

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

dissous, il n'est pas annulé. Quand le mariage est annulé, c'est à raison d'un vice radical qui l'infecte, vice à raison duquel il ne pouvait être contracté, vice, par conséquent, qui empêche le mariage de produire aucun effet. Le divorce implique au contraire un mariage valable, et devant produire ses effets, puisque l'un des époux se plaint que les obligations qui en résultent ont été violées à son préjudice. De là suit que le mariage n'est pas dissous rétroactivement. Il a existé valablement jusqu'au moment où l'officier de l'état civil en prononce la dissolution; donc jusqu'à ce moment il produit ses effets, et si ces effets sont de nature à se perpétuer malgré la dissolution du mariage, ils subsisteront après le divorce. Des enfants sont nés du mariage; le fait de leur conception pendant le mariage leur a donné la légitimité, le divorce ne peut la leur enlever; ils conservent donc tous les droits des enfants légitimes contre leurs parents divorcés, le droit d'éducation, le droit aux aliments, le droit de succession. Par la même raison, les parents divorcés conservent la puissance paternelle sur leurs enfants, car ils ne cessent pas d'être père et mère; or, la puissance paternelle dérive de la paternité et de la maternité; à vrai dire, c'est un devoir de protection établi en faveur des enfants, plutôt qu'un droit appartenant aux parents, et il n'y a certes pas de raison pour que le divorce dégage les père et mère d'un devoir. Toutefois le divorce modifie, à certains égards, l'exercice de la puissance paternelle et les droits qui en résultent sur les biens des enfants.

De même, le divorce n'abolit pas les empêchements au mariage qui sont résultés du mariage dissous. Pour les empêchements fondés sur la parenté, la chose est évidente, car le divorce ne rompt pas les liens du sang. Il faut appliquer le même principe aux empêchements fondés sur l'alliance: les beaux-frères et belles-sœurs ne pourront pas se marier. Vainement dirait-on que le mariage étant dissous, il n'y a plus ni beaux-frères ni belles-sœurs. Il est vrai qu'il n'y a plus d'alliance; mais l'alliance qui a existé a produit un effet qui tient à la moralité publique et qui se perpétue. S'il s'agissait de nouveaux effets que

l'alliance devrait produire après le divorce, alors on appliquerait le principe que, la cause cessant, les effets doivent cesser: telle serait l'obligation alimentaire. Mais le principe ne reçoit pas son application aux effets déjà produits (1).

288. Nous avons supposé que le mariage est dissous à partir de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil. Zachariæ enseigne que cette prononciation rétroagit au jour du jugement. Il prétend que le jugement prononce le divorce sous condition suspensive; la déclaration de l'officier public n'est que l'exécution du jugement qui admet le divorce. Cela est contraire aux textes et aux principes. Les articles 264, 290 et 294 disent de la manière la plus formelle que le tribunal renvoie les époux devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer le divorce; jusqu'à ce moment donc, le mariage subsiste. Il ne peut pas être question d'une condition suspensive; car il n'y a d'autres conditions que celles qui sont stipulées par les parties ou sous-entendues par la loi. En matière de divorce, les parties ne peuvent rien stipuler, puisque le mariage est d'ordre public. Il faudrait donc que la condition fût écrite dans la loi. Or, le législateur s'est bien gardé d'établir une condition; un état conditionnel, c'est-à-dire incertain, ne se conçoit pas en cette matière; le mariage ne peut pas plus se dissoudre sous condition qu'il ne peut se contracter sous condition. Par la même raison, on ne peut appliquer au jugement qui admet le divorce le principe que tout jugement rétroagit au jour de la demande; d'abord parce que ce n'est pas le jugement qui prononce le divorce; puis le principe de la rétroactivité des jugements suppose que le juge ne fait que déclarer des droits préexistants, droits pécuniaires qui sont déjà dans le patrimoine du demandeur, tandis que le divorce vient détruire un état et en créer un nouveau.

