

firme. Quel est le fondement de la dette alimentaire que la loi impose à l'époux divorcé? C'est qu'il ne peut pas par sa faute se décharger d'une obligation qui résulte du mariage. C'est donc l'obligation de secours, établie par l'article 212, qui subsiste au profit de l'époux innocent. Mais l'obligation ne peut pas avoir plus d'étendue après le divorce qu'elle n'en avait pendant le mariage. La mort met fin aux obligations que le mariage produit; l'époux survivant ne peut pas réclamer d'aliments des héritiers du défunt; pourquoi l'époux divorcé aurait-il ce droit? On en chercherait vainement la raison.

§ II. *Divorce par consentement mutuel.*

312. Aux termes de l'article 279, les époux ont dû régler leurs droits respectifs avant de demander le divorce par consentement mutuel. Ce divorce produit un effet très-important quant aux biens des époux. Il les prive de la moitié de leur patrimoine (art. 305), qui est acquise de plein droit aux enfants. Nous avons déjà traité cette matière (n° 298).

CHAPITRE IV.

DE LA SÉPARATION DE CORPS (1).

SECTION I. — Principes généraux.

313. On dit que la séparation de corps est le divorce des catholiques. Cela est vrai en ce sens que les auteurs du code Napoléon l'ont admise par respect pour les croyances des catholiques auxquels leur religion ne permet pas de demander le divorce. Déjà dans le discours où il expose la théorie générale du code civil, Portalis disait que, sous les lois qui autorisent la liberté des cultes, il ne fallait pas placer un homme fidèle à sa religion entre le désespoir et sa conscience (2). Treilhard répéta presque les mêmes paroles dans le discours qu'il prononça devant le Corps législatif pour défendre l'institution du divorce : « La séparation de corps est proposée pour ceux dont la croyance religieuse repousserait le divorce; il ne fallait pas les exposer sans ressource aux malheurs d'un joug trop insupportable, et les laisser entre le désespoir et la mort (3). »

De là, la doctrine et la jurisprudence ont tiré une conséquence très-grave. Le code ne contient que six articles sur la séparation de corps. On comble les nombreuses lacunes qu'il laisse par ce principe d'interprétation, que la séparation étant le divorce des catholiques, il faut appliquer par analogie à la séparation les dispositions de la loi sur le divorce, toutes les fois qu'elles peuvent cadrer avec la séparation et que, d'ailleurs, aucun texte exprès n'em-

(1) Massol, *Traité de la séparation de corps*.

(2) Portalis, *Exposé général du système du code civil*, n° 19 (Loché, t. I^{er}, p. 193).

(3) Discours prononcé dans la séance du Corps législatif du 23 ventôse an xi, n° 6 (Loché, t. II, p. 609).

pêche de les appliquer. Ce principe paraît très-sage à M. Valette (1). M. Demolombe avoue ses doutes et ses scrupules (2). Un principe d'interprétation d'une telle importance ne doit-il pas se fonder sur la volonté du législateur? Et si telle avait été sa pensée, ne l'aurait-il pas manifestée, soit par un texte, soit dans les travaux préparatoires? Mais ce principe, pouvait-il le poser? Rien de plus ruineux que les fondements sur lesquels il repose. On invoque des raisons d'analogie. La séparation de corps, dit-on, est le divorce des catholiques. Cela peut se dire par voie de comparaison et dans un discours d'apparat; mais comme règle juridique, c'est un non-sens. Peut-on parler d'un divorce des catholiques, alors que le catholicisme repousse le divorce comme un attentat contre la parole de Dieu? Dès lors, assimiler les deux institutions, c'est aller ouvertement contre l'intention du législateur catholique qui a introduit la séparation de corps, précisément parce qu'il ne voulait pas du divorce; c'est aller contre l'intention des auteurs du code civil, qui l'ont maintenue comme institution religieuse.

Appliquer les dispositions du code sur le divorce à la séparation de corps, c'est supposer qu'il y a analogie, c'est-à-dire qu'il y a même motif de décider. Les analogies qui existent entre les deux institutions sont très-faibles, tandis que les différences qui les séparent sont radicales. Les causes sont les mêmes, dit-on. Oui, en ce sens que le divorce et la séparation se fondent sur une violation des devoirs conjugaux. Mais ici déjà il y a une différence considérable : la loi n'admet pas la séparation de corps par consentement mutuel. L'analogie se réduit donc à ceci, c'est qu'à un mal qui rend la vie commune insupportable le législateur religieux et le législateur civil ont cherché un remède. Mais les deux remèdes diffèrent du tout au tout : l'un maintient le mariage, l'autre le rompt. Cette différence domine toute la matière et elle exclut toute analogie. Dès lors, il est très-chanceux de raison-

(1) Valette, *Explication sommaire du livre I^{er} du code civil*, p. 138.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon* t. IV, p. 464 et suiv., nos 364 et 365.

ner d'un cas à un autre par identité de motifs. Ce procédé aboutit nécessairement à faire la loi. Qui nous garantit, en effet, que les raisons analogiques auraient décidé le législateur, alors que les deux institutions avaient, à ses yeux, une valeur très-différente? Il préférerait le divorce, il n'a admis la séparation de corps que malgré lui, en cédant à des croyances qu'il considérait comme des préjugés.

