

Pour compte rendu

Albert NAST

DOCTEUR EN DROIT
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

La Répression de l'Adultère

CHEZ LES PEUPLES CHRÉTIENS

ÉTUDE CRITIQUE

PRÉFACE de M. Émile CHÉNON

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1908

LA RÉPRESSION DE L'ADULTÈRE

CHEZ LES PEUPLES CHRÉTIENS

57656
27628



Albert NAST

DOCTEUR EN DROIT
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

La Répression de l'Adultère

CHEZ LES PEUPLES CHRÉTIENS

ÉTUDE CRITIQUE

PRÉFACE de M. Émile CHÉNON

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

PARIS

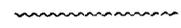
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, EDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1908

DU MÊME AUTEUR



MARIAGE ET PRÉJUGÉS, avec une lettre-préface de M. GEORGE FONSEGRIVE, directeur de *la Quinzaine*. — 1 brochure in-8°. — *Saint-Étienne, le Relèvement social.*



PRÉFACE

M. Albert Nast m'a demandé de présenter au lecteur son étude critique sur « la Répression de l'adultère chez les peuples chrétiens ». J'ai accepté volontiers, pour trois motifs : d'abord parce que cette étude est excellente, ensuite parce qu'elle constitue à l'heure actuelle une bonne action, enfin parce que tout esprit droit doit en approuver les conclusions. — Quelques mots me suffiront pour justifier cette triple affirmation.

M. Albert Nast a traité son sujet, à la fois historique, juridique, et moral, d'une façon très-consciencieuse. S'il a restreint ses recherches aux peuples chrétiens, c'est avec raison : il ne fait de l'histoire et du droit qu'en vue d'applications morales et, par suite, il n'avait intérêt à n'étudier que des peuples ayant, comme il le dit lui-même, « une conception similaire de la vie sociale et admettant un minimum de principes de moralité ». Ces

principes de moralité ayant été dégagés surtout par le Droit canonique, qui, en matière de répression de l'adultère, a été la législation « la plus morale de toutes », il était indiqué de commencer par lui. Ensuite, vient naturellement un exposé de l'ancien droit coutumier français et du droit de la Révolution, laquelle a fait prévaloir des principes infiniment moins moraux. — Après cette partie historique, M. Nast aborde l'étude des législations contemporaines, française et étrangères, qu'il classe d'une façon judicieuse. C'est la partie juridique de son ouvrage. — Vient enfin, dans une troisième partie, l'indication des tendances actuelles et leur examen critique. M. Nast, qui est avant tout un moraliste, n'a pas attendu cette troisième partie pour montrer ses préférences et formuler ses jugements. Mais c'est à la fin de son étude qu'il les reprend, les coordonne, les accentue, et leur donne une force de démonstration convaincante.

Or, c'est ici qu'intervient le second caractère que je tiens à relever dans son ouvrage : il constitue une bonne action. Il prend en effet nettement la défense du mariage et de la famille, au moment précis où l'un et l'autre sont vivement attaqués. Nul n'ignore que le mariage, — au moins le mariage civil, — est battu en brèche par le flot montant du divorce, ce divorce que ses pané-

gyristes présentaient comme un remède extrême et forcément rare, qui dépasse aujourd'hui le chiffre de 10.500 par an, et dont quelques auteurs, vraiment imprudents, pour ne pas dire coupables, demandent l'élargissement indéfini. Nul n'ignore non plus que la famille est battue en brèche par l'indulgence scandaleuse avec laquelle l'opinion publique accueille l'adultère, surtout l'adultère de l'homme, et par l'indulgence inquiétante que le législateur commence à avoir pour lui. M. Nast demande le maintien d'une répression, dont il indique la nature, et qui, d'après lui (et je l'en loue spécialement), doit être identique pour l'homme et pour la femme. Ce n'est pas un des moindres mérites de son œuvre que d'avoir mis à nouveau en relief ce principe d'évidente moralité qu'à faute égale doit correspondre châtement égal.

Et maintenant, est-il besoin d'insister beaucoup pour montrer que tout esprit droit et éclairé ne peut qu'approuver l'auteur dans les principes qu'il pose et dans les conclusions qu'il en tire ? S'efforcer de raffermir l'institution matrimoniale ébranlée et de rétablir la dignité dans le mariage et la pureté dans la famille, c'est contribuer dans la mesure de ses forces à lutter, non seulement contre le paganisme ambiant, mais aussi contre une des causes les plus actives de la désagrégation sociale et de la dépopulation de la France ; c'est donc

faire œuvre à la fois de moraliste averti et de bon citoyen. Le public français s'honorera en faisant bon accueil à cet acte de courage intellectuel et de jeune franchise.

Paris, 1^{er} juillet 1908.

EMILE CHÉNON,
Professeur à la Faculté de Droit de Paris.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

DES

principaux textes et ouvrages cités dans ce volume.

I. — HISTOIRE

1. — Droit Romain.

PAUL. — *Sentences.*

Corpus, juris, civilis (MOMMSEN) :

Digeste, — *Code*, — *Novelles CXVII et CXXXIV de Justinien*, — *Novelle XXXII de Léon.*

TACITE. — *Mœurs des Germains*, — *Annales.*

DION CASSIUS. — *Histoire romaine.*

PLAUTE. — *Le Marchand.*

CICÉRON. — *Pro Rabirio.*

HORACE. — *Satires.*

JUVÉNAL. — *Satires.*

SUÉTONE. — *Vies des douze Césars (Auguste).*

AULU-GELLE. — *Nuits attiques.*

FUSTEL DE COULANGES. — *La cité antique.*

P. GIDE. — *Étude sur la condition privée de la femme.*

ESMEIN. — *Le délit d'adultère à Rome. — Le mariage en droit canonique.*

DERVILLERS. — *L'adultère en droit romain*, thèse, 1893.

2. — Textes religieux.

Loi de Manou (Trad. LOISELEUR-DESLONGCHAMPS).

La Bible (Trad. Abbé CRAMPON) : *Genèse, — Exode, — Lévitique, — Deutéronome, — les Proverbes, — Daniel, — les Rois, — Samuel.*

Les Évangiles.

SAINT PAUL. — *Épîtres aux Ephésiens, — aux Corinthiens, — aux Hébreux, — aux Romains.*

3. — Législation canonique.

Corpus Juris Canonici (FRIEDBERG d'après RICHTER. — Leipsick, 1779).

SAINT JÉRÔME. — *Épître XXIX, ad Oceanum (Éloge de Fabiola).*

LACTANCE. — *Institutiones divinae.*

SAINT AMBROISE. — *Expositio in Lucam.*

HINCMAR DE REIMS. — *De nuptiis Stephani et felix Regimundi comitis.*

HOSTIENSIS. — *Summa.*

SANCHEZ. — *Disputationes de Sancto matrimonii sacramento*, 1652.

PETR. LEURENIUS. — *Jus canonicum*, 1787.

4. — Droit barbare.

WALTER. — *Corpus juris Germanici antiqui : Lex Burgundiorum.*

Monumenta Germaniæ historica : *Lex Wisigothorum, lex ripuaria.* Hanovre et Leipsick, 1902.

PARDESSUS. — *La loi salique*, 1843.

BALUZE. — *Capitularia regum Francorum*, 1677.

5. — Droit ancien.

A. — Coutumes.

THAUMAS DE LA THAUMASSIÈRE. — *Coutumes locales de Berry*, 1680.

BOURDOT DE RICHEBOURG. — *Nouveau coutumier général. — Coutumes de Bayonne. — Coutumes de Saint-Sever. — Anciennes coutumes d'Alais*, 1724.

BASNAGE. — *Coutume de Normandie*, 1778.

BEAUMANOIR. — *Coutumes de Beauvoisis* (Éd. Beugnot, 1842).

Nouvelle revue historique, mai-juin 1907 (Cl. FAURE, *Trois Chartes de franchises du Dauphiné* (BEAUMONT, BEAUCROISSANT, RIVES).

B. — Édits et ordonnances.

FONTANON. — *Edicts et ordonnances des rois de France*, 1611.

SECOUSSE. — *Ordonnances des rois de France*, 1732.

ISAMBERT. — *Recueil général des anciennes lois françaises* (depuis 420 à 1789).

C. — Arrêts et décisions.

PAPON. — *Recueil d'arrests notables des cours souveraines de France*, 1607.

BONIFACE. — *Arrests du Parlement de Provence*, 1708.

CATELLAN. — *Arrests du Parlement de Toulouse*, 1723.

LOUET (BRODEAU). — *Recueil d'arrests du Parlement de Paris*, 1742.

LAROCHE-FLAVIN. — *Arrests du Parlement de Toulouse*, 1745.

MAYNARD. — *Notables questions jugées au Parlement de Toulouse*, 1751.

DENISART. — *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la Jurisprudence*, 1756.

DU FRESNE. — *Journal des Audiences*, 1757.

BARDET. — *Recueil d'arrests du Parlement de Paris*, 1773.

OLIM (Éd. Beugnot), 1834-1848.

D. — Ouvrages divers.

- FROISSART. — *Chroniques*.
- VIVÈS. — *Libre de l'institution de la femme chrétienne* (Trad. CHANGY, Paris 1542. — Réimpression Lemale, Le Havre, 1891).
- MONTAIGNE. — *Essais*.
- GUENOYS. — *Conférences des coutumes*, 1596. — *Notes sur la pratique judiciaire d'Imbert*, 1665.
- DURET. — *Traité des peines*, 1610.
- J. CLARUS. — *Opera omnia sive practica civilis et criminalis*, 1672.
- FARINACIUS. — *Opera criminalia*, 1676.
- LEPRESTRE. — *Questions notables de droit*, 1679.
- LEBRET. — *Œuvres*, 1684.
- POTHIER. — *Œuvres* (Éd. Bugnet, 3^e éd.).
- GUY COQUILLE. — *Institution du droit français*, 1703.
- D'ESPEISSES. — *Œuvres*, 1750.
- SERPILLON. — *Commentaire sur l'ordonnance de 1670*, 1767.
- JOUSSE. — *Traité de la justice criminelle en France*, 1771.
- Claude HENRYS. — *Œuvres*, 1772.
- LEBRUN. — *Traité des successions*, 1775.
- FOURNEL. — *Traité de l'adultère considéré dans l'ordre judiciaire*, 1778.
- MUYART DE VOUGLANS. — *Les lois criminelles de France*, 1780.
- GUYOT. — *Répertoire de jurisprudence*, 1784.
- ARGOU. — *Institution au droit français*, 1787.
- Mémoire sur une question d'adultère, de séduction et de diffamation, pour le sieur KORUMAN*, 1787.
- Guy DU ROUSSEAU DE LACOMBE. — *Traité des matières criminelles*, 1788.

- BECCARIA. — *Traité des délits et des peines*, 1797.
- HENRION DE PANSEY. — *De l'autorité judiciaire*, 1810.
- MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1812-1826.
- MONTESQUIEU. — *Esprit des lois*.
- David HUME. — *The philosophical works*.
- Paul FOURNIER. — *Les officialités au moyen âge*.
- Ambroise COLIN. — *Des fiançailles et des promesses de mariage*.

6. — Période intermédiaire.

- Moniteur universel.
- LOCRÉ. — *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*.
- Olivier MARTIN. — *La crise du mariage dans la législation intermédiaire (1789-1804)*, thèse 1901.

