la cour ne lui avait pas encore donné acte de son désistement, pour que la poursuite ne doive plus continuer contre le complice. Il faut remarquer, en effet, qu'en pareil cas, si la femme n'a pas appelé ou si elle s'est désistée de son appel, elle ne l'a fait peut-être qu'en considération du pardon du mari et non pas parce qu'elle a reconnu le bien jugé de la sentence; son acquiescement exprès ou tacite a pu n'avoir lieu qu'à raison de ce qu'elle se savait à l'abri des conséquences de la condamnation; il est donc plus conforme aux principes du droit pénal de ne pas tenir cette condamnation pour définitive à l'égard du complice (Grenoble, 17 janv. 1850, aff. L..., D. P. 51. 5. 15; Metz, 18 mars 1858, aff. Maillard, D. P. 59. 5. 19; Toulouse, 11 avr. 1861, aff. Scribe, D. P. 61. 2. 94; Crim. cass. 8 août 1867, aff. Jarlier, D. P. 67. 1. 464; Paris, 13 juin 1873, aff. Chevallier, D. P. 74. 5. 17; Dijon, 15 sept. 1873, aff. L..., D. P. 75. 5. 12; Douai, 31 août 1874, aff. Berring, D. P. 75. 5. 12).

Il va de soi, d'ailleurs, que, si la femme et le complice ont tous deux appelé du jugement qui les a condamnés en première instance, le désistement du mari ou la réconciliation des époux, intervenant avant la décision de la cour, a pour effet d'éteindre l'action à l'égard des deux prévenus (Angers, 9 déc. 1867, aff. Léliard, D. P. 68. 2. 21; Dijon, 30 mai 1877, aff. Drouillette, D. P. 72. 2. 216).

30. Mais ne doit-on pas aller jusqu'à dire que, tant que l'instance est encore pendante à l'égard du complice, qui a seul interjeté appel, et alors même que la femme se trouve irrévocablement condamnée, faute d'avoir appelé dans le délai légal, le mari conserve encore le droit d'arrêter l'action publique à l'égard du complice, en se désistant de sa plainte et en pardonnant à sa femme? Cette opinion qui avait été soutenue, ainsi qu'on l'a dit au *Rép.* n° 47, a encore eu, depuis, des partisans (V. en ce sens: Sieye, p. 386 et suiv.; Angers, 26 mai 1851, aff. Guillemet, D. P. 51. 2. 155). Mais la cour de cassation l'a condamnée par son arrêt du 29 avr. 1854 (*suprà*, n° 28).

31. Comme on l'a dit au *Rép.* n° 49, le mari qui se désiste de sa plainte avant toute condamnation n'est pas obligé de reprendre sa femme; un désistement pur et simple suffit pour arrêter la poursuite, et c'est seulement lorsqu'il veut faire cesser l'effet de la condamnation prononcée que le mari est soumis par l'art. 337 c. pén. à la condition de laisser rentrer sa femme au domicile conjugal. Le contraire a cependant été jugé récemment par la cour de Nancy, dans une espèce, il est vrai, où le mari, non seulement n'avait pas repris sa femme, mais avait même rétracté son désistement (Nancy, 7 mai 1885) (1). Il semblait aussi résulter des motifs d'un arrêt de la cour de cassation (Crim. rej. 31 août 1853, aff. B..., D. P. 55. 1. 377) que « le seul moyen pour le mari d'arrêter les poursuites, était son consentement à reprendre sa femme ». Mais cette jurisprudence aurait eu pour effet de placer le mari dans l'alternative ou de laisser l'action publique suivre son cours, dans le cas même où il en aurait reconnu les inconvénients, ou de se résigner à subir à son domicile la présence de sa femme adultère. C'est donc avec raison que la cour suprême, en cassant l'arrêt précité de la cour de Nancy, a décidé qu'il n'est nullement nécessaire, tant qu'une condamnation n'a pas été rendue contre la femme, que le mari consente à la reprendre pour pouvoir arrêter les poursuites par son désistement (Crim. cass. 30 juill. 1885, aff. Steinmetz, D. P. 86. 1. 428).

32. Le mari, après s'être désisté, ne pourrait-il pas rétracter son désistement et requérir du ministère public la reprise des poursuites? « Cette question, dit M. Blanche, t. 5, n° 180, doit se résoudre par les principes énoncés dans les art. 272 et 273 c. civ., c'est-à-dire que l'action, éteinte par le pardon du mari, ne pourra revivre que si des faits nouveaux d'adultère viennent raviver les faits anciens. Dans ce cas, la poursuite pourra les comprendre les uns et les autres. » On a soutenu, au contraire, que le jugement de condamnation ne pourrait valablement se fonder que sur les faits nouveaux, sauf à faire état des faits anciens considérés comme des circonstances propres à justifier une application plus sévère de la loi, en sorte que si les faits nouveaux ne paraissaient pas suffisamment constituer le délit d'adultère, aucune condamnation ne pourrait atteindre les faits anciens (Morin, *Journal du droit criminel*, art. 6682). Mais ce serait, à notre avis, exagérer la portée du désistement du mari, qui peut ne retirer sa plainte qu'à la condition que sa femme reviendra à une meilleure conduite, et se réserver de renouveler cette plainte si, avant la prescription de l'action née des premiers faits, la femme retombe dans de nouvelles fautes (V. Crim. rej. 19 juill. 1850, aff. P..., D. P. 50. 1. 301; Trib. corr. Seine, 14 juill. 1858, aff. G..., D. P. 58. 3. 60).

33. Le mari qui s'est porté partie civile doit, s'il se désiste de sa plainte, être condamné aux dépens (c. instr. crim. art. 194) (Paris, 11 avr. 1850, aff. Hell, D. P. 50. 5. 17; Metz, 18 mars 1858, aff. Maillard, D. P. 59. 5. 19). Mais s'il s'est borné au rôle de plaignant, comme il n'est pas en cause, les dépens ne semblent pas pouvoir être mis à sa charge; ils ne doivent pas non plus être imposés à la femme ni au complice, puisque, par l'effet du désistement, la poursuite cesse et, par conséquent, l'innocence des prévenus, qui ne sont pas condamnés, doit être présumée. Nous ne pouvons donc approuver la décision de quelques arrêts qui, en cas de désistement du mari ou de réconciliation des époux, ont néanmoins condamné aux dépens, soit la femme et le complice, soit ce dernier seulement, sous le prétexte que les dépens avaient été occasionnés par la faute des prévenus (V. Dijon, 15 sept. 1873, aff. L..., D. P. 75. 5. 12; Nimes, 13 oct. 1877, aff. Andrieu, *infrà*, n° 53; Alger, 31 mai 1879, aff. Ortéga, *infrà*, n° 55). Le mari ne s'étant pas porté partie civile, si l'action publique tombe par suite de son désistement ou d'une réconciliation, aucune condamnation n'est encourue par les prévenus, et par conséquent les dépens faits par le ministère public doivent rester nécessairement à la charge de l'État (Angers, 9 déc. 1867, aff. Léliard, D. P. 68. 2. 21).