Les vrais principes, en matière d'interprétation des lois, conduisent à une règle différente. Il n'y a pas d'analogie entre le divorce et la séparation de corps; donc on ne peut raisonner d'un cas à un autre par identité de motifs. C'est dans l'institution qu'il s'agit d'interpréter, qu'il faut chercher les raisons de décider. Il n'y a qu'un cas où l'application analogique des dispositions sur le divorce soit admissible : c'est quand ces dispositions ne font que consacrer des principes généraux de droit ou des conséquences qui découlent de ces principes. Si la doctrine et la jurisprudence sont allées plus loin, c'est qu'il y a souvent lacune et que l'on ne sait comment la combler. Cela confirme ce que nous venons de dire; sous forme d'interprétation analogique, les interprètes font réellement la loi en cette matière.

SECTION II. — Des causes de la séparation de corps.

§ I^{er}. Des causes déterminées et du consentement mutuel.

314. L'article 306 porte : « Dans les cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps. » En ce point donc il y a analogie légale, et l'on doit par conséquent appliquer à la séparation de corps tout ce que nous avons dit du divorce pour cause déterminée (1). L'article 307 ajoute que la séparation ne peut avoir lieu par le consentement mutuel des époux. Voilà une différence radicale, et elle prouve que le législateur ne se décide pas en cette matière par des motifs d'analogie.

(1) Voyez, plus haut, nos 179-197, p. 218-234.

Quand on lit l'Exposé des motifs de Treilhard, on s'aperçoit qu'il est très-embarrassé pour expliquer cette différence considérable que le code civil met entre le divorce et la séparation de corps. Il dit que la procédure du divorce par consentement mutuel a été hérissée de difficultés et de sacrifices, pour faire tomber une action que l'on ne doit pas admettre, si elle n'est pas nécessaire; tandis que l'action en séparation est une action ordinaire qui se poursuit comme toutes les autres et dont les formes, par conséquent, n'auraient offert aucune garantie contre les abus de cette cause. L'orateur du gouvernement en conclut que la séparation par consentement mutuel aurait été une large porte entièrement et toujours ouverte au caprice, à la légèreté, sans aucune espèce de préservatifs contre leurs effets (1). Singulière conclusion! Il fallait conclure, au contraire, que l'abus étant à craindre, dans le cas de séparation comme dans le cas de divorce, il convenait de prescrire les mêmes formes comme garantie contre l'abus. L'analogie était évidente ici; et cependant le législateur n'en a pas voulu!

Les auteurs sont tout aussi embarrassés que Treilhard. Duranton discute longuement les raisons que l'on a données pour justifier la différence que l'article 307 établit entre le divorce et la séparation de corps; il les combat toutes; mais, chose singulière, celle qu'il propose est encore plus mauvaise que celles qu'il rejette. A quoi bon, dit-il, organiser une longue procédure pour permettre aux époux de vivre séparément alors qu'ils sont d'accord? Ne sont-ils pas libres de rompre la vie commune? Pourquoi demanderaient-ils à la justice ce qu'ils peuvent faire de leur propre volonté (2)? M. Valette abonde dans ce sentiment. « Le principal motif, dit-il, pour lequel la séparation de corps par consentement mutuel n'a pas été permise, c'est qu'elle était inutile. En effet, si les époux veulent seulement vivre séparés, ils le peuvent sans recourir à

(1) Treilhard, Discours prononcé dans la séance du Corps législatif du 23 ventôse an xi, n° 6 (Loché, t. II, p. 609).