II. — ÉPOQUE CONTEMPORAINE

A. — Ouvrages de droit.

- ORTOLAN. — *Éléments de droit pénal*.
- BOITARD. — *Leçon de droit criminel*.
- CARNOT. — *Commentaire sur le Code pénal*.
- CHAUVEAU et F. HÉLIE (revu par VILLEY). — *Théorie de droit pénal*.
- BLANCHE. — *Étude pratique sur le Code pénal*.
- LABORDE. — *Cours de droit criminel*.
- GARRAUD. — *Traité du droit pénal français*, 2^e éd.
- ENRICO FERRI. — *Sociologie criminelle*, 1893.
- GAROFALO. — *Criminologie*, 4^e éd., 1895.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e et 5^e éd.

- BEDEL. — *Traité de l'adultère et des enfants adultérins.*
- MORIN. — *Répertoire du droit criminel, v^o Adultère.*
- HENRI COULON. — *Le divorce et l'adultère, 1892. — Le divorce et la séparation de corps.*
- SIEYE. — *De l'adultère chez les peuples de l'antiquité à Rome et dans la législation française, thèse 1875.*
- BOUCHÉ. — *Étude de l'adultère, thèse 1893.*
- RENÉ LEMAIRE. — *Le mariage civil, thèse 1901.*
- A. VALENSI. — *L'application de la loi du divorce en France, Larose, 1905.*
- R. VOISIN. — *Étude critique sur l'autorité maritale et la condition de l'épouse dans l'antiquité, thèse 1907.*
- MORIZOT-THIBAUT. — *De l'autorité maritale, 1899.*
- E. BOCQUET. — *Étude sur le célibat ecclésiastique, thèse 1894.*
- BOURDEILLETTE. — *Lois protectrices de l'enfance.*
- Code de l'enfance traduite en justice, 1900.

B. — Revues.

- Bulletin de la Société de législation comparée, 1893* (L. BRIDEL, *Étude critique sur la fidélité conjugale et l'adultère*).
- Archives d'anthropologie criminelle, 1894.* (Guillaume FERRERO, *Le crime d'adultère. — Son passé, son avenir.*)
- Bulletin de la Société d'études législatives, 1905.* (LE NORMANT, *Exposé des motifs d'un projet de loi sur la suppression des peines de l'adultère; — ibid., 1906* (A. TISSIER, *Rapport sur la question d'extension des causes du divorce.*))
- Revue pénitentiaire, 1905.* (J. CAUVIÈRE, *De la répression de l'adultère.*)
- La Quinzaine, 16 avril 1899* (G. AUDIAT) : *Les idées de Dumas fils, — Mariage indissoluble et divorce.*

Revue politique et parlementaire, septembre 1907. (Alf. VALENSI, *La réforme du divorce.*)

C. — Recueils de jurisprudence.

- Dictionnaire formulaire des Parquets* (LE POITTEVIN).
- Répertoire de législation de doctrine et de jurisprudence* (DALLOZ).
- Répertoire général alphabétique du droit français* (FUZIER-HERMANN, CARPENTIER, FRÈREJOUAN DU SAINT).
- Recueil général des lois et des arrêts* (Code pénal annoté, par GARÇON).

D. — Religion, morale et philosophie.

- Abolition des articles du Code concernant l'adultère, par un Homme du Peuple.*
- A. DUMAS fils. — *L'homme-femme.*
- Ibid.* — *Préface de la Princesse Georges, 1877.*
- Ibid.* — *Lettre à Monsieur Cuvillier-Fleury, 1873.*
- ÉMILE DE GIRARDIN. — *L'homme et la femme.*
- LÉON XIII. — *Encyclique arcanum divinæ.*
- M^{sr} HULST. — *Conférences de Notre-Dame.*
- Aug. COMTE. — *Cours de philosophie positive.*
- P. JANET. — *La famille, 17^e éd., 1900.*
- D^r Jacques BERTILLON. — *Étude démographique.*
- FRANK. — *Philosophie du droit pénal.*
- G. SÉAILLES. — *Les affirmations de la conscience moderne, 1903.*
- DURKHEIM. — *Le suicide.*
- Alf. NAQUET. — *La loi du divorce.*
- Charles LEFEBVRE. — *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ?*
- P. et V. MARGUERITTE. — *Quelques idées.*
- George FONSEGRIVE. — *Mariage et union libre, 1904.*

- George FONSEGRIVE. — *Morale et Société*, 1907.
 Albert NAST. — *Mariage et préjugés*, 1906.
 Ellen KEY, préface de Gabriel MONOD. — *De l'amour et du mariage*, 1907.
 Paul BUREAU. — *La crise morale des temps nouveaux*, 1907.
 Abbé NAUDET. — *Pour la femme*, 1904.

E. — Littérature.

- A. DE VIGNY. — *Poésies (la Femme adultère)*.
 A. DUMAS fils. — *Diane de Lys, La femme de Claude*.
 P. BOURGET. — *Un divorce*.
 J.-A. DE CAILLAVET et R. DE FLERS. — *L'amour veille*.
 F. VANDEREM. — *La Victime*.

F. — Divers.

- WESTERMARCK. — *Origine du mariage dans l'espèce humaine* (Trad. H. DE VARIGNY), 1895.
 E. GLASSON. — *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe*.
 TANON. — *L'évolution et la conscience sociale*.
 D^r A. FOREL. — *La question sexuelle*, 1906.
 D^r MULLER. — *Homme ou animal ?* Lausanne, 1897.
Assiette au beurre, 19 mai 1906 (*Les vœux perpétuels*, dessin de HERMANN Paul, préface de P. et V. MARGUERITE).
 H. LEYRET. — *Nouveaux jugements du Président Magnaud*.

G. — Ouvrages étrangers.

- H.-J. STEPHEN. — *New Commentaries on of the laws of England*, éd. 1874, vol. III, liv. V, pages 531 et 532.
Revue pénale suisse, VII, p. 272 (STOOS), *Die Ethischen und die sozialen Grundlagen des Strafrechts*.
Ibid., 1894 (Alf. GAUTIER. — *Contre la répression pénale de l'adultère*).

INTRODUCTION

Le titre de cette étude pourrait peut-être en faire attendre plus qu'elle ne contient en réalité. Aussi, pour éviter toute méprise sur sa véritable nature et son exacte portée, il n'est pas inutile d'en préciser à l'avance le sujet.

Nul ne pourrait contester assurément l'intérêt attrayant d'une étude qui s'attacherait à faire ressortir, en matière d'adultère, les différences existant entre les législations des principaux pays du monde actuel et passé, à rapprocher celles-ci les unes des autres et à rechercher les raisons de leurs dissemblances. Néanmoins, il m'a paru plus intéressant de me borner modestement aux *peuples chrétiens*, c'est-à-dire seulement aux peuples qui, quoique mêlés plus ou moins de races différentes, ont été soumis à l'influence dominante du christianisme, ont par suite un même état d'esprit, une conception similaire de la vie sociale, et admettent un égal minimum de principes de

moralité, malgré des divergences de rigidité dans leur application.

Mais, dès là, on ne sera pas sans m'adresser une critique. Qu'entend-on au juste par peuples chrétiens? Sur quel criterium se baser pour les distinguer des autres? A l'heure actuelle, peut-on raisonnablement donner à la France cette qualification, alors que tout semble prouver le contraire, autant la diminution croissante des croyances que les récentes lois d'un caractère indéniablement antireligieux?

Cependant une telle objection n'est point faite pour susciter en moi le regret d'employer l'épithète de chrétiens. Qu'il y ait actuellement en France un affaiblissement très net du sentiment religieux, dont la répercussion se fait sentir en plus d'un domaine, — et plus qu'en tout autre dans le domaine moral, — on aurait mauvaise grâce à le nier.

Mais à moins de jouer sur les mots ou de se refuser à reconnaître la réalité des choses, il domine encore dans tout le corps de nos institutions sociales un grand nombre de principes, qui sont dûs à l'influence plus ou moins directe du christianisme.

Qu'on en conteste la valeur ou la nécessité, qu'on en souhaite la disparition plus ou moins totale, c'est un droit, mais c'est aussi là une question différente, qui laisse absolument intact le fait que, présentement encore, nos mœurs et nos lois sont singulièrement imprégnées de l'esprit chrétien. Et jusqu'au jour où ces grands principes auront

été abandonnés ou qu'il n'en restera plus que d'insignifiants vestiges, où en particulier le mariage aura perdu son caractère élevé d'indissolubilité et sera rabaissé à une simple union destructible suivant le gré le plus libre et le caprice le plus fantasque des époux, on aura toujours le droit de considérer la France comme une nation chrétienne.

*
**

Il ne faudrait pas non plus chercher dans mon travail une œuvre de pure histoire. Si j'avais eu l'intention de me livrer à une telle étude, il m'eût fallu fouiller à fond les archives afin d'y découvrir tous les textes relatifs à celle-ci, examiner de fort près ces textes, procéder à un tri extrêmement fin, rapprocher les uns des autres les documents ainsi colligés; et ensuite, à l'aide de ces matériaux, j'aurais eu à reconstituer les législations successives concernant l'adultère chez les peuples chrétiens, à en décrire les différentes transformations, en un mot à retracer fidèlement l'évolution de la répression de ce délit.

Mais, outre qu'un tel travail d'érudition n'eût pas été de ma compétence, il n'aurait répondu non plus à mon but.

Je me suis simplement contenté de réunir les textes anciens les plus importants et les plus typiques, en remontant jusqu'à Jésus-Christ, et d'essayer de reconstituer à grands traits les systèmes de répression qui ont existé aux principales époques de notre histoire. Toutefois, au préalable, j'ai dû donner un très succinct aperçu de

quelques législations antérieures à Jésus-Christ. ensuite examiner, bien qu'ils ne constituent que des principes de pure morale, les divers passages de l'Évangile et des textes sacrés qui ont trait à l'adultère et dont l'influence sur les législations positives est fort intéressante à étudier. Puis alors j'ai dépouillé le *Corpus Juris Canonici*, afin d'en rassembler les canons les plus caractéristiques en notre matière. Après quoi, j'ai procédé au même travail pour l'ancien droit français, recherchant dans les capitulaires, les ordonnances, les coutumes et les arrêts du Parlement ce qui se rapporte à la répression de l'adultère.

J'ai ensuite étudié brièvement la période révolutionnaire, qui n'offre rien d'intéressant sur ce sujet. Ainsi ai-je été amené à examiner de près les législations modernes de l'Europe, et plus particulièrement la nôtre, et enfin les tendances actuelles.

La dernière partie de ce travail, la partie critique, m'a semblé être la plus intéressante à l'heure actuelle; c'est pour cela que j'y ai attaché le plus d'importance.

Certes l'histoire ne saurait seulement servir à satisfaire la curiosité de dilettantes ou à constituer uniquement un terrain de recherches pour les savants, qui consacrent toute leur existence à se reporter aux temps disparus et à tâcher de les faire revivre. Pourquoi tant d'efforts déployés, tant de labeur opiniâtre, si, après les pénibles investigations de l'historien, la découverte de documents longtemps ignorés ou la reconstitution d'époques passées n'offrait

qu'un intérêt exclusivement esthétique? Il est légitime que le savant trouve une jouissance personnelle dans le succès de ses travaux; il est naturel de reconnaître à ceux-ci une valeur propre en tant qu'œuvres d'érudition. Mais l'étude des temps passés, de l'évolution des institutions sociales, l'examen minutieux des textes anciens offrent une utilité autrement considérable pour les générations contemporaines. L'histoire, en permettant à celles-ci de connaître les mœurs et les institutions d'époques qui ne sont plus, de procéder à des comparaisons, à des analogies, à des rapprochements, leur est une source abondante de sages enseignements pour le présent et de précieuses indications pour l'avenir.