34. On a établi au *Rép.* n° 51, que la poursuite correctionnelle fondée sur l'adultère de la femme ne saurait être entravée par l'action du mari, en désaveu de l'enfant qu'il estimerait être le fruit du commerce adultérin. La cour de cassation a admis la même solution en ce qui concerne la demande en séparation de corps intentée par le mari avant, ou pendant la poursuite (Crim. cass. 22 août 1816, *Rép.* n° 29; Crim. cass. 22 juin 1850, aff. Sallé, D. P. 50. 1. 208; *Adde:* Rennes, 20 janv. 1851, aff. Boisny, D. P. 51. 2. 186; Blanche, t. 5, n° 178). Le système contraire se présentait cependant avec quelque apparence de raison sous l'empire de l'art. 308 c. civ., alors que l'action en séparation de corps pour cause d'adultère pouvait aboutir à une condamnation pénale contre la femme; mais, même sous l'empire de cet article, la poursuite correctionnelle avait sa raison d'être à côté de la demande en séparation de corps, car elle était indispensable pour atteindre le complice de la femme. Aujourd'hui que cet article est abrogé, il est évident que l'action en séparation de corps formée par le mari ne saurait arrêter ni suspendre l'action publique tendant à la répression du délit d'adultère.

La cour de cassation a jugé également que, lorsque la femme poursuivie pour adultère conteste sa maternité relativement à un enfant dont la naissance lui est attribuée et est invoquée comme preuve du délit, le juge d'instruction n'est pas tenu de surseoir jusqu'à ce que la question de l'état de l'enfant ait été tranchée par les tribunaux civils (Crim. rej. 3 juill. 1862, aff. Siry, D. P. 68. 5. 14). La question de paternité ou de maternité de l'enfant dont la femme est accouchée n'est pas, en effet, nécessairement liée à la question de savoir si la femme est coupable d'adultère; il n'y a donc pas lieu de considérer cette première question comme *préjudicielle* dans la poursuite du délit d'adultère, comme elle le serait, aux termes de l'art. 327 c. civ., en cas de poursuite pour suppression d'état.

Au surplus, si le juge correctionnel n'est pas tenu de s'arrêter devant l'action en séparation de corps ou en désaveu formée par le mari, la juridiction civile, au contraire, doit surseoir à la décision de l'action dont elle est saisie jusqu'à ce que le tribunal de répression ait statué sur la plainte en adultère. La décision qui sera rendue par ce tribunal devant avoir au civil l'autorité de la chose jugée, la nécessité d'attendre cette décision s'impose au juge civil (c. instr. crim. art. 3).

35. On a examiné au *Rép.* n° 53, la question de savoir si le décès du mari survenant pendant la poursuite doit, comme son désistement, arrêter l'action publique. Cette question reste très controversée. La cour de cassation, qui avait d'abord admis l'affirmative, s'est prononcée, depuis, en sens contraire (Crim. rej. 25 août 1848, aff. D..., D. P. 48. 1. 161; Crim. rej. 6 juin 1863, aff. Malvergne, D. P. 63. 1. 257; Bruxelles, 18 mars 1868, *Belgique judiciaire*, 1868, p. 479. V. dans le même sens: Morin, *Journal de droit criminel*, 1863, art. 7588; Blanche, t. 5, n° 182; Haus, *Principes de droit pénal belge*, n°s 1098 et 1100. — *Contrà:* Bruxelles, 1er août 1868; C. cass. Belgique, 15 févr. 1869, *Pasicrisie belge*, 1868. 2. 314; 1869. 1. 374). A l'appui de ce dernier système, on peut dire que si la dénonciation du mari peut seule autoriser le ministère public à poursuivre l'adultère de la femme, de même le désistement seul du mari doit pouvoir faire cesser la poursuite lorsqu'elle est commencée. Cette poursuite n'a pas besoin du concours du mari pour continuer; le décès de celui-ci ne saurait donc l'anéantir. Il est vrai que, le mari étant décédé, on ignore s'il aurait persisté dans sa plainte; mais il n'y a pas lieu de présumer qu'il s'en serait plutôt désisté. Jusqu'à son dernier moment, il a voulu que justice se fît; la société, elle aussi, a intérêt à ce que le délit soit réprimé; on doit donc laisser s'accomplir l'œuvre de la justice.

Il est à remarquer que l'arrêt de la cour de cassation du 6 juin 1863 a décidé que l'action publique devait suivre son cours alors même que le décès du mari était survenu durant l'instruction et avant le renvoi de la femme et du complice devant le tribunal correctionnel. D'après les motifs de cet arrêt, il suffit que le mari ait déposé sa plainte avant son décès pour que l'adultère puisse être poursuivi par le ministère public.

36. On a soutenu aussi que l'interdiction judiciaire ou légale du mari, si elle était prononcée depuis la dénonciation de l'adultère de la femme, devait faire tomber la poursuite. Mais nous avons admis (*suprà*, n° 19) que le tuteur du mari interdit avait qualité pour faire, au nom de celui-ci, la dénonciation de l'adultère, et pour mettre ainsi en mouvement l'action publique. Le tuteur, qui pourrait représenter l'interdit dans la plainte, le représentera aussi dans la poursuite, et pourra, dès lors, exercer tous les droits réservés au mari relativement à cette poursuite. On conçoit, d'ailleurs, que l'interdiction du mari, qui serait survenue depuis la dénonciation, ne saurait avoir plus d'influence que son décès et ne formerait, par conséquent, pas obstacle à la continuation de l'action publique. Il en serait de même de l'absence du mari. — Décidé, à cet égard, que la femme poursuivie sur une plainte en adultère, déposée par son mari, ne peut se prévaloir, pour écarter l'action du ministère public, de ce que son mari a disparu, sans que l'on sache ce qu'il est devenu, ni même s'il est encore en vie (Bruxelles, 7 mai 1877, *Pasicrisie belge*, 1877, 3. 231).

37. Une autre question controversée est celle de savoir si le décès de la femme pendant la poursuite éteindrait l'action à l'égard du complice. En général, le décès de l'auteur principal d'un délit n'arrête pas l'action du ministère public contre les complices, et aucun texte n'ayant formellement dérogé à ce principe dans la matière qui nous occupe, on en a conclu que la poursuite pouvait continuer contre le complice, même après le décès de la femme (V. Blanche, t. 5, n° 183). Cependant la cour de cassation s'est constamment prononcée en sens contraire, et avec raison, selon nous. Si, en matière ordinaire, la poursuite contre les complices n'est pas arrêtée par le décès de l'auteur principal, il faut remarquer qu'elle peut aussi être intentée contre les complices alors même qu'elle n'est plus possible contre l'auteur principal. Or il n'en est pas de même en matière d'adultère; le décès de la femme, survenu antérieurement à la plainte, ne permettrait plus de la dénoncer et de la poursuivre, et rendrait ainsi non recevables toutes poursuites contre le complice; il doit nécessairement avoir le même effet, lorsqu'il se produit pendant l'instance. Par suite de ce décès, comme le déclare la cour de cassation, la présomption légale d'innocence reste acquise à la femme; sans aller jusqu'à dire, avec la cour suprême, qu'il importe *à l'intérêt des mœurs* que cette présomption ne soit pas contredite par le résultat d'une poursuite ultérieure, on doit reconnaître cependant qu'il convient, alors que la femme n'est plus là pour se défendre, de ne pas donner suite à une action qui, si elle aboutissait à la condamnation du complice, aurait infailliblement pour effet de déshonorer la mémoire de cette femme décédée et juridiquement présumée innocente (V. en ce sens: Paris, 3 janv. 1849, aff. Dutertre, D. P. 50. 2. 80; Crim. rej. 8 mars 1850, aff. Dutertre D. P. 50. 1. 95; Crim. cass. 8 juin 1872, aff. Seignac, D. P. 72. 1. 207; Orléans, 30 juill. 1872, aff. Seignac, D. P. 72. 2. 136).