(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 481-486, nos 529-531.

l'intervention de la justice (1). » Comment des jurisconsultes peuvent-ils tenir un pareil langage? Quoi! les époux sont libres de vivre séparément dès qu'ils le veulent! Et que devient donc l'obligation de la vie commune consacrée par le code Napoléon (art. 214)? Si la vie commune est une obligation, la séparation volontaire est par cela même nulle, radicalement nulle, parce que c'est une convention qui déroge à une loi d'ordre public. Cela est élémentaire, et il est presque inutile d'ajouter que la jurisprudence a consacré ces principes (2). Il est vrai que parfois des époux conviennent de vivre séparément, mais ces conventions n'ont aucune valeur; le jour même où elles interviennent, l'un des époux peut forcer l'autre à rétablir la vie commune. Et c'est là la séparation qui rendrait inutile la séparation judiciaire par consentement mutuel! La séparation prononcée en justice aurait donné aux époux le droit de vivre séparément; c'est là l'objet de la séparation de corps. C'est donc une hérésie juridique d'affirmer que la séparation volontaire tient lieu de la séparation de corps.

Proudhon a donné une raison historique de l'anomalie consacrée par l'article 307 du code Napoléon. La séparation de corps a été établie par l'Eglise catholique; mais le droit canon ne l'admettait que pour causes déterminées et non par le consentement mutuel des époux. C'est par respect pour la liberté de conscience que les auteurs du code civil l'ont rétablie, car le législateur révolutionnaire l'avait abolie. Dès lors ils devaient la maintenir telle que l'Eglise l'avait organisée; ils devaient donc repousser la séparation par consentement mutuel (3). La raison est assez plausible, mais elle n'est pas décisive; permettre la séparation par consentement mutuel, ce n'est pas forcer les catholiques à la demander pour cette cause. D'ailleurs la séparation par consentement que le droit canon repoussait, c'était la séparation qui n'avait d'autre motif que la volonté des époux. Telle n'est pas la pensée qui a présidé

(1) Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. I^{er}, p. 534, note a.

(2) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, nos 14 et 15.

(3) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I^{er}, p. 532.

au divorce par consentement mutuel; telle n'eût donc pas été la séparation par consentement mutuel; c'eût été une séparation pour une cause légitime, mais que les époux ont intérêt à cacher.

Il n'y a, en définitive, qu'une seule raison qui explique, mais sans la justifier, la disposition de l'article 307. Treilhard l'a déjà indiquée. La séparation de corps emporte séparation de biens. Si elle pouvait se faire par consentement mutuel, deux époux de mauvaise foi en pourraient abuser pour frauder les droits de leurs créanciers. Cela suppose que les créanciers n'ont pas le droit d'intervenir dans l'instance en séparation de corps. Mais qu'est-ce qui empêchait le législateur de leur donner le droit d'intervenir, afin de prévenir des séparations frauduleuses? Ils auraient été admis, non à combattre la séparation véritable, mais la séparation demandée en fraude de leurs droits. Il n'y avait rien en cela de contraire aux principes.

Maintenant on comprendra l'embarras des auteurs à justifier l'article 307. Ils ne pouvaient pas donner de bonne raison, puisqu'il n'y en a pas. Il faut dire plus. Dès que l'on admettait le divorce par consentement mutuel, il fallait, à plus forte raison, autoriser la séparation de corps pour cette cause. Le législateur suppose que, quand les époux demandent le divorce par consentement mutuel, quand ils se soumettent aux formalités et aux sacrifices qu'il leur impose, il existe une cause légitime de rompre le mariage; mais l'intérêt des époux, l'intérêt des enfants et de la famille exige que cette cause reste cachée. Est-ce que des époux qui demandent la séparation de corps ne seraient pas intéressés à cacher la vraie cause pour laquelle ils veulent, ils doivent rompre la vie commune? Leur intérêt est bien plus grand, puisque le mariage subsiste; si donc il y a un fait honteux, criminel, il affecte plus profondément des époux séparés que des époux divorcés. La société est encore plus intéressée à ce que les causes de la séparation restent ignorées du public; en effet, elle espère, elle désire que les époux simplement séparés rétablissent la vie commune. Et comment veut-on

que les époux se réunissent, lorsque la publicité a envenimé leurs dissensions, lorsqu'elle a rendu leur haine irréconciliable? N'est-ce pas une preuve évidente que le législateur ne procède pas en cette matière par identité de raison?