Mais pourtant, aussi grande que puisse être la vertu éducative de l'histoire, il faut se garder d'exagérer l'importance de son influence. Dans le temps présent, qu'on le remarque bien, la connaissance du passé n'est qu'un adjuvant, une lumière plus ou moins brillante, qui éclaire la route où l'on va s'engager, mais qui est loin de suffire à elle seule à qui veut bien agir. Combien à la vérité existe-t-il d'individus obscurs, qui, ignorants complets du déroulement des faits historiques, offrent cependant une vie plus intègre et se rendent plus utiles à la société, par la faible contribution qu'ils lui apportent, que certains érudits de réputation universelle, pour qui l'histoire n'a point d'arcanes, mais dont la vie permet de se demander s'il n'eût pas été préférable, pour le bonheur commun, qu'ils possédassent moins de science et plus de probité morale!

D'un autre côté, s'il est bon pour le législateur de se reporter aux institutions disparues avant d'en créer de nouvelles ou de modifier celles qui subsistent, de considérer attentivement le droit ancien avant d'en ériger un nouveau, là encore il faut bien se garder d'attribuer à l'histoire une valeur outrée.

Sous ce rapport, l'école historique, représentée par Savigny et Puchta, s'est étrangement méprise en considérant le droit commun « fondé sur les données positives de l'histoire », et « soumis à l'évolution (1). » Oui, l'école du droit naturel avait eu le tort d'être trop absolue et de ne pas suffisamment tenir compte du passé auquel nous nous rattachons étroitement. Mais la grande erreur de son adversaire était de croire qu'il y avait une évolution historique du droit inéluctable, à laquelle on ne pouvait échapper, on devait humblement se soumettre. C'est là d'ailleurs l'erreur de toute thèse purement évolutionniste. Quand on considère le passé, certes les événements paraissent s'enchaîner comme des anneaux et il semble bien qu'il n'en pouvait être autrement, étant données les circonstances dans lesquelles ils se sont passés. Mais, si au contraire on interroge l'avenir, il en est tout différemment. Lorsque l'avenir sera devenu passé, les faits qui se seront accomplis paraîtront s'être succédés suivant un rigide déterminisme. Mais, dans le moment présent, alors qu'ils ne se sont pas encore produits, que nous allons avoir

(1) V. l'exposé de la thèse de l'École historique dans TANON, *l'Évolution et la Conscience sociale*.

une certaine influence sur leur accomplissement, que nous en serons peut-être les auteurs, comment soutenir qu'ils dépendent d'une loi immuable contre laquelle notre volonté se brisera fatalement? Toutes les fois qu'il faut agir ou établir une règle de droit ou de morale quelconque, la raison entre en jeu et son rôle est immense. Elle tiendra compte évidemment de l'histoire, mais, si elle juge à propos, elle en pourra faire parfaitement abstraction, créer même sans s'en préoccuper le moins du monde. L'adultère, par exemple, fut puni jadis avec une extrême sévérité dont les résultats semblent bien avoir été fort médiocres. De plus en plus, la répression s'est affaiblie jusqu'à devenir lettre morte. A-t-on le droit de prétendre cependant qu'il ne convient pas actuellement, en raison d'une vague loi d'évolution, d'édicter des pénalités plus ou moins rigoureuses contre l'abus de confiance conjugale? Or, cette question délicate relève de la libre raison autant, sinon plus, que de l'histoire, de la raison aidée du sentiment moral, qui domine tous les temps, au lieu d'en dépendre, ainsi que le voudraient la plupart des évolutionnistes.

*
**

Enfin je n'ai pas non plus voulu entreprendre une œuvre purement juridique. Il va sans dire que j'ai dû faire l'exposé des législations contemporaines qui régissent l'adultère. Mais je n'en ai fait qu'un exposé sommaire, me bornant à décrire très brièvement les systèmes de représ-

sion consacrés chez les principales nations chrétiennes. Je n'ai donc pas eu en vue d'apporter un commentaire juridique des textes légaux qui s'occupent de ce délit. Ainsi pour la France, je me suis contenté d'indiquer clairement le mode de répression en matière d'adultère, sans entrer dans les détails de son mécanisme pratique.

Ma principale préoccupation a donc été de procéder à une discussion serrée de la question, et mon but de rechercher comment au point de vue moral et social on doit considérer le fait d'adultère. Ainsi conçue cette étude critique ne laissait pas que d'être séduisante.

Au préalable il était intéressant de bien préciser le sens dans lequel il convenait d'entendre le mot *répression*. Fallait-il le prendre dans une acception très étroite, c'est-à-dire ne s'occuper de l'adultère qu'au point de vue du droit pénal, en tant seulement qu'il constitue un délit criminel? Fallait-il au contraire envisager la question sous un aspect plus large, c'est-à-dire étudier également les sanctions civiles qui sont susceptibles d'être établies contre ce fait délictueux? J'ai pensé bien préférable d'adopter cette seconde conception; car une peine, pour être civile, peut n'en offrir pas moins un mode de répression beaucoup plus efficace que telle peine criminelle. Elle atteindra peut-être moins profondément le sentiment d'honneur; elle ne privera point de la liberté corporelle; mais en mettant en jeu un intérêt matériel, elle est de nature à exercer une influence plus sensible sur un grand nombre d'individus enclins à transgresser la loi sociale.

J'ai donc examiné les moyens tant civils que criminels qui tendent à réprimer l'adultère.

*
* *

Mais, outre que cette étude offre un assez fort attrait par la nature même de son sujet, elle présente encore un intérêt considérable par quelques questions particulières ou générales qu'elle soulève inévitablement et qu'il était impossible d'éluder, alors même qu'il n'y aurait point d'espoir de les trancher d'une façon très satisfaisante.

Tout d'abord et naturellement, on devait rencontrer la fameuse et complexe question des rapports du droit et de la morale. Nous verrons plus loin que, pour certains esprits qui se font chaque jour plus nombreux, l'adultère constitue un acte sans immoralité aucune, et qu'il est bien au contraire l'exercice légitime d'un droit très humain, celui d'aimer un autre être, lorsque celui auquel on s'est uni ne suscite plus suffisamment d'amour. Pour eux la répression de l'adultère, comme de tout acte licite, est une monstruosité. A leur rencontre, beaucoup d'autres condamnent en conscience l'adultère comme violant les principes fondamentaux de la morale matrimoniale, mais se divisent complètement sur le point de savoir quel doit être le rôle exact de la loi en cette matière. Ne s'agit-il là que d'une question de pure morale, dans laquelle par conséquent le législateur n'a pas à intervenir? Y a-t-il au contraire nécessité ou utilité seulement à ce que des sanctions légales soient édictées à côté de la réprobation morale?

Tel est l'intéressant problème, qui se pose de la même façon en bien d'autres matières, et qui se retrouve ici aussi important et aussi difficile à résoudre.

Une autre question à étudier était l'influence de la loi du divorce sur l'adultère. Le divorce est une sanction civile de l'adultère. Or, lorsqu'en 1884 il fut rétabli en France, ses partisans déclarèrent avec assurance que l'on n'en profiterait largement que durant les premières années consécutives à sa restauration, qu'il permettrait en quelque sorte une rapide liquidation des mauvais ménages. La foi conjugale serait en somme garantie par cette institution. Dès sa première campagne en 1877, M. Alfred Naquet l'affirmait carrément : « Si le divorce existait et s'il était très facile à obtenir, l'adultère deviendrait plus rare encore entre gens non mariés (1). » Les faits ont-ils donné raison à cette assertion ? Voilà un premier point qu'il importait d'examiner de près.

D'un autre côté, suivant qu'il s'agit d'une législation admettant le divorce ou d'une autre le prohibant, la question de l'adultère doit-elle se résoudre de la même façon ? Tel était un second point qu'il convenait de ne pas négliger.

Enfin, en entreprenant cette étude, il était à prévoir que l'on aurait à se prononcer sur l'individualisme. En effet, dans la question de l'adultère, on aboutit fatalement à des opinions opposées, suivant que l'on se place à un point de

(1) Alf. NAQUET, *La loi du divorce*, ch. VII, p. 133.

vue individuel ou même strictement familial ou bien à un point de vue plus large, c'est-à-dire social. La meilleure preuve en est dans les deux thèses contraires de l'égalité et de l'inégalité de répression entre l'homme et la femme. Si l'on ne considère que l'intérêt de la famille de l'infidèle, il est évident que l'adultère de la femme apparaît comme plus grave que celui de l'homme. Mais si, au contraire, on considère les choses de haut, c'est-à-dire en examinant minutieusement toutes les conséquences sociales de l'adultère, quel que soit celui qui le commet, on se convainc aisément de l'injustice du Code, qui, loin de sauvegarder l'intérêt éminent de la Société, se montre pour ainsi dire complice, par sa tolérance à l'égard du sexe fort, des hommes mariés dont la vie extra-conjugale la lèse au plus haut point.

*
* *

Je dois, en terminant, reconnaître qu'il y a eu peut-être quelque hardiesse de ma part à tenter cette étude critique sur l'adultère et pas moins de présomption à penser apporter quelques idées nouvelles dans le débat. Mon excuse sera de n'avoir pas eu d'autre préoccupation que la recherche de la vérité et de la justice dans une question aussi grave, d'autre espoir que celui de contribuer, aussi faiblement que ce soit, à quelque réforme morale ou légale.

PREMIÈRE PARTIE

Histoire.

CHAPITRE PREMIER

L'ADULTÈRE AVANT JÉSUS-CHRIST

Presqu'à toutes les époques de l'histoire, (1) que la monogamie y ait été considérée comme étant supérieure à tout autre état matrimonial ou que la polygamie y ait été admise officiellement, les mœurs ont réprouvé l'adultère et les législations ont essayé de le réprimer. La diversité de conceptions que l'on se fit suivant les temps de la

(1) Je rappelle que je ne fais qu'un historique très succinct. A plus forte raison donc, je me borne à ne donner qu'un très vague aperçu de la question pour la période antérieure à Jésus-Christ.

Je suis obligé cependant d'examiner brièvement cette période afin de me permettre, le cas échéant et en particulier dans la partie critique, d'y renvoyer le lecteur. Que l'on ne s'étonne donc pas de trouver quelques mots sur la loi de Manou, et la loi des Hébreux, ainsi que quelques développements sur le droit Romain.

vie conjugale ; la différence de points de vue, auxquels on se plaça pour apprécier la fidélité des époux, expliquent fort bien la plus ou moins grande sévérité, avec laquelle on condamna l'adultère, et permettent également de comprendre que celui de l'homme marié ait été considéré tantôt comme punissable et tantôt comme légitime. Pour sanctionner la violation de l'infidélité conjugale, on s'inspira donc de principes qui varièrent suivant les époques, les milieux et les mœurs ; mais cependant il est permis de dire qu'à peu près partout et de tous temps, on frappa l'adultère soit de la femme seule, soit aussi du mari, ou comme une atteinte au droit divin, ou comme un crime contre la famille, par là même et indirectement contre la société.

La très vieille *loi de Manou* considérait déjà l'adultère comme néfaste tant au point de vue religieux qu'au point de vue social. « Ces êtres, fruits d'un commerce adultère, y lit-on notamment, anéantissent dans ce monde et dans l'autre les offrandes adressées aux dieux et aux mânes, lorsqu'on leur en donne une part (1) ». Et plus loin : « C'est de l'adultère que naît dans ce monde le mélange des classes, et du mélange des classes provient la violation des devoirs destructrice de la race humaine, qui cause la perte de l'univers (2) ». D'où des peines assez sévères infligées à la femme et

(1) *Loi de Manou*, III, 175. (Trad. LOISELEUR-DESLONGCHAMPS, p. 102).

