

donc que les faits sont établis, soit par la correspondance des parties, soit par leurs aveux, quand ces aveux confirment des faits déjà prouvés, le tribunal peut et doit immédiatement prononcer la séparation de corps (1).

337. Voici une nouvelle différence, et inexplicable, quand on part du principe de l'analogie entre le divorce et la séparation de corps, injustifiable même dans tout système. Les articles 259 et 260 permettent au juge de prononcer une séparation provisoire, pendant l'instance en divorce, année d'épreuve qui, on l'espère, calmera les passions et amènera le rapprochement des époux. On demande si le juge pourrait aussi prononcer une séparation provisoire dans l'instance en séparation de corps? La négative ne souffre guère de doute; la jurisprudence s'est prononcée en ce sens, et il en est de même de la doctrine, sauf quelques dissidences qui n'ont pas trouvé faveur (2). Il n'appartient pas aux tribunaux d'empêcher l'exercice d'un droit; or, dès qu'il y a une cause légale de séparation, c'est un droit pour l'époux de l'obtenir. Toutefois, le sursis, autorisé pour la demande en divorce, aurait dû l'être aussi pour l'action en séparation. Il tend à empêcher le divorce. N'importe-t-il pas d'empêcher aussi la séparation de corps? Vainement dit-on que les époux séparés de corps peuvent se réunir quand bon leur semblera. L'expérience est là pour attester que les séparations, une fois prononcées, sont presque toujours irrévocables. Ce qui prouve que le sursis ne serait pas inutile, c'est que dans l'ancien droit on admettait les séparations provisoires et même les séparations à temps (3). Aussi les auteurs qui enseignent le principe d'analogie regrettent-ils que le code ne permette pas d'appliquer à la séparation de corps ce qu'il autorise pour le divorce (4). N'est-ce pas une nouvelle preuve que le législateur ignore le principe d'analogie qu'on lui attribue, malgré les démentis que lui-même donne à chaque pas à ce prétendu principe?

(1) Arrêt de la cour de cassation du 29 avril 1862 (Daloz, 1862, 1, 515).

(2) Voyez les sources dans Daloz, au mot *Séparation de corps*, n° 266.

(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, § III, n°s 11 et 12.

(4) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 587, n° 486.

338. L'article 335 veut que l'action en divorce soit suspendue, quand les faits allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle. Cette disposition reçoit son application à l'instance en séparation de corps, parce qu'elle ne fait que consacrer un principe de droit commun, l'adage que le criminel tient le civil en état. Il faut donc appliquer ici ce que nous avons dit au chapitre du divorce (n° 220).

§ III. Du jugement.

339. Le code de procédure veut que le jugement qui prononce la séparation de corps soit rendu public. Il est inséré sur un tableau exposé pendant un an, dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari, lors même qu'il n'est pas négociant; et s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune. Pareil extrait doit être inséré au tableau exposé dans la chambre des avoués ou notaires. Quels sont les motifs de cette publicité? La séparation de corps intéresse les tiers qui sont dans le cas de traiter avec les époux. Bien que le mariage subsiste, la vie commune cesse, et par suite la femme n'est plus mandataire de son mari pour les dépenses du ménage. Chacun des époux vit séparé et a son ménage à lui. Ils sont de plus séparés de biens; d'où suit que le mari n'a plus la jouissance des biens de la femme, tandis que la femme reprend l'administration de son patrimoine, et elle en a aussi la jouissance. La séparation de corps altère donc le crédit du mari, et elle donne à la femme une capacité exceptionnelle. De là la nécessité d'avertir les tiers du changement qui s'est opéré dans la position des époux (code de procédure, art. 880 et 872; code civil, art. 1445).

340. Pour les voies de recours, on suit le droit commun. En matière de divorce, et par dérogation au droit commun, le pourvoi en cassation est suspensif (art. 263). Nous avons dit que cette disposition exceptionnelle est

fondée sur les effets que produit le divorce; le mariage étant dissous, les époux peuvent se remarier; il fallait donc empêcher le divorce admis par jugement de produire ses effets pendant le pourvoi, puisqu'il peut être annulé par la cour suprême. Comme la séparation de corps laisse subsister le mariage, il n'y avait pas de raison pour étendre au jugement qui la prononce l'exception établie par l'article 263. Cela a été jugé ainsi, et, en vérité, il n'y avait pas le moindre doute (1).