Il est évident, toutefois, que, si le décès de la femme

---

(1) (Min. publ. *C.* S...) — La cour; — Attendu que, le 26 août 1884, S... a adressé au procureur de la République, à Nancy, une plainte en adultère contre la dame S..., avec laquelle il a contracté mariage le 29 nov. 1877; que, dans cette plainte, S... visait en même temps C..., qui aurait été le complice de sa femme; que, sur les réquisitions du ministère public, une instruction avait été commencée par le juge d'instruction, lorsque, le 30 août, S... a adressé à ce magistrat une lettre ainsi conçue: « J'ai l'honneur de vous prier de vouloir bien considérer comme nulle et non avenue la plainte en adultère, portée contre ma femme, par lettre de moi, du 26 août courant, déclarant ne pas vouloir donner suite à l'instance »; que cette lettre a été suivie, le 31 août, d'une ordonnance du juge d'instruction, motivée sur le désistement du mari, et déclarant n'y avoir lieu à suivre, quant à présent, contre les inculpés; — Attendu que, le 20 sept. 1884, S... adressait au parquet de Nancy une seconde lettre, par laquelle il déclarait reprendre sa plainte du 26 août, par le motif que, le 30 du même mois, jour où il s'était désisté de cette plainte, « il ignorait les faits révoltants relatés depuis par l'enquête faite par M. le juge d'instruction, et la continuation des relations de sa femme avec le sieur C... »; que, le 27 sept. 1884, le procureur de la République, à Nancy, saisissait de nouveau le juge d'instruction, et motivait son réquisitoire sur cette circonstance que, depuis le retrait de la plainte, il s'était produit des faits nouveaux, portés à la connaissance de S..., qui s'était constitué partie civile, et avait formé une plainte nouvelle; qu'enfin, le 31 janv. 1885, une ordonnance du juge d'instruction a renvoyé en police correctionnelle la femme S..., sous la prévention d'avoir, depuis moins de trois ans, entretenu des relations adultères avec C..., et ce dernier de s'être rendu complice de ce délit; — Attendu que, devant le tribunal, à son audience du 12 févr. 1885, les avocats des prévenus ont pris et développé, avant toute défense au fond, des conclusions tendant à faire déclarer qu'il n'y avait lieu d'ouvrir les débats sur les faits d'adultère imputés aux deux prévenus, aucun fait nouveau n'étant à leur charge depuis le désistement donné par S..., le 30 août 1884, désistement qui a servi de base à l'ordonnance de non-lieu du 31 du même mois; qu'en réponse à cette demande, l'avocat de S... a déclaré que son client offrait de prouver que les faits ayant motivé le renvoi en police correctionnelle des prévenus sont postérieurs au désistement du 30 août, ou lui ont été postérieurement révélés; que, par jugement du 19 févr. 1885, le tribunal a déclaré valable le désistement formé par S..., et décidé que son articulation étant trop vague pour être admise relativement aux faits nouveaux, et n'étant point pertinente quant aux faits anciens, il y avait lieu d'accueillir la fin de non-recevoir proposée par les prévenus; qu'enfin, les appels interjetés par le procureur général et par la partie civile et les conclusions des parties font revivre devant la cour la question débattue devant les premiers juges; — Attendu, en droit, qu'aux termes de l'art. 336 c. pén., l'adultère de la femme ne peut être dénoncé que par le mari, lequel, d'après la disposition écrite dans le paragraphe 2 de l'art. 337 du même code, est le maître de faire cesser les effets de la condamnation prononcée contre sa femme, en consentant à la reprendre; que, par une conséquence nécessaire de ces principes, le mari peut, au cours de l'instruction dirigée contre sa femme, se désister de la plainte portée contre elle et arrêter l'action du ministère public, mais à la condition exigée par l'art. 337, c'est-à-dire en consentant à reprendre sa femme, condition sans laquelle le désistement ne saurait produire d'effet; — Attendu, en fait, qu'il ressort de la procédure que S..., en retirant sa plainte, n'a fait que céder aux instances de sa famille, qui voulait éviter des débats scandaleux, et n'a jamais eu l'intention de reprendre sa femme, qui, depuis le 25 août, avait quitté le domicile conjugal; que, loin de se rapprocher de la dame S..., le mari a constamment agi comme si une réconciliation entre les époux était impossible; qu'on ne saurait, dès lors, attribuer à la lettre du 30 août, écrite par S... au juge d'instruction, l'effet d'un désistement régulier, faisant obstacle aux poursuites reprises sur charges nouvelles, ce qui dispense la cour de rechercher si l'articulation faite par S... est pertinente et admissible; — Et attendu que le jugement étant infirmé, il y a lieu d'évoquer l'affaire, conformément à l'art. 215 c. instr. crim.; — Par ces motifs, rejette la fin de non-recevoir opposée à l'action du ministère public, etc.

Du 7 mai 1885.-C. de Nancy, ch. civ.-MM. d'Hannoncelles, pr.-Villard, av. gén.-Lallement, Courtois et Larcher, av.

survenait seulement après qu'elle aurait été condamnée par un jugement passé en force de chose jugée, ce décès n'aurait plus aucune influence à l'égard du complice qui, par suite d'un appel ou d'un pourvoi en cassation, ne serait pas encore définitivement condamné (V. *suprà*, n° 28).

38. On a soutenu, en se fondant sur l'indivisibilité des poursuites contre la femme et le complice, qu'une nullité de procédure spéciale à l'un d'eux pouvait toujours être invoquée par l'autre ; que le complice, par exemple, pouvait se prévaloir de la nullité de l'assignation signifiée à la femme dans un autre lieu que son domicile. La cour de cassation a repoussé ce système, en constatant tout d'abord que la nullité dont il s'agit n'avait pas été opposée devant la cour d'appel, et en ajoutant que « si le complice de l'adultère peut se prévaloir des exceptions personnelles à la femme qui sont de nature à arrêter les poursuites et à éteindre l'action, il ne saurait en être de même de la nullité d'un acte de procédure ; qu'il n'appartient qu'à celui que cet acte concerne d'exciper de son irrégularité » (Crim. rej. 24 mai 1851, aff. Poumier, D. P. 52. 5. 13).