(2) *Id.*, VIII, 353, p. 304.

surtout au complice (1), variant du reste suivant que celui-ci appartenait à l'une des quatre classes : Brahmanes, Vaisyas, Kchatryias ou Soudras. En outre, le mari pouvait répudier sa femme adultère (2).

Dans l'ancienne Égypte, le complice était puni de mort et la femme avait le nez coupé.

A Athènes, il était prononcé contre la femme coupable des peines arbitraires, toutefois autres que la mort. Mais le mari n'avait point le droit de tuer son épouse s'il la surprenait en flagrant délit d'adultère ; ce droit de vengeance privée ne lui était octroyé qu'à l'égard du complice, car c'est lui qui est presque toujours la cause première de la faute de la femme (3).

(1) « *Que le mari enferme dans un appartement séparé une femme entièrement corrompue, qu'il lui impose la pénitence à laquelle un homme est soumis pour avoir commis un adultère... Si elle commet une nouvelle faute, une fois rendue à la liberté, ayant été séduite par un homme de sa classe, la pénitence du pradjapatya et celle du tchandrayana sont prescrites pour sa purification.* » De plus, après sa mort, de terribles châtements attendent la femme adultère. « *Après sa mort elle renait dans le ventre d'un chacal, ou bien elle est affligée d'éléphantiasis et de consommation pulmonaire.* » *Ibid.*, V, 164; XI, 176, 177. Notons que l'homme adultère n'est puni qu'en tant que complice d'une femme honorable, et non pas pour ses relations avec une concubine. V *infra*, ch 2. Elle ne pouvait non plus répudier son mari.

(2) *Id.*, V, 371.

(3) V. pour les anciennes législations, SIEYÈS, thèse, *De l'Adultère chez les peuples de l'antiquité, à Rome et dans la législation française*, 1875, et surtout la très remarquable thèse de R. VOISIN, *Étude critique sur l'autorité maritale et la condition de l'épouse dans l'antiquité*, A. Rousseau, 1907.

Chez les Hébreux, l'adultère était de même considéré comme un acte au plus haut point répréhensible. Le Décalogue leur fait défense en termes concis mais formels de tromper leurs femmes. « Tu ne commettras point d'adultère..... Tu ne convoiteras point la femme de ton prochain (1) ». Mais la Bible ne contient point de simples préceptes de morale; elle indique le châtement de l'acte qu'elle réprovo: « Si un homme commet adultère avec une femme mariée, et s'il commet adultère avec la femme de son prochain, ils seront tous deux punis de mort, l'homme et la femme adultère (2) ». Et encore: « Si l'on trouve un homme couché avec une femme mariée, ils mourront tous deux, l'homme qui a couché avec la femme, et la femme aussi (3) ». Enfin, c'est de la mort aussi que furent punis les deux vieillards qui avaient accusé faussement Suzanne d'adultère; or, ils subirent « le mal qu'eux-mêmes avaient voulu faire à leur prochain (4) ». Le dernier supplice en usage chez les Hébreux était la lapidation (5).

Mais avant Jésus-Christ la législation, qui s'est le plus spécialement et le plus longuement occupée de l'adultère, était la législation romaine. Il ne semble pas inutile

(1) Exode, ch. xx, 14 et 17; Deutéronome, ch. v, 18 et 21.

(2) Lévitique, ch. xx, 10.

(3) Deutéronome., xxii, 22.

(4) Daniel, ch. xiii.

(5) Saint Jean, ch. viii, 5. — Lorsque le mari soupçonnait simplement sa femme d'infidélité, il pouvait la soumettre à l'épreuve des eaux amères. V. Nombres, V, 11 à 31.

d'en donner une esquisse avant d'étudier les innovations morales de l'Évangile (1).

On sait que le vieil état Romain avait pour base l'organisation de la famille et que celle-ci, d'autre part, reposait sur une idée fondamentale, la religion du foyer, le culte des ancêtres. Et ce culte était transmis de pères en fils, chose la plus sacrée qu'il fût. Dans ces conditions, comment concevoir un crime plus important que l'adultère de la femme? N'introduisait-il pas un sang étranger dans la famille romaine? N'était-ce point violer le droit divin qu'un prêtre illégitime, qu'un simple profane au fond, pût être appelé un jour à offrir des sacrifices aux mânes des aïeux (2)? Aussi la législation romaine fût-elle très sévère contre ce crime: elle varia du reste sensiblement.

Avant la loi Julia de Adulteriis coercendis, le droit appartenait au mari de tuer sa femme prise en flagrant délit d'adultère; celui-ci était sûr d'une impunité complète (3), que la femme fût *in manu* ou que même elle fût libre, suivant Paul Gide (4). Contre le complice, le *jus occidendi* lui était également accordé, ou si le mari trompé

(1) Pour la législation romaine relative à l'adultère, et les références. V. ESMEIN, *Le délit d'adultère à Rome*, Larose, 1878.

(2) FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, p. 102.

(3) « In adulterio uxorem tuam si deprehendisses, sine judicio impune necares », disait Caton, AULU-GELLE, *Nuits attiques*, X, 23, 5.

(4) P. GIDE, *Étude sur la condition privée de la femme*, p. 116 et 120. — *Contrà*, ESMEIN, *op. cit.*, p. 4.

le préférerait, il pouvait mutiler l'*adulter*, le battre, le déshonorer (1). Au cas où la femme n'était pas prise en flagrant délit, il fallait distinguer. Si elle se trouvait *in manu*, le mari était son juge, mais il devait s'entourer d'un *concilium*, tribunal de famille, composé des cognats de la femme et dont le rôle était prépondérant. Si au contraire elle n'était pas *in manu*, il fallait faire une sous-distinction. L'*uxor* était-elle *filiafamilias*? Son père était son juge souverain, s'entourant aussi ordinairement, mais non obligatoirement, d'un *concilium cognatorum*. N'était-elle pas au contraire *filiafamilias*? Alors, quoique cette opinion soit controversée, les parents et le mari étaient juges (2). Dans tous les cas, la peine prononcée pouvait être la mort, mais cette sévérité s'adoucit avec le temps et la peine usitée consistait à exiler la coupable à deux cent milles de Rome (3).

A une certaine époque, le mari eut contre sa femme une autre sorte de moyen de répression : il put la traduire devant le juge par la voie de la procédure civile, grâce à l'*actio de moribus*, qui lui permit de se faire attribuer tout ou partie de la dot. Plus tard il put arriver à la même fin par les *retentiones ex dote*.

Enfin il pouvait se faire aussi qu'un magistrat traduisit la femme adultère devant l'*Assemblée du peuple*, juge ordinaire au criminel : la peine était alors une amende,

(1) HORACE, *Sat.*, I, 2, v. 32 et ss.

(2) ESMEIN, *op. cit.*, p. 6 ; GIDE, *op. cit.*, p. 129.

(3) TACITE, *Annales*, II, 50, *in fine*.

multae irrogatio (1). Le complice même pouvait être traduit devant l'*Assemblée du peuple*.

Après la *Loi Julia de adulteriis coercendis* (736 ou 737 de Rome), le mari qui tuait sa femme même prise en flagrant délit commettait un véritable meurtre (2). Le *paterfamilias*, que sa fille fût *filiafamilias* ou *in manu mariti*, avait seul le *jus occidendi*, mais à la condition de tuer la femme et le complice *in continenti*, en même temps, et de les surprendre dans sa maison ou dans celle de son gendre (3). Le *jus occidendi* n'appartenait plus au mari que vis-à-vis du complice et encore sous certaines conditions (4).

Notons que de plus en plus, sous la loi Julia, la juridiction familiale perdit de son importance.

Ce qui a été dit jusqu'ici de l'adultère ne concerne que la femme. Après comme avant la loi Julia, l'adultère du mari ne constituait pas d'acte punissable (5). L'époux, à ce point de vue, est assimilé à tout célibataire ; il sera coupable d'adultère, s'il souille le foyer d'autrui ; il commettra un *stuprum*, s'il entretient des relations avec une *honesta matrona*. Mais peu importe qu'il viole sa propre foi conjugale (6). D'un autre côté, la femme n'avait point pour accuser de *jus uxoris*, correspondant au *jus mariti*, à

(1) CICÉRON, *Pro Rabirio*, 3, 8.

(2) L. 32, pr. et 38, § 8. *Dig.*, *Ad legem Juliam de adulteriis coercendis*, 48, 5 ; Paul, I, 26, 4. V. aussi P. GIDE, *op. cit.*, p. 135.

(3) L. 23, pr. et § 4. *Dig.*, h. t.

(4) V. ESMEIN, *op. cit.*, p. 13 et 14.

(5) L. 1, *Code*, *Ad legem Juliam de adulteriis*, 9, 9.

(6) L. 12, *Dig.*, h. t. ; L. 18, 20, *Code*, h. t. 9, 9.

moins qu'il n'y eût une exception, spécialement établie en sa faveur (1). Dans le droit postérieur seulement, lorsque les *questiones perpetuae* eurent disparu, le juge nouveau, jouissant de pouvoirs étendus, put, sur la plainte de la femme ou même d'office, punir l'adultère de l'époux (2).

Donc l'adultère seule de la femme était puni d'après la loi Julia. Mais il est une particularité à l'économie de cette loi, intéressante à remarquer, et qu'il sera utile de rappeler ultérieurement. Tout mari était puni qui surprénait sa femme en flagrant délit d'adultère et ne la répudiait pas et, de plus, s'il ne châtiât pas le complice, n'ayant aucune intention de le poursuivre (3). Celui qui agissait contrairement à cette disposition de la loi commettait le délit de *lenocinium*; il était *leno*. Donc, dans la nouvelle législation romaine relative à l'adultère, point de place pour le pardon. « Cette religion était si sévère que l'homme n'avait pas même le droit de pardonner complètement et qu'il était au moins forcé de répudier sa femme » (4).

Enfin la sévérité de la loi romaine à l'égard de la femme allait jusqu'à lui interdire le mariage après une condamnation pour adultère (5). La femme ainsi punie n'avait d'autres ressources que le concubinat (6).

(1) L. 1, *Code*, h. t. ; L. 2, *Dig.*, *De accusationibus*, etc., 48, 2.

(2) L. 13, § 5, *Dig.*, h. t.

(3) L. 29, pr. *Dig.*, h. t. ; L. 2 § 2 *ibid.*

(4) FUSTEL DE COULANGES, *La Cité antique*, p. 109.

(5) L. 29, § 1, *Dig.*, h. t.

(6) L. 1, § 2, *Dig.*, *De concubinis*, 25, 7.

Quant aux peines édictées contre l'adultère, un texte de Paul nous apprend qu'il y en avait une criminelle, la *relegatio in insulam*, et une autre civile, la *confiscatio* de la moitié de sa dot et du tiers de ses biens (1).

Mais, suivant M. Esmein, l'adultère à cette époque n'était pas puni de la peine capitale, pas plus que de l'*interdictio aquae et ignis* (2). L'adultère, en plus de la *relegatio* et de la confiscation du tiers de ses biens, était incapable de servir dans l'armée et de témoigner. Enfin le *leno* « quasi adulter punitur » (3).

Enfin il est utile de remarquer que, s'agissant là d'un *crimen publicum*, il était possible aux étrangers d'accuser une femme d'adultère et de la faire condamner. Ce droit ne leur était accordé que passé un délai de soixante jours et pendant quatre mois après le divorce, pendant lesquels le mari et le père seuls pouvaient accuser (4), ou quand le mari était mort (5). Prévoyant des entreprises malveillantes de la part des *extranei*, la loi *Remnia* déclare que les *calumniatores* seraient frappés d'une peine (6).