341. Le divorce doit être prononcé par l'officier de l'état civil. Il n'en est pas de même de la séparation de corps. Le mariage subsiste; seulement les époux sont autorisés à vivre séparément. Il suffit pour cela qu'il y ait un jugement; il n'y a aucune raison pour faire intervenir l'officier de l'état civil.

§ IV. Des demandes reconventionnelles.

342. Les demandes reconventionnelles sont admises dans l'instance en séparation de corps, comme dans l'instance en divorce (nos 270-272). C'est l'application d'un principe général. L'époux défendeur en séparation peut-il former sa demande reconventionnelle en appel? Non, car il est de règle qu'en cause d'appel il ne peut être formé aucune nouvelle demande, à moins qu'elle ne soit une défense à l'action principale. Or, une demande reconventionnelle n'est pas une simple défense. Cela est de jurisprudence, et cela ne pouvait guère faire de doute, l'article 464 du code de procédure étant formel (2). Il y a cependant quelques arrêts en sens contraire, et M. Demolombe préfère cette dernière opinion. Mais il ne donne pas de raison de cette préférence (3).

343. La demande reconventionnelle formée en première instance donne lieu à une difficulté sur laquelle la

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 307.

(2) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 298.

(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, n° 437.

jurisprudence est très-divisée. Faut-il qu'elle soit précédée de l'essai de conciliation prescrit par le code de procédure (art. 875-878)? Il y a une raison de douter. Les demandes incidentes sont formées par un simple acte, et dispensées par conséquent du préliminaire de conciliation. Or, la demande reconventionnelle en séparation n'est-elle pas une demande incidente? D'ailleurs la tentative de conciliation prescrite par le code de procédure ne tient-elle pas lieu du préliminaire de conciliation devant le juge de paix (1)? Nous admettons que la demande reconventionnelle est incidente; est-ce à dire qu'elle puisse se faire par simple acte, d'après le droit commun (code de proc., art. 337)? Le véritable nœud de la difficulté est dans l'essai de conciliation qui doit précéder la demande en séparation. Est-il vrai qu'elle a le même caractère que le préliminaire de conciliation devant le juge de paix auquel sont soumises les actions ordinaires? On n'a qu'à lire l'article 48 du code de procédure pour se convaincre du contraire. Pour qu'il y ait lieu à ce préliminaire, il faut que les parties soient capables de transiger et que l'objet du litige puisse être la matière d'une transaction. Il s'agit donc, devant le juge de paix, de transiger sur des intérêts pécuniaires. Est-ce que tel est aussi le but de l'intervention du président, quand un époux demande la séparation de corps? Transige-t-on sur la séparation? Non, certes; on ne transige pas sur le mariage, qui est essentiellement d'ordre public. Ainsi, d'après le droit commun, la demande en séparation n'aurait pas même été soumise au préliminaire de conciliation. Si donc la loi veut que les époux se présentent devant le président, c'est pour d'autres raisons, des raisons bien plus graves, des raisons d'ordre public. Le législateur veut que la séparation de corps soit empêchée, parce qu'en fait elle

(1) Voyez, en ce sens, les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 116. Il faut y ajouter les arrêts de Nancy, du 16 décembre 1859 (Dalloz, 1860, 5, 351, n° 4); de Pau, du 19 avril 1864 (Dalloz, 1864, 2, 226); d'Orléans, du 29 juillet 1864 (Dalloz, 1864, 2, 228); de Paris, du 13 janvier 1865 (Dalloz, 1865, 1, 9); d'Agen, du 30 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 2, 12); de Bordeaux, du 23 août 1865 (Dalloz, 1866, 2, 90), et d'Aix, du 4 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 2, 91). Voyez, dans le même sens, Demolombe, t. IV, p. 553, n° 436.

a les effets désastreux du divorce. Il s'agit donc de maintenir le mariage, dans l'intérêt des enfants, dans l'intérêt de la famille, dans l'intérêt de la société tout entière. Dès lors il faut que toute demande en séparation soit assujettie à cette tentative de conciliation. Or, la demande reconventionnelle, quoique faite incidemment, est en réalité une demande principale, puisqu'elle a le même objet et qu'elle aura les mêmes effets. Cela décide la question.

