 263. Cet oubli ne signifie certes pas que l'on doive rejeter une voie de recours que le législateur a entendu admettre. Par analogie, il faut décider que les deux époux doivent former le recours pour qu'il soit recevable. La loi ne prescrivant pas de délai spécial, on reste sous l'empire du droit commun (2).

286. Ce n'est pas le juge qui prononce le divorce. L'article 290 dit que le tribunal, s'il admet le divorce, renvoie les parties devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer. Cet article ne parle pas du délai dans lequel le jugement doit être exécuté. La loi y revient, après avoir parlé de l'appel. « En vertu de l'arrêt qui admet le divorce, dit l'article 294, et dans les vingt jours de sa date, les parties se présenteront ensemble et en per-

(1) Observations du Tribunal, n° 10 (Loché, t. II, p. 555).

(2) Willequet, *du Divorce*, p. 221 et suiv.

sonne devant l'officier de l'état civil, pour faire prononcer le divorce. Ce délai passé, le jugement demeurera comme non avenu. » La loi parle de l'arrêt, mais il faut évidemment y comprendre le jugement de première instance. L'officier de l'état civil dresse acte du divorce. Il est rendu public, si l'un des époux est commerçant (code de procédure, art. 872).

CHAPITRE III.

DES EFFETS DU DIVORCE.

SECTION I. — Principes généraux.

287. Le divorce est la dissolution du mariage. Donc du moment que le divorce est prononcé, le mariage cesse d'exister avec tous les effets que la loi ou les conventions matrimoniales lui donnent. C'est la loi qui règle les rapports des époux, leurs droits et leurs obligations. Ces droits et ces obligations cessent après le divorce. Il n'y a plus d'époux; donc la femme n'a plus le droit de porter le nom de celui qui fut son mari. Il n'y a plus de puissance maritale; la femme reprend sa pleine et entière capacité juridique. Il ne peut plus être question de devoirs de fidélité, de secours, d'assistance. Si l'un des époux divorcés venait à mourir, l'autre ne lui succéderait pas, car ils ne sont plus époux. Les conventions matrimoniales sont également dissoutes. Si les époux étaient communs en biens, la communauté se partage, comme en cas de mort. Si les époux s'étaient mariés sous un autre régime, ce régime cesse aussi de produire ses effets; la femme reprend ses biens, le mari n'y a plus aucun droit.

Faut-il conclure de là que le mariage est considéré comme s'il n'avait jamais existé? Non. Le mariage est