Quels devaient être les résultats de cette loi Julia?

(1) PAUL, *Sentences* II, 26, 14; ADDE, TACITE, *op. cit.*, II, 50, 85; SUÉTONE, *Auguste*, 65.

(2) ESMEIN, *op. cit.*, p. 29 à 32.

(3) L. 29, pr. *Dig.*, h. t. et L. 8 pr., *ibid.*

(4) L. 4, § 1; L. 11, § 6; L. 14, § 2; L. 15, § 5; L. 30, § 1, *Dig.*, h. t.

(5) L. 11, § 8, *Dig.*, h. t.; L. 22, § 1, *ibid.*

(6) L. 1, § 2, *Dig.*, *Ad S. C. Turpillianum*, 48, 16; L. 13, *Dig.*, *De testibus*, 22, 5.

Devait-elle, par sa rigueur, influencer notablement les mœurs en assurant plus de fidélité dans les ménages? Nullement. Les accusations étaient fort nombreuses, mais n'aboutissaient pas. La corruption en effet ne faisait que s'accroître; l'adultère constituait une des immoralités tolérées par l'opinion publique et ce n'est pas une loi qui pouvait transformer le sens moral des romains. Au reste, en fait, la loi Julia n'était pas appliquée. « *Ubi nunc lex Julia? Dormis?* », questionnait Juvénal par la bouche d'un de ses personnages dans l'une de ses satires (1), et il n'y avait qu'à peine un siècle d'écoulé depuis la loi Julia! De temps à autre les empereurs rendirent des édits ou firent des lois pour réprimer l'adultère, mais celles-ci n'eurent pas plus d'efficacité (2). Ainsi que nous le verrons plus loin, pendant les premiers siècles après Jésus-Christ, les efforts tentés à Rome par voie législative, pour épurer les mœurs familiales des vices, qui l'infectaient, furent vains: il faut en effet une puissance autrement forte que des lois, une action autrement profonde, pour relever un peuple de sa décadence (3).

(1) JUVÉNAL, *Satire II*, v. 37.

(2) V. notamment pour une loi de Septime-Sévère, DIO CASSIUS, *Histoire romaine*, LXXVI, 16.

(3) Je ne parlerai du droit romain après Jésus-Christ que dans le chapitre III, à propos de la peine dans le droit français ancien.

CHAPITRE II

LA MORALE ÉVANGÉLIQUE

Chez les peuples avant Jésus-Christ, l'adultère de la femme était donc considérée comme un acte abominable, méritant d'être l'objet d'une ferme répression; celui de l'homme n'avait au contraire rien de répréhensible, soit légalement, soit même moralement, selon les différents pays. Il y avait là une inégalité considérable entre l'homme et la femme qui s'expliquait du reste fort bien, par les idées religieuses de l'époque et par la conception que l'on se faisait alors du mariage.

Si l'on s'en tenait à certains passages de textes saints de l'antiquité, de la loi de Manou, et des Proverbes par exemple, on pourrait affirmer qu'une même morale était imposée à l'homme et à la femme, et partant on pourrait se croire autorisé à soutenir que, fort longtemps avant le christianisme, le précepte évangélique de fidélité mutuelle des époux était enseigné par les livres sacrés. C'est ainsi que dans la loi de Manou, nous trouvons cette phrase: « Qu'une fidélité mutuelle les unisse jusqu'à la mort, tel est en somme le principal devoir de la femme et

du mari... Le mari ne fait qu'une même personne avec son épouse (1) » ; ou que, en dehors même de la Bible, dans les Proverbes, nous lisons : « Bois l'eau de ta citerne, les ruisseaux qui sortent de ton puits !..... Que ta source soit bénie, et mets ta joie dans la femme de ta jeunesse. Biche charmante, gracieuse gazelle, que ses charmes t'enivrent en tous temps ! Sois toujours épris de son amour ! Pourquoi, mon fils, irais-tu à une étrangère et embrasserais-tu le sein d'une inconnue ? (2) ».

Mais ces textes prouvent en réalité moins qu'il ne le semble l'obligation de fidélité maritale, lorsqu'on les rapproche d'autres textes et que l'on songe aux mœurs de l'époque. La loi de Manou souhaite bien que les époux se restent l'un à l'autre fidèles toute leur vie, comme le recommandera plus tard le Christ, mais il ne faut pas oublier que la foi conjugale n'était pas comprise de la même manière chez les peuples polygames que chez les nations chrétiennes.

« L'infidélité du mari, dit P. Gide, consiste chez nous, non pas à délaisser son épouse, mais à avoir commerce avec une autre femme ; chez les Orientaux, au contraire, elle consiste, non pas à entretenir la femme d'autrui, mais à négliger sa propre femme et à ne pas lui rendre assidûment les devoirs conjugaux (3) ». Aussi les lois de ces

(1) Loi de Manou, IX, 45, 101-102.

(2) *Proverbes*, ch. v, v. 15 à 20. C'est Salomon qui parle.

(3) P. GIDE, *op. cit.*, p. 39.

peuples orientaux se préoccupaient-elles de régler la façon dont devait être rendu le *debitum conjugale*.

D'autre part, le passage cité perd bien de son importance et de son autorité, si on le rapproche de deux autres de la loi Hindoue. Le premier place la femme sous la dépendance absolue de son père, de son mari et de ses fils, sans possibilité de se gouverner elle-même : « Elle est sous la garde de son père, pendant son enfance, de son mari pendant sa jeunesse, de ses enfants, dans sa vieillesse ; elle ne doit jamais se conduire à sa fantaisie (1) ». L'autre exige qu'elle ait pour son mari plus que de l'amour, de la vénération : « Quoique la conduite d'un époux soit blâmable, bien qu'il se livre à d'autres amours et soit dépourvu de bonnes qualités, une femme vertueuse doit constamment le révéler comme un Dieu (2) ».

Or cette vénération est unilatérale, elle n'est imposée qu'à la femme, ce qui permet bien de penser que la fidélité conjugale, telle que nous la comprenons aujourd'hui, n'était en réalité exigée que d'elle, que la morale n'était pas unique pour les deux sexes. Et cette assertion trouve une autre preuve dans le fait que la même loi condamne la femme adultère à être dévorée par des chiens, sans édicter de peine correspondante pour l'homme infidèle (3).

(1) Loi de Manou, IX, 3

(2) *Id.*, V, 154, p. 191.

(3) *Id.*, V, 7. Suivant M. Voisin, cette tendance de la législation hindoue à tout réduire à l'unité, (« Celui-là seul est un homme parfait, qui se compose de trois personnes réunies, savoir : sa femme, lui-même et son fils. Les Brahmanes ont formulé cette

En ce qui concerne les Hébreux, il en est un peu différemment. Leur conception matrimoniale est certainement plus élevée que celle des Hindous. Dieu défendit à Moïse sur le Mont Sinaï de violer la foi conjugale et le Décalogue est formel : « Tu ne commettras point d'adultère... Tu ne convoiteras point la femme de ton prochain. » Donc, interdiction morale à l'homme autant qu'à la femme de tromper son conjoint. Mais si l'on se demande comment était suivi en fait cet ordre catégorique, on s'aperçoit immédiatement que le peuple hébreu, si respectueux pourtant des préceptes divins, ne se conforma jamais à celui-là, comme on pourrait le croire. De la théorie religieuse à la pratique effective, il y avait loin ; leurs mœurs ne s'élevèrent jamais à ce principe de morale.

De tous temps (1), la polygamie fut tolérée en Israël ; et Moïse lui-même la permit, pensant par là réfréner les passions de ses frères très enclins au libertinage et peut-être aussi pour satisfaire à leur désir de laisser de nombreux représentants de leur foi religieuse (2).

maxime : le mari ne fait qu'une même personne avec son épouse », Manou, IX, 45), eut justement pour résultat de donner à l'autorité du mari un caractère despotique et absolu, qui explique le culte exigé de l'épouse à l'égard de son mari et, pour l'adultère, l'inégalité de traitement entre l'homme et la femme. V. *op. cit.*, p. 29.

(1) *Genèse*, XXVIII, 9 ; XXIX, 20 et suiv. ; I *Rois* XI ; *Samuel*, XII, 8, XVI, 21, 22. Il est curieux de constater que Salomon, qui donnait de purs conseils à la jeunesse, avait, selon le 1^{er} livre des *Rois*, jusqu'à 700 femmes légitimes et 300 concubines.

(2) La coutume du Lévirat n'autorise-t-elle pareille supposition ?

D'autre part, les textes précités du Deutéronome et du Lévitique ne punissent de la mort que la femme adultère et non point aussi le mari coupable (v. p. 16). Enfin il est utile de remarquer que le droit de répudiation était unilatéral, prérogative de l'autorité maritale (1).

Quant à la législation romaine, esquissée dans le chapitre précédent, l'inégalité de traitement entre l'homme et la femme fut atténuée à une certaine époque, mais pendant fort longtemps, avant Jésus-Christ et encore quelque temps après, elle fut complète. Une parole de Caton, suivant Aulu-Gelle, la résume parfaitement : « Illa te si adulterares, digito non auderet contingere, nec jus est (2). » Et, au premier siècle de l'ère chrétienne, Juvénal la constatait encore ironiquement : « Dat veniam corvis, vexat censura columbas (3) ».

Cette inégalité n'avait certes pas été sans choquer depuis une époque assez lointaine l'opinion publique ; et Plaute, qui se plaisait à la flatter, savait bien atteindre son but en faisant se plaindre un de ses personnages de la dureté de la loi :

« Ecastor! lege dura vivunt mulieres,
Multoque iniquiore miserere, quam viri
Nam si vir scortum duxit clam uxorem suam,
Id si rescivit, impune est viro.
Uxor viro si clam domo egressa est foras,

(1) VOISIN, *op. cit.*, p. 82 et s.

(2) AULU-GELLE, *op. cit.*, X, 23, 5.

(3) JUVÉNAL, *Satire II*, v. 63.

Viro fit causa, exigitur matrimonio.
 Utinam lex esset eadem, quæ uxori est, viro!
 Nam uxor contenta est, quæ bona est, uno viro.
 Qui minus vir una uxore contentus siet? (1) »

Mais les récriminations, qu'on pût formuler contre l'injustice de la loi, n'eurent aucun effet. Tout ce qu'il est permis de noter, c'est qu'à un moment donné l'*actio de moribus* fût donnée à la femme contre son mari; si celui-ci était convaincu d'adultère, il perdait les termes que la coutume avait établis pour la restitution de la dot « quæ pondere, mensura, numero continetur »; si la dot, suivant le droit commun, devait être restituée immédiatement, il était condamné à payer en plus « quantum in illa dote, qua triennio redditur, representatio facit (2). » En outre, plus tard, vers le deuxième siècle après Jésus-Christ, on finit par admettre qu'une peine sanctionnerait l'infidélité maritale sur la plainte de la femme, mais dans le cas seulement où de son côté le mari poursuivrait son épouse pour adultère (3). Ce fut tout, et jamais le droit romain ne fut plus sévère à l'égard de ce dernier. Malgré que sous l'Empire le droit ancien fût singulièrement transformé et que l'on eût abandonné la plupart des traditions religieuses, il en restait cependant un certain nombre de vestiges; comme aux temps les plus reculés de Rome, l'adultère de la femme paraissait être encore le danger le plus terrible qui menaçât

(1) PLAUTE, *Le marchand*, act. IV, sc. V, v. 3 et ss.

(2) V. ESMEIN, *op. cit.*, p. 8.