289. Un des effets les plus considérables du divorce, c'est que les époux divorcés peuvent contracter un nouveau mariage. C'est à raison de cette liberté de se rema-

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. 1^{er}, p. 268, § 147.

rier que les auteurs du code ont préféré le divorce à la séparation de corps (1). Toutefois le droit de contracter une nouvelle union reçoit des restrictions, qui diffèrent d'après les causes de divorce; nous les exposerons plus loin. L'une de ces restrictions s'applique à tout divorce, pour quelque cause qu'il soit prononcé; les époux divorcés, dit l'article 295, ne pourront plus se réunir. Les auteurs du code ont emprunté cette disposition à Montesquieu qui l'a trouvée dans les lois du Mexique; il dit que la loi qui défend aux époux de se réunir entre mieux dans les vues de l'indissolubilité du mariage que la loi qui le leur permet (2). Treilhard développe cette pensée dans l'Exposé des motifs: « Le divorce ne doit être prononcé que sur la preuve d'une nécessité absolue, et lorsqu'il est bien démontré à la justice que l'union entre les deux époux est impossible: cette impossibilité une fois constante, la réunion ne pourrait être qu'une occasion nouvelle de scandale. Il importe que les époux soient d'avance pénétrés de toute la gravité de l'action qu'ils vont tenter, qu'ils n'ignorent pas que le lien sera rompu sans retour, et qu'ils ne puissent pas regarder l'usage du divorce comme une simple occasion de se soumettre à des épreuves passagères, pour reprendre ensuite la vie commune, quand ils se croiraient suffisamment corrigés. »

La disposition fut vivement combattue au sein du conseil d'Etat. Nous croyons que les opposants avaient raison contre Montesquieu. Si les époux sont libres de contracter un nouveau mariage, pourquoi n'auraient-ils pas cette liberté entre eux, c'est-à-dire entre personnes qui doivent naturellement se préférer? Si le divorce est nécessaire, il n'en est pas moins un scandale; on doit donc désirer que le mariage, destiné à durer toujours, reprenne sa perpétuité. On craint de nouveaux désordres. Nous répondons que le désordre peut aussi se produire et s'est produit dans les unions nouvelles que le code permet aux époux divorcés. Par contre, il peut y avoir repentir :

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n° 33 (Loché, t. II, p. 572).

(2) Montesquieu, *de l'Esprit des lois*, XVI, 15.

pourquoi ne pas lui laisser une porte ouverte? Vainement Portalis dit-il que c'est par respect pour le mariage qu'il faut défendre aux époux de se réunir, afin qu'ils ne se jouent pas du divorce comme ils se sont joués du mariage, afin qu'ils ne divorcent pas légèrement et avec l'arrière-pensée de se réunir. Nous répondrons avec Bérenger qu'il n'y a pas à craindre que l'on divorce par légèreté ou par calcul; ceux qui divorcent le font dans un esprit de perpétuité aussi bien que ceux qui se marient; si, malgré cela, on permet aux époux de se désunir, pourquoi ne leur permettrait-on pas de se réunir? Dire, comme Treilhard, que les époux, au moment où ils divorcent, pourraient spéculer en quelque sorte sur leur réunion, c'est ne pas tenir compte des passions qui provoquent le divorce (1). Non, au moment où ils rompent leur mariage, les époux pensent certes que ce sera pour toujours; c'est pour cela qu'ils demandent le divorce, au lieu de se contenter de la séparation de corps. Mais si le repentir les corrige, s'ils ont pitié de la triste condition de leurs enfants, pourquoi ne pas permettre une réunion qui est dans le vœu de la nature et dans l'intérêt de la société?

SECTION II. — Des effets du divorce quant aux époux.

§ 1^{er}. Du divorce pour cause déterminée.

290. Il résulte du divorce pour cause déterminée deux empêchements au mariage. La femme divorcée ne peut se remarier que dix mois après le divorce prononcé (art. 296). C'est une disposition analogue à celle de l'article 218 et fondée sur les mêmes motifs. Quand le divorce est prononcé pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut jamais se marier avec son complice (art. 298). Rien de plus moral que cet empêchement; malheureusement il est, comme tous les empêchements naissant du divorce, sim-

(1) Séance du conseil d'Etat du 16 nivôse an x (Loché, t. II, p. 540-542, n° 3)

plement prohibitif. Si donc le mariage était célébré, il subsisterait, au mépris de la moralité publique (1).