315. Les causes déterminées pour lesquelles le divorce et la séparation de corps peuvent être demandés étant les mêmes, les époux ont le choix d'intenter l'action en divorce ou l'action en séparation. Une fois l'action intentée, leur choix est fait; peuvent-ils encore, après cela, revenir sur leur demande et la changer? Nous ne voyons aucun principe qui s'y oppose en théorie. On objecte l'adage qui dit que celui qui choisit une des voies que la loi lui offre, renonce à l'autre (1). Nous répondons que la renonciation implique une déchéance; et pour prononcer une déchéance, il faudrait un texte de loi. D'ailleurs la renonciation ne se comprend même pas; on ne renonce pas à un droit qui tient à l'ordre public. Il faut donc admettre qu'une demande en divorce peut se convertir en une demande en séparation de corps, et réciproquement. Mais dans l'application du principe, nous rencontrons une difficulté. La procédure en divorce est toute spéciale, tandis que la procédure en séparation est régie par le droit commun. On conçoit donc que l'action en divorce soit convertie, en tout état de cause, en une action en séparation de corps, puisque c'est revenir au droit commun (2). Mais si l'époux a demandé la séparation de corps, il ne peut pas convertir cette demande en une action en divorce, puisqu'il abandonne le droit commun pour entrer dans une voie exceptionnelle; il faut qu'il se désiste de sa première action pour en intenter une nouvelle.

Nous supposons que l'instance est encore pendante. S'il était intervenu un jugement qui admette la demande ou qui la rejette, dans ce cas il ne pourrait plus s'agir de la changer. Est-elle rejetée, il est décidé qu'il n'y a pas de cause déterminée qui autorise le divorce, et par cela même

(1) *Electa una via, excluditur altera* (Arntz, *Cours de droit civil*, t. 1^{er}, p. 231, n^o 445).

(2) Arrêt de Liège du 21 février 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 187).

la séparation de corps, puisque les deux actions ont une cause identique. Est-elle admise, le débat est terminé, il n'y a plus de demande, on ne peut donc pas la changer. Il y a cependant une différence entre le divorce et la séparation. Le divorce est la dissolution du mariage; la séparation laisse subsister le mariage; il peut se produire, pendant la séparation, une cause nouvelle qui autorise l'époux séparé à demander le divorce (1). La cour d'Aix avait jugé en sens contraire, en invoquant une de ces maximes banales qui le plus souvent conduisent à l'erreur : elle disait que la séparation de corps avait été établie pour tenir lieu du divorce à ceux dont la conscience n'admet pas la dissolubilité du mariage : que, d'après l'esprit et la lettre du code, le divorce et la séparation étaient deux voies parallèles qui ne pouvaient jamais se rencontrer : qu'ainsi l'époux qui avait opté pour la séparation de corps avait renoncé à user de la loi du divorce. Cet arrêt fut cassé. La cour ne s'était pas aperçue qu'elle créait une fin de non-recevoir qu'aucune loi n'établissait. Quant à la maxime qu'elle invoquait, elle était excellente pour les anciennes causes qui avaient servi de base à la première demande, mais elle ne pouvait être opposée au mari dont la femme séparée se livrait à de nouveaux débordements et compromettait l'honneur de son nom. C'est l'inconvénient de la séparation de corps; il n'y a d'autre remède au mal que le divorce (2).

316. Du principe que les causes de la séparation et du divorce sont identiques, suit encore que l'on doit appliquer à la preuve des faits sur lesquels repose la demande en séparation, ce que nous avons dit des preuves en matière de divorce. Ainsi, notamment, l'aveu du défendeur ne peut pas être invoqué par l'époux demandeur en séparation, à moins qu'il n'y ait d'autres preuves à l'appui : le simple aveu pourrait en effet conduire à une séparation par consentement mutuel, que le code civil prohibe formellement. Faut-il étendre cette décision à la preuve testi-

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 283 et suiv.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 16 décembre 1811 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Divorce*, section IV, § 17, t. VIII, p. 245).

moniale, telle que le code Napoléon l'organise au chapitre du divorce? L'article 251 déroge au droit commun, en décidant que les parents et les domestiques ne sont pas reprochables en raison de cette qualité. C'est une disposition exceptionnelle : est-il permis de l'appliquer à la séparation, par voie d'analogie? Sans doute il y a, en ce cas, même raison de décider; mais les exceptions ne s'étendent pas par voie d'analogie. Cependant la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à admettre cette extension. Nous croyons que c'est ici un des cas où il y a lacune dans la loi, lacune que le législateur seul pourrait combler. Proudhon a essayé de justifier l'opinion générale. Le demandeur en séparation, dit-il, avait le droit d'intenter pour la même cause une action en divorce; s'il avait agi en divorce, il aurait pu faire entendre comme témoins ses parents et ses domestiques; il doit conserver le même droit s'il opte pour la séparation de corps. Qui ne voit que Proudhon confond les causes avec la procédure? Les causes sont les mêmes, mais la procédure diffère. Dès lors ne faut-il pas appliquer l'article 307, aux termes duquel la demande en séparation doit être instruite de la même manière que toute autre action civile? On cherche à écarter cette disposition en disant que la qualité des témoins tient au fond plutôt qu'à la forme. C'est une de ces subtilités que l'on imagine pour le besoin de la défense : les reproches des témoins sont certes une question de procédure, comme toutes les règles établies pour les enquêtes (1). Avouons-le, la force des choses a conduit les interprètes à se faire législateurs.