(3) V. ESMEIN, *op. cit.*, p. 72.

l'institution familiale et celle-ci avait conservé un caractère sacré, ne fût-il qu'apparent, aux yeux des Romains. Enfin, si l'on songe à la dépravation générale de l'époque, et en particulier à l'abominable corruption des hommes, on ne s'étonne pas que la législation ne tendit point à infliger une peine identique à chacun des époux, lorsqu'ils manquaient à leurs devoirs conjugaux. Une transformation législative en ce sens eut pu s'opérer naturellement, si les mœurs romaines s'étaient peu à peu affinées au lieu de s'altérer, si l'institution du mariage avait été l'objet de tout le respect qui lui est dû par les peuples civilisés: « Rien de plus admirable chez ce peuple que la sainteté du mariage, disait Tacite en parlant des Germains; on n'y rit pas d'une infidélité conjugale, on en a horreur. Les adultères y sont très rares (1). » Les Germains avaient cependant des mœurs générales plus rudimentaires que celles des Romains; mais, plus que ceux-ci, ils avaient le sentiment qu'un peuple ne saurait être puissant sans une forte discipline matrimoniale.

*
* *

Le christianisme marqua l'avènement d'une morale matrimoniale nouvelle. Il instaura chez les peuples païens, abandonnés à leurs instincts et à leurs passions effrénées, des mœurs plus pures, et détrôna le sensualisme des individus pour déposer en leur cœur des sentiments plus déli-

(1) TACITE, *Mœurs des Germains*, ch. 18 et 19.

cats et susciter en leur âme plus d'idéalisme. La conception de l'union sexuelle ne pouvait que gagner en beauté et en élévation morale.

La virginité apparaît avec le christianisme comme l'état supérieur de l'homme. Mais puisque la grâce de se maintenir en cet état n'est pas donnée à tout le monde, puisqu'il y a peu d'individus qui aient la force morale de se conserver chastes toute leur vie, le mariage est encouragé comme le meilleur moyen de ne point tomber dans le mal, d'éviter l'impudicité. « A ceux qui ne sont pas mariés et aux veuves, je dis qu'il leur est bon de rester comme moi-même. Mais s'ils ne peuvent se contenir, qu'ils se marient ; car il vaut mieux se marier que de brûler..... Si pourtant tu t'es marié, tu n'as pas péché ; et si la vierge s'est mariée, elle n'a pas péché..... Ainsi celui qui marie sa fille fait bien, et celui qui ne la marie pas fait mieux (1). » La première Épître de Saint Paul aux Corinthiens est extrêmement nette à cet égard.

Ainsi l'état de mariage ne constitue point l'état de perfection ; mais, aux yeux de l'Église, l'union sexuelle légitime est loin d'être immorale. Elle l'est si peu qu'elle est d'origine divine, puisque Dieu a établi le mariage dès le commencement du monde, suivant la Genèse, rappelée par le Christ lui-même. « Dieu créa l'homme à son image ; il l'a créé à l'image de Dieu ; il les a créés mâle et femelle. Et Dieu les bénit et il leur dit : Soyez féconds, multi-

1) SAINT PAUL, 1^{er} Épître aux Corinthiens, ch. vii, 9, 28, 38.

pliez, etc... (1). » Et encore : « Il n'est pas bon que l'homme soit seul ; je lui ferai une aide semblable à lui (2). »

Toutefois, pour que le mariage soit conforme à l'esprit chrétien, pour qu'il soit sanctifié, il importe nécessairement qu'il soit contracté suivant certains principes, conditions *sine qua non* de sa moralité.

D'abord l'homme et la femme qui s'unissent doivent s'aimer d'un amour profond, exclusif de passion impudique, plein de dévouement et de sacrifice mutuel. « Que les femmes soient soumises à leurs maris, comme au Seigneur, disait Saint Paul, car le mari est le chef de la femme, comme le Christ est le chef de l'Église, son corps, dont il est le sauveur..... Maris, aimez vos femmes comme le Christ a aimé l'Église et s'est livré lui-même pour elle, afin de la sanctifier.... C'est ainsi que les maris doivent aimer leurs femmes, comme leurs propres corps. Celui qui aime sa femme s'aime lui-même (3). » L'amour conjugal est donc d'essence toute particulière ; il suppose, de la part de chaque conjoint, le don de sa personnalité à l'autre, la fusion de son être avec celui de l'autre. Le Christ disait ainsi aux Pharisiens : « N'avez-vous pas lu que le Créateur, au commencement, fit un homme et une femme et qu'il dit : à cause de cela l'homme quittera son père et sa mère, et s'attachera à sa femme, et ils devien-

(1) Genèse, I, 27, 28.

(2) *Id.*, II, 18.

(3) SAINT PAUL, Épître aux Éphésiens, ch. v, 22, 25, 28.

dront les deux une seule chair. — Ainsi ils ne sont plus deux mais une seule chair (1). » Et c'est ainsi en s'inspirant de la même idée de fusion dans l'union des deux sexes que Saint Paul condamnait éloquemment et logiquement l'impudicité : « Ne savez-vous pas que celui qui s'unit à la prostituée est un seul corps avec elle ? Car dit l'Écriture, « ils seront les deux en une seule chair (2) ».

D'autre part, l'union de l'homme et de la femme, pour être morale, doit être indissoluble ; et ce caractère est essentiel au mariage chrétien (3).

« Que l'homme ne sépare pas ce que Dieu a uni ! » C'est la parole même du Christ (4), rappelée maintes fois plus tard par les pères de l'Église (5), et cette prohibition du divorce est encore confirmée par d'autres textes. C'est ainsi qu'à une question des Pharisiens Jésus répond : « Celui qui renvoie sa femme, — si ce n'est pour impudicité, — et en épouse une autre, commet un adultère, et celui qui épouse une femme renvoyée se rend adul-

(1) SAINT MATHIEU, ch. XIX, 4 à 6. — Comp., *Genèse*, II, 24.

(2) SAINT PAUL, 1^{er} *Épître aux Corinthiens*, ch. VI, 16. De sa prison de Mamertine, Saint Paul écrivait aussi aux Hébreux : « Que le mariage soit honoré de tous et le lit conjugal exempt de souillure, car Dieu condamnera les impudiques et les adultères ». *Épître aux Hébreux*, XIII, 4.

(3) Il serait peut-être plus juste de dire « au mariage catholique », car tout le monde sait qu'une grande partie des sectes protestantes admet en fait l'indestructibilité du lien conjugal.

(4) SAINT MATHIEU, ch. XIX, 6.

(5) V. not. SAINT AMBROISE, *Expositio in Lucam*, I. VIII, n. 5.

tère (1) ». De son côté Saint Paul exprime la même idée dans deux de ses *Épîtres* : d'abord dans *l'Épître aux Romains* : « Une femme mariée est liée par la loi à son mari tant qu'il est vivant ; mais, si le mari meurt, elle est dégagée de la loi qui la liait à son mari. Si donc, du vivant de son mari, elle épouse un autre homme, elle sera appelée adultère (2) » ; ensuite dans la 1^o *Épître aux Corinthiens*. « Quant aux personnes mariées, j'ordonne, non pas moi, mais le Seigneur, que la femme ne se sépare point de son mari ; — si elle en est séparée, qu'elle reste sans se remarier ou qu'elle se réconcilie avec son mari ; pareillement que le mari ne répudie point sa femme.... La femme est liée aussi longtemps que vit son mari ; si le mari vient à mourir, elle est libre de se remarier à qui elle voudra ; seulement que ce soit dans le Seigneur (3). »

La conséquence logique de l'indissolubilité matrimoniale était la condamnation de l'adultère. Jésus rappelle la parole de Dieu : « Tu ne commettras point d'adultère ». Même il va plus loin, beaucoup plus loin ; il pénètre jusqu'au fond du cœur des individus et condamne tout sentiment coupable : « Et moi, je vous dis que quiconque

(1) SAINT MATHIEU, ch. XIX, 9. Nous verrons plus tard quelle valeur la tradition catholique a donné au membre de phrase restrictif, qui ne se trouve ni dans saint Luc, ni dans saint Marc, ni dans saint Jean.

(2) SAINT PAUL, *Épître aux Romains*, ch. VII, 2 et 3.

(3) *Id.*, 1^o *Épître aux Corinthiens*, ch. VII, 10, 11, 39.

regarde une femme avec convoitise, a déjà commis l'adultère avec elle dans son cœur (1). » De son côté Saint Paul, encore dans sa première Épître aux Corinthiens, comprend les adultères parmi ceux qui ne verront point le royaume de Dieu : « Ni les impudiques, ni les idolâtres, ni les adultères, ni les efféminés.... ne verront le royaume de Dieu. (2) » C'est là assurément une condamnation spirituelle comme toutes celles que prononcent les textes saints, mais qui n'en est pas moins péremptoire et qu'encourent inévitablement tout individu qui agit en sens contraire aux prescriptions du Christ. Et cette condamnation purement spirituelle de l'adultère, tout à fait conforme à la conception chrétienne du mariage, ne contredit en rien l'absolution que donna Jésus à la femme adultère. Jésus, en remettant à celle-ci sa faute, n'avait point la pensée de proclamer la légitimité de la tromperie conjugale. L'épisode de la femme adultère (3) est une simple anecdote, comme toutes celles dont sont parsemés les Évangiles : le sens n'en peut être compris exactement que si l'on tient compte des circonstances qui ont entouré le fait relaté. Jésus-Christ prit en pitié la femme adultère parce qu'il jugea qu'elle en était digne et, loin d'approuver son acte, il ne fit que le lui pardonner. Cet épisode caractérise bien au contraire l'esprit chrétien : d'un côté péché qui exige

(1) SAINT MATTHIEU, ch. v, 27 et 28.

(2) SAINT PAUL, 1^o Épître aux Corinthiens, ch. vi, 10.

(3) SAINT JEAN, ch. VIII. V. aussi la traduction versifiée de A. DE VIGNY, *La femme adultère*.

expiation, et d'un autre côté pardon s'il y a repentir : « Allez et ne péchez plus. »

Enfin le christianisme n'admet qu'une seule morale pour les deux sexes. L'obligation de fidélité est aussi strictement exigée de l'homme que de la femme; l'adultère est un acte aussi répréhensible, qu'il soit commis par l'un ou par l'autre. Les pères de l'Église l'ont toujours affirmé. « La femme n'a pas puissance sur son propre corps, mais le mari; pareillement le mari n'a pas puissance sur son propre corps, mais la femme (1). » Cette phrase de Saint Paul prouve bien que l'homme et la femme ont des droits égaux l'un sur l'autre; et plus tard Saint Jérôme déclare la même chose en des termes un peu différents. « Aput nos quod non licet fœminis aque non licet vivis et eodem servitus pari conditione censetur (2). » Et autre part : « Mais parmi les chrétiens, il n'en est pas ainsi. Si un mari peut répudier sa femme pour cause d'adultère une femme peut quitter son mari pour le même crime; dans des conditions égales, l'obligation est égale (3). »

La doctrine du Christ apporta donc des principes de morale tout nouveaux, qui, en particulier pour le mariage, tranchaient singulièrement avec les conceptions des peuples païens. S'il est vrai que le mari y est considéré comme le chef, le directeur de l'union conjugale, la femme n'est cependant point placée dans une condition

(1) SAINT PAUL, 1^o Épître aux Corinthiens, ch. vii, 4.

(2) Cause XXXIII, Qu. 5, c. 19, 20.

(3) SAINT JÉRÔME, *Ep. XXIX, ad Oceanum, (Éloge de Fabiola)*.

morale inférieure à la sienne, mais a les mêmes droits que lui, comme elle a les mêmes obligations. Obligations de chasteté, d'amour conjugal, de fidélité sont absolument identiques pour l'un et pour l'autre ; quiconque des deux se risque à les violer manque à ses devoirs de chrétien.