39. Sous l'empire de l'ancien art. 7 c. instr. crim., qui ne permettait de poursuivre en France que les *crimes* commis en pays étranger par un Français, la cour de cassation avait décidé, comme on l'a vu au *Rép.* n° 61, que l'adultère commis à l'étranger, n'étant pas considéré comme crime par la loi française, ne pouvait pas être poursuivi en France (*Adde*, dans le même sens : Paris, 23 juin 1855, aff. B..., D. P. 55. 2. 217 ; Crim. rej. 31 août 1855, aff. B..., D. P. 55. 1. 377). Mais depuis la loi du 27 juin 1866 (D. P. 66. 4. 75), qui a modifié les premiers articles du code d'instruction criminelle, l'adultère commis à l'étranger tombe sous l'application des deuxième et troisième paragraphes de l'art. 5, ainsi conçus : « Tout Français qui, hors du territoire de France, s'est rendu coupable d'un fait qualifié délit par la loi française, peut être poursuivi et jugé en France, si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis. — Toutefois... aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé prouve qu'il a été jugé définitivement à l'étranger ». Aux termes du paragraphe suivant du même article, la poursuite ne peut être intentée qu'à la requête du ministère public, et elle doit être précédée d'une plainte de la partie offensée ou d'une dénonciation officielle à l'autorité française par l'autorité du pays où le délit a été commis. La condition mise par ce texte à l'exercice de l'action publique pour les délits commis à l'étranger vient s'ajouter, en matière d'adultère, à la nécessité de la plainte préalable du mari ; il est évident, d'ailleurs, qu'une seule dénonciation du mari suffira pour satisfaire à la fois aux deux conditions. D'autre part, la dénonciation d'un délit d'adultère qui serait faite par une autorité étrangère ne suffirait pas, à défaut de plainte du mari, pour autoriser le ministère public à poursuivre, encore bien que la dénonciation du mari ne serait pas exigée par la législation du pays où l'adultère aurait été commis.

« Aucune poursuite n'a lieu, d'après le cinquième paragraphe du même art. 5, avant le retour de l'inculpé en France. » On peut se demander si, en cas d'adultère, il est nécessaire, pour que la poursuite soit possible, que la femme et le complice soient tous les deux revenus en France, ou s'il suffit que l'un d'eux y soit rentré. A notre avis, il suffirait, mais il serait nécessaire, que la femme fût de retour en France, car la poursuite contre la femme peut avoir lieu même en l'absence et après la mort du complice, tandis que le décès de la femme, comme nous l'avons vu (*suprà*, n° 37), rend non recevable la poursuite contre le complice.

40. Nous avons eu déjà occasion de rappeler l'art. 308 c. civ., aux termes duquel la femme adultère devait être condamnée, par le jugement qui prononçait contre elle la séparation de corps, à la réclusion dans une maison de correction pour un temps qui ne pouvait être moindre de trois mois, ni excéder deux années. L'art. 309 autorisait le mari à faire cesser l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme. Ces deux articles ont été abrogés par la loi du 27 juill. 1884 sur le divorce (D. P. 84. 4. 97). Et, conformément au principe que les lois pénales, lorsqu'elles sont plus douces que les anciennes, ont un effet rétroactif, il a été jugé que la femme contre laquelle la peine édictée par l'art. 308 avait été prononcée avant la promulgation de la loi de 1884 devait être déchargée de cette condamnation sur l'appel qu'elle avait formé contre le jugement, si la décision de la cour d'appel était rendue postérieurement à ladite loi (Bourges, 17 nov. 1884, aff. Petissy, D. P. 85. 2. 195).

41. — II. ADULTÈRE DU MARI (*Rép.* n°s 62 à 71). — De même que l'adultère de la femme ne peut être dénoncé que par le mari, de même, aux termes de l'art. 339 c. pén., l'adultère du mari, lorsqu'il a été commis avec les circonstances qui lui impriment le caractère d'un délit (V. *suprà*, n°s 7 et suiv.), ne peut être poursuivi que sur la plainte de la femme. Les mêmes motifs, tirés de l'intérêt et de l'honneur des familles, devaient déterminer le législateur à subordonner à la plainte, soit du mari, soit de la femme, la répression de l'adultère de l'un ou de l'autre. On a fait remarquer cependant que la femme pourra fréquemment être empêchée de dénoncer son mari par la crainte, les menaces et même les violences de celui-ci, et que pour ce motif il aurait été peut-être préférable d'autoriser le ministère public à agir d'office contre le mari (Sieye, p. 372). A notre avis, cette raison serait loin d'être suffisante pour permettre au ministère public de porter ses investigations dans la vie privée des citoyens et de dévoiler arbitrairement les misères et les hontes d'une famille, qui presque toujours aurait intérêt à les cacher.

42. Il n'est pas douteux, toutefois, que, si l'adultère du mari, comme celui de la femme, se confondait avec d'autres attentats aux mœurs, la poursuite pourrait avoir lieu d'office en ce qui concerne ces attentats (V. *suprà*, n° 22).

43. Quant aux formes suivant lesquelles la plainte de la femme doit être faite et aux personnes qui auraient qualité pour la faire en son nom, il n'y a aucune différence entre cette plainte et celle du mari, et l'on n'a qu'à se reporter à ce qui a été dit au sujet de celle-ci, soit au *Rép.* n°s 29 et suiv., 56 et suiv., soit *suprà*, n°s 17 et suiv.

44. En ce qui touche les conditions nécessaires pour que la plainte de la femme soit accueillie, V. *Rép.* n°s 63 et suiv., et *suprà*, n°s 7 et suiv.

45. Sur ce qu'on doit entendre par la *maison conjugale*, V. *suprà*, n°s 9 et suiv.

46. On a vu *suprà*, n° 15, que la concubine du mari peut, d'après une jurisprudence constante, être condamnée comme complice. La femme a donc le droit de la dénoncer, de même que le mari peut dénoncer le complice de sa femme. Et, par le fait seul que la femme a dénoncé l'adultère de son mari, le ministère public est autorisé à poursuivre tout à la fois le mari et sa concubine.

47. Mais si la concubine du mari est elle-même mariée, peut-elle être poursuivie et condamnée sur la seule plainte de la femme, et sans que son mari, à elle, ait porté plainte? On s'est appuyé, pour soutenir la négative, sur l'art. 336 c. pén., aux termes duquel « l'adultère de la femme mariée ne peut être dénoncé que par le mari ». On a fait remarquer que la condamnation pour adultère prononcée contre une femme mariée n'atteint pas seulement la coupable; que la honte en rejaillit nécessairement sur le mari et sur les enfants, et que c'est pourquoi le mari seul est juge du point de savoir s'il convient de faire condamner sa femme adultère; que le droit du mari doit nécessairement l'emporter sur le faible intérêt que peut avoir une femme outragée à faire infliger à la complice de son mari infidèle une peine, qui ne peut être d'ailleurs qu'une amende. On a ajouté que la condamnation à l'amende qui serait prononcée contre la concubine mariée sur la plainte de la femme du mari permettrait à cette concubine, doublement coupable, de se retrancher derrière l'exception de chose jugée, si son mari se décidait plus tard à la dénoncer et à requérir contre elle une peine plus sévère.