On objecte que cette tentative de conciliation est inutile, puisque les deux époux ont déjà dû se présenter devant le président et que l'essai de réconciliation a échoué. On en conclut que l'article 875 ne reçoit son application qu'à la première demande. Non, on ne peut pas dire, *a priori*, qu'une nouvelle tentative de rapprochement sera inutile parce que la première n'a pas réussi. Dans l'instance en divorce, la loi multiplie les essais de conciliation; elle ne désespère pas, même après des échecs répétés, de réunir les époux. Il y a d'ailleurs un fait nouveau, la demande du défendeur, qui peut donner à réfléchir au demandeur, puisqu'il va se trouver exposé aux effets que la séparation produit contre l'époux coupable. Après tout, la considération de l'utilité ou de l'inutilité de la tentative de conciliation s'adresse au législateur et non à l'interprète. La loi a décidé, car l'article 875 ne distingue pas; il s'applique à tout époux qui veut se pourvoir en séparation de corps. Pour dispenser l'époux de cette tentative de réconciliation, il faudrait un texte qui fit exception à cet article.

On prétend trouver ce texte dans l'article 307 du code civil combiné avec l'article 337 du code de procédure. D'après l'article 307, la demande en séparation de corps est intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile; dès lors, dit-on, l'article 337 doit être appliqué. Le code de procédure lui-même nous fournit une réponse péremptoire à cette objection. En effet, il a dérogé au code civil pour ce qui concerne la manière d'intenter l'action; on ne peut donc plus invoquer l'article 307. Aussi l'article 879 dit-il que la cause sera *instruite* dans les formes prescrites pour les autres demandes; il ne dit

plus, comme le code civil, qu'elle sera *intentée* d'après les règles générales; et comment l'aurait-il dit, puisqu'il venait de déroger au droit commun dans les articles qui précèdent? Nous sommes donc dans une matière exceptionnelle et d'ordre public. Cela est décisif (1).

SECTION V. — Des effets de la séparation de corps.

§ 1^{er}. Quant aux époux.

344. Marcadé dit que le code ne fait pas connaître *un seul* des effets directs de la séparation de corps; on trouve seulement dans l'article 311 une disposition portant que la séparation de corps entraîne toujours la séparation de biens; mais, chose étrange, cette disposition n'est qu'une conséquence de l'effet premier, resté sous-entendu. Comment Marcadé explique-t-il ce silence? L'explication est plus étrange que la prétendue lacune de la loi; à l'entendre, la *séparation de corps* n'est, dans la pensée du législateur, que le divorce lui-même ramené à ce que permet le catholicisme; il suffisait donc d'avoir fait connaître les effets du divorce proprement dit; ils s'appliquent de plein droit à la séparation de corps, en retranchant ce que défendent les idées catholiques. Or, qu'est-ce que la religion catholique prohibe? La dissolution du mariage; c'est donc cette dissolution avec tous les effets qui en sont la conséquence qu'il faut rejeter; toutes les autres dispositions nous donneront les effets *légaux* de la séparation de corps (2).

Des effets légaux sans loi! Voilà certes une chose étrange

(1) Voyez, en ce sens, un réquisitoire remarquable de M. Genreau, avocat général à la cour de Paris (Dalloz, 1865, 2, 10 : la cour a jugé en sens contraire), et arrêts de la cour de cassation du 4 mai 1859 (Dalloz, 1859, 1, 228), deux arrêts de Paris du 10 mars 1864 (Dalloz, 1864, 2, 60, 61). Comparez Massol, *De la séparation de corps*, p. 96. Debelleye, *des Ordonnances sur requête*, t. 1^{er}, p. 319. Chauveau sur Carré, question 2972. Dalloz, au mot *Séparation de corps* (n° 119), cite les arrêts et les auteurs favorables à cette opinion.

(2) Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1^{er}, p. 608, art. 311, n° 1.