Ces principes nouveaux révolutionnèrent donc le monde païen, et la pratique rigide ainsi que l'attitude noble et digne des premiers adeptes de la doctrine divine ne furent point sans contribuer fortement à pénétrer les masses. Quelle allait être leur influence sur les législations positives ? C'est ce que je me propose d'étudier, pour la France en particulier, dans les prochains chapitres ; mais préalablement il importe d'examiner comment ils devaient être interprétés et développés par les autorités ecclésiastiques.

CHAPITRE III

LA LÉGISLATION CANONIQUE

Aux yeux du christianisme, pureté, indissolubilité et fidélité constituent donc les trois conditions essentielles de moralité, que doivent observer strictement tous les époux soucieux de vivre selon les préceptes divins ; par suite, l'adultère, qui viole l'un de ceux-ci, ne peut être que réprouvé.

Seulement, plus préoccupés de l'âme que du corps, de la vie spirituelle des individus que de leur vie temporelle, le Christ et les Apôtres ne prononcèrent que des peines exclusivement spirituelles. Heureux ceux qui sont purs, car ils verront le royaume de Dieu ! Au contraire, la fornication et la trahison conjugale étant de très graves péchés, ni les impudiques ni les adultères ne peuvent espérer le voir.

Mais nulle sanction matérielle ne fut édictée par Jésus-Christ et ses premiers ministres ; les pouvoirs civils seuls, auxquels est confié le soin d'organiser et de régler la vie sociale, aviseront à réprimer les actes qu'ils jugeront susceptibles de porter préjudice à la société.

Plus tard seulement, lorsque l'Église eût acquis parmi

les peuples une puissance temporelle, que papes, évêques et conciles devinrent eux-mêmes les réformateurs des lois humaines, que certains actes délictueux ressortirent directement à la juridiction ecclésiastique, l'adultère fut alors l'objet de décisions diverses, qui le frappèrent de peines, non plus uniquement spirituelles, mais aussi temporelles. Les coupables, en plus de l'excommunication, furent notamment enfermés dans un monastère, pour y faire pénitence pendant un temps plus ou moins long. Ces peines ecclésiastiques n'avaient évidemment rien de la barbarie des châtiments séculiers ; elles n'en avaient pas moins, en un sens, un caractère bien défini.

Les autorités religieuses interprétèrent-elles fidèlement l'Évangile ? En respectèrent-elles l'esprit ? Appliquèrent-elles ses principes à la lettre ? Toutes ces questions sont extrêmement importantes et mériteraient d'être examinées de plus près que je ne le puis faire ici.

Certes, si l'on met en regard de certains principes fondamentaux de l'Évangile, relatifs au mariage, quelques applications qui en ont été faites par les pères de l'Église, on est assez tenté de conclure à une contradiction ou tout au moins à une adaptation inadéquate aux principes.

En effet, comme on a pu s'en convaincre précédemment, les préceptes matrimoniaux des livres saints étaient catégoriques, absolus : indissolubilité, égalité entre les deux sexes, non moins d'ailleurs que l'interdiction de tuer son prochain. Et pourtant, ainsi qu'on le verra plus loin, l'Église, avant de prohiber formellement le divorce,

hésita longtemps à le condamner d'une façon radicale, sans exception, troublée qu'elle était par un texte ambigu de saint Mathieu. D'autre part, elle sembla bien faire preuve d'une certaine indulgence à l'égard du mari, meurtrier de son épouse coupable d'adultère, contrairement à la défense ferme et sans restriction du Décalogue : tu ne tueras point ! Enfin à côté de textes canoniques qui rappellent nettement le principe, *conjuges non ad imparia judicantur*, les autres s'occupent tout spécialement de l'adultère de la femme et ont tout l'air de lui trouver plus de gravité qu'à celui de l'homme. N'est-il donc pas légitime d'affirmer qu'il y eut souvent de la part de l'Église fausse application de l'esprit évangélique ? (1)

Les ennemis du catholicisme ou les simples incroyants pourront certainement estimer qu'il y a là une flagrante incohérence, et que l'Église prouve, par son propre exemple, combien il y a loin de la théorie à la pratique. Les beaux enseignements sont chose relativement facile, il est moins aisé de les adapter à la vie réelle.

Mais si, au lieu de s'abandonner à un sentiment de haine ou seulement d'antipathie, on veut bien se livrer à quelques considérations on se convainc sans peine que l'Église n'est pas inconséquente avec elle-même, ainsi qu'on le prétend.

(1) On pourrait aussi soutenir, s'appuyant sur le pardon qu'accorda Jésus-Christ à la femme adultère, que le christianisme ordonne l'absolution. Ce serait absurde. V. p. 34.

D'abord il importe de bien remarquer que jamais les principes fondamentaux de l'Évangile, tels qu'indissolubilité, égalité entre les deux sexes, fidélité conjugale, n'ont été contredits par les pères de l'Église, et en particulier par des décisions papales ou conciliaires.

Pas plus qu'on ne rencontre dans le droit canonique de textes où le meurtre soit permis, on n'y trouve soutenu que le mariage est d'essence destructible, ou que les devoirs moraux ne sont pas les mêmes entre les deux époux, ou encore que l'un des conjoints est en droit de tromper l'autre; à toute époque, au contraire, les principes de l'Évangile furent affirmés et rappelés par les autorités ecclésiastiques, sans qu'il puisse y avoir à cet égard le moindre doute.

Mais alors, pourquoi donc ne furent-ils pas tout au moins appliqués dans toute leur rigueur? Pourquoi, en particulier et pour ne pas sortir du sujet, l'Église témoigne-t-elle une certaine indulgence à l'égard de « l'uxoricide! » Et pourquoi s'est-elle plus occupée de l'adultère de la femme que de celui de l'homme, comme s'il était plus répréhensible?

Pour le comprendre, il faut réfléchir aux institutions et aux mœurs des populations dans le sein desquelles se répandit la doctrine chrétienne. Celle-ci apportait des préceptes moraux tout nouveaux, qui tranchaient singulièrement avec les conceptions païennes. Pendant les premiers siècles du christianisme, les adeptes de la religion nouvelle ne pouvaient que se contenter de la faire con-

naitre et de la faire aimer par des prédications et des exemples personnels, trop peu nombreux encore pour avoir des représentants à la direction des affaires publiques, qui pussent transformer directement les institutions sociales selon leur idéal moral.

Mais plus tard, lorsque les chrétiens se furent considérablement multipliés, l'Église, dont la puissance par suite ne faisait que s'accroître, ne se contenta plus de répandre la bonne nouvelle; elle dut prendre elle-même en mains les intérêts civils des peuples, qu'elle avait conquis moralement, et édicter des lois dont l'ensemble constitua le droit canonique. Dès lors rien de surprenant à ce que son attitude se modifiât quelque peu.

En effet, n'agissant plus seulement au nom de Dieu, mais aussi au nom de la Société, et aussi investie, en outre de sa puissance spirituelle, du pouvoir temporel, sa tâche ne devait plus consister uniquement à diffuser sa doctrine et à provoquer des actes de foi; il lui fallait organiser la vie sociale conformément aux principes divins, en déterminant des règles pratiques, qui en fussent la plus fidèle application, et en établissant des sanctions matérielles.

Mais ce fut là précisément que les autorités ecclésiastiques se heurtèrent à une difficulté très embarrassante. Le choix s'offrait à elles entre deux attitudes, deux tactiques. Devaient-elles appliquer la doctrine chrétienne à des peuples plus ou moins encore grossiers d'une façon rigide, sans tempérament aucun, dans toute son intégrité? N'était-il pas au contraire nécessaire, dans l'intérêt même

de la religion, tout en restant intransigeant sur les principes et tout en les traduisant par des dispositions légales qui les respectassent le plus possible, de tenir compte, en même temps et dans une certaine mesure, des mœurs des peuples barbares et de tâcher de les réformer sans brusquerie (1)?

C'est de la seconde façon que l'Église procéda. Les révolutions violentes ou subites lui ont toujours profondément répugné comme moyen de transformation sociale; elle préfère les évolutions lentes et progressives, les transitions méthodiques et graduelles qui, au lieu de bouleverser la vie des peuples, lui permettent au contraire de se développer peu à peu et de se perfectionner sans à coup. Cette juste idée d'évolution, que revendiquent avec tant d'apreté, comme leur étant personnelle, les ennemis du catholicisme, a toujours été bien au contraire l'une des plus chères à l'Église (2). Ses ministres en ont donné plus d'une fois la preuve dans l'histoire, lorsqu'il s'est agi pour eux non pas de rappeler et d'affirmer les préceptes du Christ comme ordres moraux, mais de les

(1) Cf. VOISIN, *op. cit.*, p. 332.

(2) On peut en trouver une autre preuve dans l'attitude de l'Église vis-à-vis de l'esclavage. Celui-ci était contraire aux principes évangéliques et les premiers chrétiens luttèrent ardemment pour libérer leurs frères du joug qui les écrasait. Croyaient-ils cependant pouvoir triompher du jour au lendemain? Non; car, d'abord ils n'avaient pas la force entre les mains; en outre, ils devaient tenir compte de l'état des mœurs de cette époque, où bien des peuples n'étaient pas encore suffisamment mûrs pour pouvoir jouir d'une liberté sans dangers.

interpréter pratiquement et d'en tirer de véritables lois sociales. Respect absolu des principes, mais indulgence dans toute application qui n'en était point la formelle violation: voilà pourquoi l'Église eut une certaine clémence pour l'époux meurtrier, suivant quelques décisions; voilà pourquoi aussi les textes canoniques visent plus particulièrement l'adultère féminin.

Il convient en plus d'ajouter que, si l'adultère de la femme fut l'objet de plus de dispositions que l'adultère de l'homme, ce n'est point que ce dernier fut considéré comme moins blâmable par l'Église ou même exempt de toute peine religieuse. Mais en fait, d'un côté les femmes étaient moins portées à accuser leurs maris devant la justice, sans doute en raison de la tolérance générale de l'opinion publique à l'égard des hommes; d'un autre côté, la preuve de l'adultère masculin était beaucoup plus difficile à faire que celui de l'adultère féminin, d'où poursuites beaucoup moins fréquentes. C'est ce que le pape Innocent disait très nettement: « *Christiania religio adulterium in utroque sexu pari ratione condempnat. Sed viros suos mulieres non facile de adulterio accusant, et non habent latentia peccata vindictam* (1). »

1. — LES PRINCIPES

Les principes évangéliques, étudiés précédemment,

(1) Cause XXXII, Qu. 5, c. 23.

inspirent et dominant toute la législation canonique relative au mariage.

D'abord le mariage est un *sacrement* qui sanctifie les âmes et les élève vers Dieu.

Ensuite il est *indissoluble*. Avec le christianisme, en effet, « voilà donc le mariage devenu *sacrement*, non simplement contrat, — le mariage *indissoluble*, non pas susceptible d'être rompu comme un pacte par entente mutuelle ou résolution, — le mariage formant un *état* qui s'impose, avec ses devoirs et sa discipline tracés d'après les préceptes de la morale religieuse, non pas traité comme une association libre avec statuts convenus au gré des parties (1). »

Les canonistes, à la suite de Saint Paul, voient volontiers dans le mariage l'image de l'Union du Christ avec l'Église, ce qui entraîne l'indissolubilité (2). A la fin du ix^e siècle, Hincmar de Reims poussait même la comparaison plus loin et exigeait, pour qu'il y eut indissolubilité, la *copula carnalis*, grâce à laquelle le mariage représente véritablement l'union du Christ qui s'est fait chair pour s'unir à l'Église (3).