Ces raisons, toutefois, n'ont pas prévalu, et c'est la doctrine contraire, admise au *Rép.* n° 69, qui a été consacrée par la jurisprudence. Si, en effet, l'art. 336 reconnaît au mari seul le droit de dénoncer l'adultère de sa femme, l'art. 339 accorde à la femme dont le mari a entretenu une concubine dans la maison conjugale un droit non moins explicite et non moins absolu ; ces droits, corrélatifs et de même nature, comme le dit la cour de cassation, sont indépendants l'un de l'autre et doivent s'exercer avec une égale liberté, sous les seules conditions prescrites par le législateur; or aucune disposition ne fait dépendre l'exercice du droit accordé à la femme par l'art. 339 de la condition que le mari de la concubine autorisera la poursuite de celle-ci. En cas d'adultère du mari, comme en cas d'adultère de la femme, dès que l'action publique a été mise en mouvement par la plainte de l'époux outragé, le ministère public doit, conformément au droit commun, requérir l'application des peines portées par la loi contre tous auteurs, coauteurs ou complices. De même que le complice de la femme adultère doit être frappé des peines édictées par l'art. 338, sans qu'il y ait à distinguer s'il est ou non lui-même marié, et si, étant marié, il a été ou non dénoncé par sa femme, de même la complice du mari ne peut échapper à la poursuite et à la condamnation motivées par le délit auquel elle a participé, sous prétexte qu'elle est également mariée. Il serait étrange que cette circonstance, qui rend sa faute plus scandaleuse, eût pour effet de lui assurer l'impunité. Si, d'ailleurs, l'adultère qu'elle a commis se trouve judiciairement établi contre le gré de son conjoint, ce résultat n'est que la conséquence légale et nécessaire de la nature même du délit et de l'indivisibilité de ses éléments, qui ne permettent pas de constater l'adultère de l'auteur principal sans dévoiler en même temps celui de la concubine. Au surplus la condamnation que la concubine encourra n'aura pas pour effet de paralyser dans les mains de son mari le droit personnel de poursuite qu'il tient de l'art. 336; cette condamnation, au cas où il se déterminerait à porter plainte à son tour, ne donnerait pas naissance à l'exception tirée de la maxime *non bis in idem;* sur la plainte du mari, la concubine devrait seulement être condamnée à une peine d'une autre nature et plus grave que celle qui lui aurait été déjà appliquée (Limoges, 1er déc. 1859, aff. X..., D. P. 60. 2. 5 ; Amiens, 26 mars 1863, aff. Bruniski, D. P. 63. 5. 16 ; Crim. rej. 28 févr. 1868, aff. Wiest, D. P. 68. 1. 233 ; Paris, 20 déc. 1873, aff. Lebrun, D. P. 75. 2. 72 ; Dijon, 30 mai 1877, aff. Drouillette, D. P. 79. 2. 216. V. aussi Blanche, t. 5, n° 214).

48. Quand le mari a dénoncé l'adultère de sa femme et a mis ainsi en mouvement l'action publique, il peut, d'après la jurisprudence et la plupart des auteurs, en se désistant de sa dénonciation, arrêter le cours de la poursuite tant contre la femme que contre le complice (V. *suprà*, n°s 26 et suiv.). Le désistement de la femme aurait-il le même effet en ce qui concerne le mari et sa concubine? Deux auteurs éminents, MM. Chauveau et Faustin Hélie, ainsi qu'on l'a dit au *Rép.* n° 71, ont soutenu la négative ; elle résulterait, suivant eux, du texte même de la loi. « Le droit reconnu au mari de se désister, disent-ils, n'est que la conséquence du droit que lui confère la loi de faire cesser les effets de la condamnation en consentant à reprendre sa femme. Or celle-ci n'a point été investie de ce dernier droit, exclusivement personnel au mari ; elle ne peut donc se désister, et ce droit, étant une attribution extraordinaire, ne peut être étendu au delà des termes de la loi » (V. dans le même sens : Blanche, t. 5, n° 206). A notre avis, le droit pour le mari d'arrêter la poursuite par son désistement résulte de la faculté qu'il a de l'empêcher de naître, bien plutôt que du privilège qui lui est, en outre, accordé de faire cesser l'effet de la condamnation en faveur de sa femme ; or si ce dernier privilège n'appartient pas à la femme, elle a du moins, comme le mari, le pouvoir d'autoriser ou non l'action publique, et ce pouvoir emporte, par conséquent, pour elle, comme pour le mari, le droit d'arrêter le cours de cette action. Elle pourra donc user de ce droit tant que l'instance n'aura pas été terminée par une décision passée en force de chose jugée (Paris, 11 avr. 1850, aff. Hell, D. P. 50. 5. 17).

49. Ce que nous avons dit *suprà*, quant à l'effet du désistement du mari à l'égard du complice (n°s 27 et suiv.), quant à la possibilité de rétracter le désistement (n° 32) et quant aux dépens (n° 33), est également applicable au désistement de la femme. Au cas où elle s'était portée partie civile, elle doit notamment, si elle se désiste, être condamnée aux dépens, et c'est à tort que l'arrêt précité du 11 avr. 1850 a mis les dépens faits à la requête du ministère public à la charge du mari.

50. Le décès de la femme, s'il survient après le dépôt de la plainte formée par elle contre son mari, aura-t-il pour effet d'arrêter l'action du ministère public? La question est la même que pour le décès du mari qui a porté plainte contre sa femme. Conformément à l'opinion que nous avons adoptée (*suprà*, n° 35), la cour d'Aix a décidé que les poursuites contre le mari devaient continuer nonobstant le décès de la plaignante (Aix, 14 juill. 1876 (1). V. dans le même sens : Blanche, t. 5, n° 207).

51. L'interdiction ou l'absence de la femme plaignante ne serait pas non plus une cause de suspension des poursuites (V. *suprà*, n° 36).

§ 4. — Fins de non-recevoir, excuses ou faits justificatifs (*Rép.* n°s 72 à 95).

52. Pour plus de clarté nous traiterons d'abord des fins de non-recevoir qui peuvent être opposées par l'un ou l'autre époux, soit que la poursuite ait lieu contre la femme sur la dénonciation du mari, soit qu'elle ait lieu contre le mari sur la plainte de la femme. Nous traiterons ensuite des fins de non-recevoir qui ne peuvent être invoquées que par la femme, ou par le mari. Enfin nous examinerons, sous le titre d'*excuses et faits justificatifs*, certains moyens de défense par lesquels la femme ou le mari inculpé et le complice peuvent chercher à se justifier sur le fond.

53. — I. FINS DE NON-RECEVOIR COMMUNES AUX DEUX ÉPOUX. — 1° *Nullité du mariage* (*Rép.* n° 92). — Comme on l'a dit au *Rép.* n° 92, la fin de non-recevoir tirée de la nullité du mariage constitue une question préjudicielle, dont la décision est réservée à la juridiction civile, et devant laquelle le tribunal de répression doit s'arrêter. Il s'agit, en effet, d'une question dévolue par le code civil, aux tribunaux civils, l'art. 326 de ce code déclarant que ces tribunaux sont seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état. De ce que cette disposition se trouve au chapitre des preuves de la filiation des enfants légitimes, on avait conclu que son application devait être restreinte aux réclamations d'état concernant spécialement la filiation légitime. Quelques auteurs soutenaient, en conséquence, que le tribunal de répression pouvait trancher lui-même la question de validité ou de nullité du mariage, en vertu du principe que le juge de l'action est juge de l'exception (Legraverend, *Législation criminelle*, t. 1, 2e éd., p. 42; Merlin, *Rép.* v° *Bigamie*, n° 2; Haus, *Droit criminel*, n° 511). Mais cette doctrine a été repoussée par un arrêt de la cour de cassation, dans lequel on lit « que, si la disposition exceptionnelle de l'art. 326 c. civ. ne peut être étendue au delà de ses limites, elle doit du moins être appliquée à tous les cas qu'elle a prévus; que la généralité de ses termes ne permet pas de l'appliquer exclusivement aux réclamations d'état qui ont pour objet la filiation des enfants légitimes, comme semblerait l'indiquer la rubrique du chapitre qui comprend l'art. 326 susénoncé; mais qu'elle embrasse toutes les questions d'état procédant *de la paternité et de la filiation*, ainsi qu'il résulte de ces expressions, plus générales, qui forment la rubrique du titre 7 du livre des personnes; qu'ainsi les demandes en nullité de mariage, auxquelles se rattache, par un lien nécessaire, la filiation des enfants, sont régies par ledit article » (Crim. cass. 13 avr. 1867, aff. Simon, D. P. 67. 1. 353).