291. Aux termes de l'article 298, la femme adultère sera condamnée par le même jugement qui admet le divorce, et sur la réquisition du ministère public, à un emprisonnement de trois mois à deux années. L'article 308 contient une disposition analogue pour la séparation de corps. C'est une exception au principe qui sépare la juridiction civile de la juridiction criminelle. Les tribunaux civils ne prononcent pas de peines. Pourquoi donc le code Napoléon veut-il que la femme adultère soit condamnée à la prison par le tribunal civil? Il y a une raison historique qui explique cette anomalie. La législation intermédiaire ne punissait pas l'adultère; c'était une erreur que les auteurs du code eurent hâte de réparer; ils insérèrent en conséquence une disposition pénale dans le code civil, et considérant la peine comme un accessoire de la demande en divorce, ils donnèrent au tribunal civil saisi de la contestation principale le droit de prononcer la peine comminée contre la femme adultère (2).

Pour que le tribunal civil puisse condamner la femme, il faut deux conditions: d'abord la réquisition du ministère public, le tribunal n'étant saisi que par cette réquisition: il faut, de plus, que le ministère public requière la peine avant le jugement sur le divorce, car la loi veut que la peine soit prononcée par le même jugement. Si donc le ministère public faisait sa réquisition après le jugement, il n'y pourrait pas être fait droit (3). Il va sans dire que le tribunal civil ne peut pas condamner le mari adultère; sa compétence, étant une dérogation au droit commun, doit être restreinte dans les limites précises de la loi.

La combinaison du code civil et du code pénal donne lieu à de sérieuses difficultés. On demande d'abord si les articles 298 et 308 n'ont pas été abrogés par le code pénal. Il y a un motif de douter. Ces dispositions ont été

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 478, n° 366.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 483, n° 381.

(3) Arrêt de Rouen du 14 mai 1829 (Daloz, au mot *Séparation de corps* n° 280).

portées parce que, lors de la publication du code civil, l'adultère n'était pas puni; depuis lors, est intervenu le code pénal de 1810, qui contient un système complet sur la punition de l'adultère. N'en faut-il pas conclure que les dispositions du code Napoléon sont transitoires et, comme telles, abrogées par le code pénal? La cour de Liège l'avait décidé ainsi par un arrêt du 6 mars 1819; mais elle est revenue de cette erreur, car erreur il y a. En effet, le code civil ne se borne pas à prononcer une peine contre la femme adultère; il attribue de plus compétence au tribunal saisi de la demande en divorce; cette dernière disposition n'a rien de transitoire; elle est définitive et elle n'est certes pas abrogée par le code pénal, car une loi générale ne déroge pas à une loi spéciale (1).

Il y a un autre conflit entre la loi pénale et la loi civile. L'article 336 du pénal porte: « L'adultère de la femme ne peut être dénoncé que par le mari. » Il est vrai que l'adultère est un délit public, en ce sens qu'il porte atteinte à la sainteté du mariage que la loi doit protéger et garantir; mais, comme l'a dit l'orateur du gouvernement en 1810, sous d'autres rapports, c'est moins un délit contre la société que contre l'époux, qu'il blesse dans son amour-propre, dans son honneur et son affection. Donc, sans plainte du mari, il ne peut pas y avoir de condamnation contre la femme. Ce principe s'applique-t-il à la condamnation que les tribunaux civils prononcent en vertu des articles 298 et 308? c'est-à-dire, faut-il, que le mari fasse une dénonciation formelle pour que le ministère public puisse requérir la peine de l'emprisonnement contre la femme? Non; la disposition de l'article 298 est spéciale et ne comporte pas l'application des principes du droit criminel sur la dénonciation ou la plainte. L'action en divorce est une action civile, et devant les tribunaux civils il ne peut pas être question de plainte ni de dénonciation. Tout ce que le code Napoléon exige, c'est que le jugement admette le divorce pour cause d'adultère, ce qui suppose naturellement que le mari a demandé le divorce pour adultère de la

(1) Arrêt de Liège du 29 mars 1847 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 260).

femme. Il n'est pas nécessaire que le mari dénonce en outre l'adultère. On peut dire qu'il le dénonce implicitement en demandant le divorce pour cause d'adultère. Cela suffit pour que le ministère public ait le droit et le devoir de requérir la peine (1).