317. L'on admet encore que les fins de non-recevoir établies en matière de divorce par les articles 272-274 s'appliquent à la séparation de corps. Nous le croyons aussi, non pas, comme on le dit, parce que l'intention du législateur aurait été d'étendre à la séparation ce qu'il dit du divorce; car nous ne voyons nulle part une trace de cette intention. On invoque l'article 306, qui permet à

(1) Proudhon, t. I^{er}, p. 539 et suiv. Arrêt de la cour de cassation du 8 mai 1810 (Daloz, au mot *Séparation de corps*, n° 244). Arrêt de Bruxelles du 18 mai 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 423).

l'époux de demander la séparation pour les mêmes causes qui autorisent la demande en divorce; mais autre chose sont les causes, autre chose sont les fins de non-recevoir (1). C'est dans la nature des fins de non-recevoir que nous devons chercher la raison de décider. Il s'agit de la réconciliation qui éteint l'action, parce qu'elle efface l'injure, fondement de l'action. Ce principe découle de la nature du pardon; c'est donc un principe général que les articles 272-274 n'ont fait qu'appliquer au divorce, et que l'interprète aurait pu appliquer, quand même ces dispositions ne se trouveraient pas dans le code civil. Dès lors l'application du même principe à la séparation de corps ne peut souffrir aucun doute. Par la même raison, il faut appliquer à la séparation de corps ce que nous avons dit de la prescription et de la compensation en matière de divorce (2).

SECTION III. — Des mesures provisoires et conservatoires.

318. Le code Napoléon contient une section spéciale sur les mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée. Au chapitre de la séparation de corps, il n'est rien dit de ces mesures. Le code de procédure a comblé en partie la lacune, en ce qui concerne la résidence provisoire de la femme et la provision à laquelle elle a droit pendant la durée de l'instance (art. 878). Que faut-il dire des autres mesures autorisées par le code civil dans le procès en divorce? D'après les principes, la question est très-simple. Quand les mesures provisoires ou conservatoires sont l'application du droit commun, il va sans dire qu'elles s'appliquent aussi à la séparation; mais du moment qu'elles dérogent aux principes généraux, on ne peut les étendre d'un cas à un

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 360, note 4, § 492. Demolombe, t. IV, p. 508, n° 402. La jurisprudence admet aussi l'application des articles 272-274 à la séparation de corps. Voyez, outre les arrêts cités dans Dalloz (au mot *Séparation de corps*, nos 204 et suiv.), les arrêts de Bruxelles du 9 août 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 173) et du 10 décembre 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 249).

(2) Voyez, plus haut, nos 208-214, p. 247-254.

autre, fût-ce par voie d'analogie. C'est une règle élémentaire d'interprétation. Toutefois l'on s'en est écarté, en matière de séparation, toujours pour combler des lacunes qu'à la rigueur il n'appartient pas à l'interprète de combler. Il importe d'en faire la remarque, afin d'éviter l'erreur dans laquelle la jurisprudence a fini par tomber, en assimilant complètement le divorce et la séparation de corps, et en appliquant presque indistinctement à la séparation ce que le législateur a dit du divorce. Nous comprenons que la nécessité ait fait dépasser au juge les bornes de son pouvoir; mais que l'interprète s'arrête au moins dans la limite de la nécessité.

§ 1^{er}. *Résidence provisoire de la femme.*

319. L'article 878 du code de procédure dit que le président autorisera la femme à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties seront convenues, ou qu'il indiquera d'office. Il a été jugé que cette disposition s'applique à la femme défenderesse aussi bien qu'à la femme demanderesse (1). Le motif est évidemment le même dans les deux cas. Quant au texte, il parle, il est vrai, de la femme qui est autorisée à *procéder sur la demande*; mais ces expressions ne signifient pas la femme demanderesse, elles sont relatives à l'autorisation dont la femme a besoin pour ester en justice, soit qu'elle intente l'action, soit qu'elle y défende. Dans l'instance en divorce, c'est le tribunal qui indique la maison dans laquelle la femme sera tenue de résider. Le code de procédure donne ce pouvoir au président, ce qui est plus logique, la mesure étant urgente de sa nature. On demande si l'ordonnance du président est sujette à appel. La question est controversée; comme elle est du domaine de la procédure, nous nous bornerons à constater l'opinion qui paraît l'emporter dans

(1) Arrêt de la cour de cassation du 26 mars 1828 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 133).