54. On a soutenu également qu'il fallait distinguer entre le cas où la nullité proposée contre le mariage par l'époux inculpé d'adultère serait une *nullité absolue*, non susceptible d'être couverte et opposable par tous ceux qui y ont intérêt, et le cas où il s'agirait seulement d'une *nullité relative*, susceptible d'être couverte, mais que l'époux inculpé aurait

(1) (Min. publ. *C.* C...) — LA COUR ; — Attendu que la femme C... a, de son vivant, porté plainte contre son mari, comme entretenant une concubine au domicile conjugal ; qu'une instruction judiciaire ayant été commencée à la suite de cette plainte, la dame C..., peu avant son décès, a déclaré y persister ; que, dès lors, aucune rétractation ou désistement ne s'étant produit, il n'y a pas lieu de rechercher les conséquences juridiques qu'aurait eues un pareil acte ; qu'il n'y a qu'à apprécier quelle peut être l'influence du décès de la dame C... sur les poursuites ; — Attendu qu'il ne résulte d'aucune disposition de la loi que le décès du plaignant puisse arrêter l'action du ministère public, lorsqu'elle a été régulièrement mise en mouvement; que, dès lors, le décès ne peut avoir aucune influence sur les poursuites ; — Par ces motifs, confirme, etc.

Du 14 juill. 1876.-C. d'Aix, ch. corr.-MM. Féraud-Giraud, pr.-Reynaud, av. gén.

qualité pour faire valoir et qui serait proposée par lui en temps utile. Pour ce second cas, le tribunal de la Seine et, sur appel, la cour de Paris avaient décidé que, le mariage étant seulement *annulable*, la question de nullité n'était pas préjudicielle à la poursuite; qu'en effet, tant que le mariage n'avait pas été annulé par les tribunaux, celui-là même des époux qui pouvait demander la nullité (dans l'espèce, la femme) était lié envers l'autre époux par le devoir de fidélité et commettait, par conséquent, un délit, s'il manquait à ce devoir (Trib. corr. Seine, 8 août 1866, aff. Simon, D. P. 67. 3. 6; Paris, 20 déc. 1866, aff. Simon, D. P. 67. 1. 353). — La cour de cassation, dans l'arrêt cité *suprà*, n° 53, a encore condamné ce système. Elle a déclaré « qu'il importait peu, au point de vue de l'adultère, que le mariage fût annulé à raison d'une nullité relative ou à raison d'une nullité absolue; que l'une et l'autre de ces nullités prennent naissance au jour de la célébration du mariage; que leurs effets remontent nécessairement à cette date et sont identiquement les mêmes; que l'annulation du mariage, devant le faire considérer comme n'ayant pas existé, ne laisse subsister que les effets pouvant résulter de la bonne foi des époux ou de l'un d'eux, conformément aux art. 201 et 202 c. civ.; que cette annulation, d'une part, en dépouillant le plaignant de sa qualité d'époux, lui ôte le droit de continuer la poursuite qu'il avait provoquée; et que, d'une autre part, en affranchissant la femme, pour l'avenir, de toute dépendance conjugale, elle l'affranchit, pour le passé, de toute la responsabilité attachée au titre d'épouse qui lui a été illégalement donné ». Il résulte, il est vrai, de cette jurisprudence une certaine inégalité entre la situation de l'époux qui peut encore demander la nullité du mariage, pour une cause de nullité relative, le défaut de consentement de ses père et mère, par exemple, et la situation de son conjoint. Ce dernier est lié par le devoir de fidélité, tout manquement à ce devoir constituera de sa part un adultère; l'autre époux, au contraire, peut violer la foi jurée, et ensuite, en faisant valoir la cause de nullité du mariage, s'affranchir des conséquences de sa faute. Mais cette inégalité est le résultat nécessaire du caractère relatif de la nullité; les inconvénients en sont d'ailleurs bien atténués par cette règle qu'à l'égard de l'époux de bonne foi le mariage doit produire tous ses effets civils, et par la brièveté du délai dans lequel toute nullité relative doit, à peine de déchéance, être proposée (c. civ. art. 183).

55. — 2° *Réconciliation des époux* (*Rép.* n°s 77 à 91). — Ainsi qu'on l'a exposé au *Rép.* n° 79, la réconciliation a pour effet d'éteindre l'action publique, non seulement vis-à-vis de l'époux inculpé, mais encore à l'égard de son complice, si elle est intervenue avant que le jugement de condamnation ait acquis, à l'égard de l'époux, l'autorité de la chose jugée. — De nouveaux arrêts sont venus consacrer cette règle depuis la publication du *Répertoire* (Grenoble, 17 janv. 1850, aff. L..., D. P. 51. 5. 15; Metz, 18 mars 1858, aff. Maillard, D. P. 59. 5. 19; Toulouse, 11 avr. 1861, aff. Scribe, D. P. 61. 2. 91; Crim. cass. 8 août 1867, aff. Jarlier, D. P. 67. 1. 464; Paris, 13 juin 1873, aff. Chevallier, D. P. 74. 5. 17; Douai, 31 août 1874, aff. Berring, D. P. 75. 5. 12; Dijon, 15 sept. 1873, aff. L..., D.P. 75.5.12-13; Nîmes, 13 oct. 1877 (1); Alger, 31 mai 1879 (2). — *Contrà* : Bruxelles, 19 avr. 1873, aff. Begodt, D.P. 74. 5. 17). Il a été jugé qu'en pareil cas, les frais de première instance et d'appel retombent à la charge du mari si, en portant plainte, il s'est constitué partie civile (Arrêt précité du 18 mars 1858). D'autres arrêts ont décidé que les frais doivent rester à la charge du complice qui les a occasionnés par sa faute (Arrêts précités des 15 sept. 1873, 13 oct. 1877 et 31 mai 1879).

56. Mais, comme on l'a observé au *Rép.* n° 80, pour que la réconciliation fasse obstacle à la plainte de l'époux outragé, il faut que les faits d'adultère aient été entièrement connus de lui au moment de cette réconciliation. Il est également hors de doute que l'exception de réconciliation ne saurait être opposée à une action fondée sur des faits *postérieurs* à l'époque où elle a eu lieu. Ainsi, le bénéfice de cette exception ne pourrait plus être invoqué par la femme ni par son complice, s'il y avait eu entre eux continuation du commerce adultérin (Crim. rej. 19 juill. 1850, aff. P..., D. P. 50. 1. 301) (V. aussi *suprà*, n° 32).