La disposition de l'article 298 est abrogée par le code pénal belge, qui porte, article 390 : « La poursuite ou la condamnation pour adultère ne pourra avoir lieu que sur la plainte de l'époux qui se prétendra offensé. » Les mots *ou la condamnation* impliquent que la simple action en divorce ne suffit pas pour que le ministère public puisse requérir la condamnation de la femme, il faut une *plainte* (2).

D'après le code pénal de 1810 (art. 336), le mari convaincu d'avoir entretenu une concubine dans la maison commune n'était pas admis à dénoncer l'adultère de la femme. De là la question de savoir si cette disposition s'applique dans le cas de l'article 298. Nous la laissons de côté, puisqu'elle ne peut plus se présenter, d'après le nouveau code pénal belge.

Enfin il y a une difficulté concernant la prescription. L'action en divorce se prescrit par trente ans, tandis que le délit d'adultère se prescrit par trois ans. Si le mari agit en divorce, plus de trois ans après que le délit d'adultère a été commis, le ministère public peut-il encore requérir l'emprisonnement? Non, certes. Il y a deux actions bien distinctes, celle du mari qui tend uniquement au divorce, et celle du ministère public qui tend à l'application de la peine. La peine suppose un délit; quand l'action publique est prescrite, il n'y a plus de délit; il ne peut donc plus y avoir de condamnation pour délit (3).

§ II. Du divorce par consentement mutuel.

292. Ce divorce produit un empêchement spécial au

(1) Arrêts de Liège du 11 juillet 1833 et de Bruxelles du 10 juillet 1858 (*Pasicrisie*, 1833, 200, et 1859, 71).

(2) Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, p. 652.

(3) Arrêt de Besançon du 20 février 1860 (Dalloz, 1860, 2, 57). La question est très-bien traitée dans le réquisitoire du ministère public (*ibid.*, p. 55).

mariage; aux termes de l'article 297, aucun des deux époux ne peut contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce. Quand les époux divorcent par consentement mutuel, il n'y a pas de cause connue qui légitime la dissolution du mariage. Le législateur suppose qu'il y a une cause cachée; mais il se peut aussi qu'il n'y en ait pas, et que les époux ou l'un d'eux n'aient demandé le divorce que pour satisfaire une passion coupable. En leur défendant de se remarier dans les trois ans, on écarte, dit Treilhard, la perspective d'une union avec l'objet de quelque passion nouvelle (2). Ecarter, c'est trop dire: on l'éloigne. C'est tout ce que le législateur pouvait faire. Du reste, l'empêchement est purement prohibitif.

SECTION III. — Des effets du divorce quant aux enfants.

§ I^{er}. Du divorce pour cause déterminée.

N^o 1. DROITS DES PARENTS.

293. L'article 302 porte : « Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce. » Tel est le principe, et la loi le formule en termes impératifs; elle suppose que l'époux innocent est plus digne de diriger l'éducation des enfants que l'époux qui a violé ses devoirs envers son conjoint. Mauvais époux ne veut pas toujours dire mauvais père. Toujours est-il qu'il y a une présomption contre le coupable; cela suffit pour que le législateur, dans l'intérêt des enfants, les confie au conjoint qui a obtenu le divorce. Mais la loi ne pose pas de règle absolue. L'article 302 ajoute : « Le tribunal, sur la demande de la famille ou du procureur impérial, peut ordonner, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne. » Il est donc de principe que le tribunal se décide d'après « le plus grand avantage des enfants. » Question de fait et de circonstances. Seulement