57. En principe, comme on l'a dit au *Rép.* n° 82, le seul fait de la cohabitation des deux époux sous le même toit depuis la découverte de l'adultère ne suffit pas pour faire présumer leur réconciliation. Mais ce fait, corroboré d'autres circonstances, peut servir à établir qu'un rapprochement s'est opéré entre eux. C'est ainsi que, dans un cas où le mari, immédiatement après la condamnation prononcée contre sa femme, avait emmené ostensiblement celle-ci, était rentré avec elle au domicile conjugal et l'avait replacée à la tête de sa maison et de ses affaires, la cour de Grenoble, sur l'appel du complice, alors que la femme n'avait pas appelé, a déclaré qu'il y avait eu réconciliation des époux pendant les délais de l'appel, et a par suite, acquitté le complice (Grenoble, 17 janv. 1850, aff. L..., D. P. 51. 5. 15).

58. Les circonstances d'où l'on prétend induire que les époux se sont réconciliés, sont appréciées souverainement par les juges du fait, et le refus d'admettre la preuve des faits allégués à l'appui d'une exception de réconciliation, lorsqu'il est fondé sur ce que cette preuve serait inopérante, échappe au contrôle de la cour de cassation (Crim. rej. 3 juill. 1846, aff. Routtier, D. P. 46. 4. 11). Toutefois, l'arrêt qui refuserait d'admettre la réconciliation, tout en constatant des faits qui l'impliqueraient nécessairement, pourrait encourir la cassation, comme n'ayant pas tiré les conséquences légales d'une réconciliation suffisamment établie. On en trouve un exemple dans un arrêt (Crim. cass. 8 déc. 1832), rapporté au *Rép.* n° 87.

59. — 3° *Prescription* (*Rép.* n° 93). — L'action résultant du délit d'adultère, commis soit par la femme soit par le mari, est, comme on l'a dit au *Rép.* n° 93, éteinte par la prescription de trois ans, édictée pour tous les délits en général par l'art. 638 c. instr. crim. L'adultère, au moins celui de la femme, n'est pas un délit *successif*; chaque fait d'adultère consommé constitue par lui-même un délit, et par conséquent la prescription court, pour chaque fait, à partir du jour où il a eu lieu. On ne doit donc pas considérer comme indivisibles et formant les éléments d'un seul délit divers faits d'adultère consommés par les mêmes personnes à des époques ou en des lieux différents; et il a été jugé, sous l'empire de l'ancien art. 7 c. instr. crim. qui n'autorisait pas la poursuite en France des délits commis par des Français à l'étranger, que des actes d'adultère accomplis en France plus de trois ans avant la plainte, et conséquemment prescrits, ne pouvaient être pris en considération pour étendre la compétence des tribunaux français à d'autres faits de même nature consommés depuis moins de trois ans par les mêmes personnes en pays étranger (Paris, 23 juin 1855, aff. B..., D. P. 55. 2. 217; Crim. rej. 31 août 1855, aff. B..., D. P. 55. 1. 377).

Pour l'adultère du mari, toutefois, un fait isolé ne suffit pas pour qu'il constitue un délit : la condition de l'entretien de la concubine au domicile conjugal suppose nécessairement que le délit a une certaine durée. Il semble donc que la prescription ne doit courir, quant à l'ensemble du délit, que du dernier acte d'adultère commis par le mari avec sa concubine.

60. La plupart des auteurs estiment, suivant l'opinion émise au *Rép.* n° 93, que la prescription ne serait pas suspendue par la minorité, l'absence ou l'impossibilité d'agir de l'époux lésé, non plus que par l'ignorance où serait cet époux de l'existence du délit. Il en était autrement en droit romain; mais, à défaut d'un texte formel, on ne peut admettre une pareille exception à la règle générale de l'art. 638 c. instr. crim. (V. Revel, *Traité de l'adultère*, n° 63; Sicye, *Traité sur l'adultère au point de vue historique et juridique*, p. 394).

61. Sous l'empire de l'art. 308 c. civ., aujourd'hui abrogé (V. *suprà*, n° 40), il a été jugé que la prescription de trois ans, édictée par l'art. 638 c. instr. crim. était applicable, non seulement à l'action correctionnelle pour adultère, mais aussi aux réquisitions pénales du ministère public prises au civil, en vertu dudit art. 308 c. civ., à l'égard de la femme contre laquelle la séparation de corps était prononcée pour la même cause (Rennes, 28 déc. 1825, *Rép.* v° *Prescription criminelle*, n° 102; Besançon, 20 févr. 1860, aff. M..., D. P. 60. 2. 54; Toulouse, 10 déc. 1874, aff. Soubiran, D. P. 75. 5. 13).

62. — 4° *Chose jugée.* — Si l'adultère, dénoncé par le mari ou par la femme, a déjà été l'objet d'une action pénale, il est manifeste que l'époux inculpé et son complice pourront invoquer la règle *non bis in idem*, et opposer à la nouvelle poursuite l'exception de chose jugée (c. instr. crim. art. 360). Cette exception sera également opposable, d'après le nouvel art. 5 c. instr. crim. (L. 27 juin 1866), en cas d'adultère commis en pays étranger, si l'époux inculpé prouve qu'il a été jugé définitivement à l'étranger. Mais, bien entendu, pour que l'exception soit opposable, il faut que les faits qui motivent la seconde poursuite soient identiquement les mêmes que ceux qui ont été l'objet de la première; une ordonnance de non-lieu ou un jugement d'acquittement rendu sur l'articulation de certains faits d'adultère qui se seraient passés dans un lieu déterminé, ne mettrait pas obstacle à la dénonciation d'autres faits commis dans un autre lieu (Crim. rej. 24 mai 1851, aff. Poumier, D. P. 52. 5. 13).

63. Lorsque l'art. 308 c. civ. était encore en vigueur, la femme qui avait été condamnée pour adultère, conformément à cet article, par le jugement de séparation de corps, ne pouvait être de nouveau poursuivie correctionnellement pour le même fait. — Aujourd'hui encore, malgré l'abrogation de l'art. 308, si une demande de séparation de corps fondée sur l'adultère a été intentée par l'un ou l'autre époux antérieurement à la poursuite correctionnelle, il y a lieu de se demander quel sera l'effet du jugement intervenu sur cette demande à l'égard de l'action publique. On a déjà vu (*suprà*, n° 34) que par application de la règle suivant laquelle le criminel tient le civil en état, si l'instance en séparation de corps n'est pas encore terminée au moment où s'ouvre la poursuite correctionnelle, le juge civil doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la sentence du tribunal de répression ait été rendue. Mais lorsque la demande en séparation de corps aura été définitivement jugée, la décision intervenue sur cette demande pourra-t-elle être invoquée comme ayant force de chose jugée devant le tribunal correctionnel ?

En principe, la juridiction répressive n'est pas liée par les décisions émanées de la juridiction civile. Ici toutefois, il faut distinguer entre le cas où la séparation de corps a été prononcée pour adultère et celui où elle a été rejetée. Dans le premier cas, le principe que l'on vient de rappeler conserve sa force; de ce que l'époux poursuivi a commis un adultère pouvant motiver la séparation de corps, il ne résulte pas *nécessairement* qu'il doive être condamné pénalement comme coupable du délit d'adultère; il peut donc encore être acquitté nonobstant le jugement civil qui a prononcé contre lui la séparation de corps. Dans le cas, au contraire, où la demande en séparation de corps a été rejetée, cette décision, ayant été rendue contre l'époux qui a dénoncé l'adultère, lui est opposable, et par conséquent elle constitue une fin de non-recevoir dont l'époux inculpé et son complice ont le droit de se prévaloir devant le tribunal de répression (V. *Rép.* v° *Chose jugée*, n° 542).

64. — II. FINS DE NON-RECEVOIR SPÉCIALES A LA FEMME OU AU MARI. — 1° *Adultère du mari* (*Rép.* n°s 72 à 76). — L'adultère du mari, comme on l'a expliqué au *Rép.* n° 72, ne constitue une fin de non-recevoir au profit de la femme, que s'il est délictueux, c'est-à-dire, s'il y a eu entretien d'une concubine dans la maison conjugale. On a exposé *suprà*, n°s 7 et suiv., dans quel cas cette condition se trouve accomplie. On a vu notamment (*suprà*, n° 14) que le domicile du mari cesse d'être le domicile conjugal par la séparation de corps; et il est admis en jurisprudence que la femme séparée de corps ne peut plus opposer à la plainte du mari la fin de non-recevoir tirée de l'adultère de celui-ci (Paris, 4 déc. 1857, aff. Mousalier, D. P. 58. 2. 1; Lyon, 7 janv. 1873, aff. Balan, D. P. 73. 2. 8). Il y a là, il faut bien le reconnaître, une inégalité profondément injuste dans la situation des époux séparés : par suite de la séparation, le mari peut impunément vivre en concubinage; la femme, au contraire, reste passible des peines de l'adultère pour tout acte adultérin qu'elle peut commettre. Cette différence, injustifiable moralement, n'a de raison d'être que dans le maintien de la présomption légale qui attribue au mari la paternité des enfants nés de sa femme même après la séparation (c. civ. art. 312).

65. On a vu au *Rép.* n° 73, qu'il doit être sursis aux poursuites exercées contre la femme lorsque celle-ci, au cours de ces poursuites, dénonce l'adultère du mari. Mais on ne pourrait joindre les deux plaintes pour statuer sur le tout par un seul et même jugement; la fin de non-recevoir invoquée par la femme ne pouvant reposer que sur la condamnation du mari, il faut nécessairement qu'il intervienne d'abord une décision sur la plainte portée contre lui, à l'effet de savoir si sa propre plainte est recevable (*Rép.* n° 73). Toutefois, il a été reconnu par la cour de cassation qu'en appel, la décision sur la plainte du mari et celle sur la plainte de la femme peuvent être rendues simultanément et par un même arrêt (Crim. rej. 11 nov. 1858, aff. Lamiraudie, D. P. 61 1. 345).

66. Avant l'abrogation de l'art. 308 c. civ., si la séparation de corps avait été prononcée contre le mari pour adultère commis avec la circonstance de l'entretien de la concubine au domicile conjugal, le jugement de séparation de corps pouvait être invoqué par la femme à l'appui de son exception. Mais s'il avait été seulement motivé sur des excès, sévices et injures graves, commis par le mari envers la femme, alors même que parmi les faits articulés par la femme à l'appui de sa demande se serait trouvé celui de l'entretien d'une concubine dans la maison conjugale, ce jugement n'aurait pas suffi pour justifier la fin de non-recevoir proposée par la femme (Crim. rej. 7 avr. 1849, aff. Hamon, D. P. 49. 1. 186). — Aujourd'hui, un seul fait d'adultère du mari pouvant entraîner le divorce ou la séparation de corps, il est douteux qu'un jugement de divorce ou de séparation de corps rendu contre le mari pour adultère, quand même il énoncerait dans ses motifs que le mari a entretenu sa concubine dans la maison conjugale, puisse avoir l'autorité de la chose jugée, en ce sens qu'il puisse constituer à lui seul la justification de la fin de non-recevoir invoquée par la femme; mais les juges seraient toujours libres de le considérer comme une preuve suffisante.

67. Le mari qui s'est placé dans le cas de l'art. 339 et qui a été condamné, sur la plainte principale ou reconventionnelle de sa femme n'est, d'ailleurs, déchu du droit de dénoncer l'adultère de celle-ci que relativement aux faits d'adultère *antérieurs* à sa condamnation. Cette condamnation ne saurait avoir pour résultat de le frapper d'une déchéance absolue qui assurerait l'impunité à la femme pour tout adultère qu'elle pourrait commettre à l'avenir.

Il a été jugé que la femme ne peut plus se prévaloir de la condamnation encourue par le mari, lorsqu'il est établi que

---

(1) (Andrieu.) — LA COUR; — Attendu qu'il résulte des faits constatés, que la réconciliation est intervenue avant que le jugement dont est appel n'ait acquis, en ce qui concerne la femme Didier, l'autorité de la chose jugée; que ladite réconciliation est intervenue au cours de l'instance; que, par suite, le mari a fait à sa femme remise non des effets de la condamnation, mais de la poursuite elle-même, puisque la condamnation prononcée n'était pas encore définitive; — Attendu qu'il est de principe qu'il y a indivisibilité entre la poursuite exercée contre la femme prévenue d'adultère et celle exercée contre son complice, de telle sorte que l'exception acquise à l'une profite à l'autre; — Mais attendu, en ce qui concerne les dépens, que l'amnistie du mari n'arrête que l'effet de la condamnation pénale, et que les dépens doivent rester à la charge du complice qui les a occasionnés par sa faute; — Par ces motifs, dit que la peine prononcée contre Andrieu ne sera pas exécutée; mais le condamne aux dépens.

Du 13 oct. 1877.-C. de Nîmes.-MM. Guiraud, pr.-De Castelnau, subst.-Bouet, av.

(2) (Ortéga.) — LA COUR; — Attendu que le 10 août 1879, le tribunal de Mostaganem a condamné pour adultère la femme Lubrano et Ortéga; — Attendu que, le 12 avr. 1879, appel a été interjeté non seulement par Ortéga, mais encore par la femme Lubrano; — Attendu que, d'une lettre du gardien chef de la prison, il résulterait que la femme Lubrano se serait désistée de son appel; mais que ce désistement n'est prouvé par aucun document; — Attendu que, le 23 avril, Lubrano s'est désisté de sa plainte en adultère contre sa femme; — Attendu que le pardon du mari étant intervenu quand, par l'appel, tout était remis en question, quand il n'y avait chose définitivement jugée ni à l'égard de la femme, ni du complice, il a éteint l'action et a profité au complice comme à la femme; — Attendu que les frais doivent rester à la charge de l'appelant; — Par ces motifs, renvoie Ortéga des fins de la plainte; condamne Ortéga aux dépens de première instance et d'appel.

Du 31 mai 1879.-C. d'Alger, ch. corr.-MM. Carrère, pr.-Fau av. gén.-Mallarmé, av.