(1) Ch. LEFEBVRE, *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat?*. Extrait de la *N. Rev. hist.*, Larose, p. 13.

(2) Pour la question de l'indissolubilité, sur laquelle je ne pourrais insister ici sans digression, V. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, t. I et II; v. aussi M^{sr} HULST, *Conférences de Notre-Dame*. (Carême de 1894, note 6, p. 37.)

(3) HINCMAR DE REIMS, *De nuptiis Stephani et felix Regimundi comitis*, (Op. édit. Sirmond, t. II, p. 652, 657, 659.)

Seulement, ainsi que je le disais plus haut, l'Église n'appliqua pas toujours le principe d'indissolubilité avec une extrême rigueur. La pratique du divorce était tellement répandue, — et où le fut-elle plus que dans l'Empire Romain?, — que certains évêques, surtout dans les parties orientales de l'Empire, montrèrent une grande tolérance à l'égard des fidèles, qui profitaient des lois séculières pour divorcer. De leur côté, les conciles admettaient aussi des tempéraments. Au xii^e siècle, certaines causes de divorce étaient encore admises au cas d'hérésie de la part d'un des conjoints, ou d'absence de l'un d'eux ou même d'infirmités graves. Mais au moyen âge l'adultère fut l'objet de très vives controverses? Devait-on l'admettre comme cas de divorce? Le texte de saint Mathieu présentait quelque obscurité et offrait un argument à ceux qui soutenaient la possibilité de divorcer sans violer les préceptes évangéliques. Quoi qu'il en soit, le concile de Trente trancha définitivement la question dans le sens orthodoxe, c'est-à-dire sans admettre d'exception. Et depuis lors l'indissolubilité n'a cessé d'être affirmée catégoriquement par l'Église catholique et en particulier, dans la seconde partie du xix^e siècle, par Pie IX dans le *Syllabus* ainsi que par Léon XIII dans son Encyclique *Arcanum divinæ*. La différence est donc bien marquée entre les législations canonique et civile. *Lex humana non prohibet; sed prohibet lex divina* (1).

(1) Cause XXXIII, Qu. II, c. 2 (*Ambrosius super Lucam*). Il est bon de noter que le mari trompé n'encourait ni reproche, ni pénalité

D'un autre côté l'*unité de morale* entre les deux sexes fut un principe toujours respecté à travers les âges comme une vérité chrétienne. Avant et pendant le mariage, la même pureté fut exigée aussi bien de l'homme que de la femme.

Avant le mariage, l'impudicité est aussi coupable chez l'un que chez l'autre ; si le jeune homme a la prétention d'épouser une jeune fille pure, qu'il commence par se conserver pur pour elle. Elle a le même droit que lui. « *Intactam quæris ? Intactus esto, Puram quæris ? Purus esto.* » (1)

Pendant le mariage, les deux conjoints doivent se garder la même foi. La conséquence du principe d'indissolubilité est nécessairement, ainsi qu'on l'a vu précédemment, la condamnation de l'adultère, de l'assouvissement

au cas où, sachant sa femme adultère, il ne se séparait pas d'elle ; cela constituait une remarquable différence avec le droit romain, mais ce n'était qu'une conséquence logique du principe d'indissolubilité.

(1) Cause XXXII, Qu. VI, c. 2 (*Augustinus de verbis Domini*) : « Si ducturi estis uxores, servate vos uxoribus vestris. Quales vultis eas invenire, tales et ipsæ vos inveniant. Quis juvenis est, qui non castam velit ducere uxorem ? et si accepturus est virginem, quis non intactam desideret ? Intactam quæris ? Intactus esto ; quæris puram ? Purus esto. Non enim illa potest et tu non potes » — Il est très intéressant de rapprocher de ce vieux texte un passage du P. Lacordaire qui traduit la même idée en des termes pleins de poésie et d'éloquence : « Ah ! garde lui ton cœur comme elle te garde le sien ; ne lui apporte pas des ruines en échange de sa jeunesse ; et puisqu'elle se sacrifie pour toi par un amour anticipé, fais à ce même amour dans les replis de tes passions un juste et sanglant sacrifice ». *Conférences de Notre-Dame*, t. III : l'Épreuve. Paris, Poussielgue.

de sa passion en dehors du mariage (1). La violation de la foi jurée est un péché extrêmement grave (2) ; mais elle est aussi blâmable de la part de l'homme que de la femme.

La maxime *Una lex de mulieribus et viris* est en effet aussi vraie pendant le mariage qu'avant ; elle est répétée sans cesse par les Pères de l'Église. Égalité des époux pour le devoir de pureté, de chasteté (3) ; égalité de même pour le devoir de fidélité. *Eadem servitus pari conditione censetur ; mutua servitus ; conjuges non ad imparia judicantur*, telles sont quelques-unes des expressions qui sont le plus employées pour indiquer l'identité de situation morale des époux. Lactance (4), Saint Jérôme (5), Saint Jean Chrysostome (6), affirment le principe sans restriction aucune. Nous avons déjà vu que le pape Innocent I le déclara

(1) Cause XXXII, Qu. V, c. 15 (*Ysidorus super Exodum*) : « Non mæchaberis, id est, nec quisquam preter matrimonii federa aliis, feminis admisceatur ad explendam libidinem ».

(2) Cause XXXII, Qu. VII, c. 16 (*Augustinus ex epistola Clementis*) : « Quid omnibus peccatis est adulterio gravius ? »

(3) Cause XXXII, Qu. IV, c. 4 (*S^t Ambrosius*) : « ... Omne stuprum est adulterium, nec viro licet quod mulieri non licet. Eadem a viro, que ab uxore, debetur castimonia... »

(4) Lactance, *Institutiones divinæ*, lib. VI, c. 23, n. 24 : « Sed divina lex ita duos in matrimonium conjungit, ut adulter habeatur quisquis compagem corporis in diversa distraxerit ».

(5) Cause XXXIII, Qu. V, c. 19 et 20 : « Apud nos quod non licet feminis æque non licet viris, et eadem servitus pari conditione censetur. »

(6) Cause XXXII, Qu. I, c. 4 : « Similiter, si uxor invenerit virum suum adulterum, non ad imparia judicatur. »

d'une façon aussi péremptoire, tout en reconnaissant qu'en fait les femmes hésitaient à accuser leurs maris et que pour elles la preuve de l'adultère était assez malaisée (1). Saint Augustin estimait même que l'acte de l'homme était au fond encore plus blâmable que celui de la femme, car l'homme est *caput mulieris* et par conséquent *debet precedere in omnibus factis uxorem suam* (2). Les écrivains et commentateurs soutenaient la même vérité, par exemple Hostiensis (3), Petrus Leurenus (4), et ce dernier faisait très justement remarquer qu'ainsi les Saints-Canons n'imitaient point les Constitutions impériales. Enfin de nos jours, le pape Léon XIII a rappelé fermement le principe d'égalité entre les deux conjoints (5).

2. — LA RÉPRESSION DE L'ADULTÈRE

§ 1^{er}. — Compétence et procédure.

Avant d'étudier les pénalités, qui font l'objet précis de ce travail, il n'est pas inutile de dire deux mots sur la juridiction compétente et sur la procédure suivie.

(1) Cause XXXII, Qu. V, c. 23 (*Innocentius papa*).

(2) Cause XXXII, Qu. VI, c. 5 (*Augustinus de decem cordis*).

(3) HOSTIENSIS, *Summa*, p. 387.

(4) PETR. LEURENIUS, *Jus canonicum*, t. IV, lib. 5, tit. XVI, *De adult. et stupr.*, Quest. 280.

(5) LÉON XIII, Encyclique *Arcanum divinæ*, 10 fév. 1880.

A l'origine, la juridiction de l'Église sur les mariages ne pouvait être que disciplinaire (1); mais, à mesure que la Société devenait chrétienne, cette juridiction se transformait et s'affermissait.

Au x^e siècle, les Tribunaux ecclésiastiques finirent par être seuls investis du droit de connaître des causes matrimoniales, et en particulier des accusations d'adultère (2). Cette exclusivité de compétence s'expliquait par ce fait qu'il s'agissait de la violation d'un serment et de la profanation d'un sacrement.

Mais un édit de Philippe de Valois du 10 juillet 1336, retira aux Tribunaux ecclésiastiques le droit de juger des adultères commis par les laïcs (3). Ce crime fut alors mis parmi les *cas royaux*, dont connaissaient seuls les sénéchaux et les baillis du roi à l'exclusion des juges des seigneurs (4). Une ordonnance plus générale en faveur des

(1) V. pour la compétence, Paul FOURNIER, *Les officialités au moyen-âge*; ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, t. 1, p. 1 et s., et les références; SIEYE, *op. cit.*, p. 251 et s., 301 et ss.

(2) Cause XXXII, Qu. 5, c. 23 (*Innocentius papa*): « ... Viri autem liberius adulteras a*ju*d sacerdotes deferre consueverunt ».

(3) FONTANON, *Edicts et ordonnances des rois de France*, t. IV, p. 943: « Ordonnance que les juges ecclésiastiques ne citent, ne tiennent en procez par devant eux gens mariez qui auront cogneus charnellement autres femmes que les leurs, et qu'à ce faire soient contraints par priaise de leur temporel. » Adde, JOUSSE, *Traité de justice criminelle*, t. III, liv. 3, 4^e part., tit. III, n. 63; MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles*, 1^{re} part., liv. 3, tit. IV, ch. v, § 1 de l'*adult.*, n. 17; FOURNEL, *Traité de l'adultère*, p. 32 et s.

(4) SERPILLON, *Commentaire sur l'ordonnance de 1670*, 1^{re} part., tit. I, art. 14, n. 27.

juges laïcs (*Villers-Cotteret, août 1539*) confirma celle de 1336 (1), ainsi que d'autres qui s'occupèrent de la même question; mais en ce qui concernait les prévenus ecclésiastiques, l'adultère était considéré comme un *délit privilégié*, dont l'instruction se faisait conjointement par le juge d'Église et par le juge royal (2).

C'est à l'époque où l'Église était juge unique que je me placerai pour étudier la répression de l'adultère, à l'époque où celui-ci était considéré comme un « *crimen mere Ecclesiasticum de quo iudex secularis cognoscere non potest* » (3).

Quant à la procédure, c'est le principe accusatoire qui était toujours la règle devant les officialités, mais en droit canonique exception était faite en matière d'adultère à ce principe de l'accusation publique. Les étrangers étaient exclus de celle-ci; seuls pouvaient accuser directement le mari, le père et les proches parents, avec préférence pour le mari d'agir avant tout autre pendant un délai de soixante jours (4).

Mais au XII^e et XIII^e siècles, les dérèglements et les scandales des clercs et des laïcs furent tels qu'une répression énergique devint nécessaire. La procédure *per inquisitionem* se développa à côté de la procédure *per accusationem*.

(1) ISAMBERT. *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. XII, p. 600 (art. 1 et 2).

(2) MUYART, FOURNEL, SERPILLON, *loc. cit.*

(3) PETR. LEURENIUS, *op. cit.*, t. I, lib. 1, tit. XXXI, qu. 862, n. 2.

(4) *Ibid.*, *op. cit.*, t. IV, lib. 5, tit. XVI, qu. 279: « Sic ante omnes, etiam ante patrem adulteræ admittendus ad accusandum maritus. »

Ajoutons, en ce qui concerne l'accusé, que tout individu coupable d'adultère était passible des peines édictées, que ce fût un homme ou une femme, un clerc ou un laïc, un roturier ou un noble (1). Seulement, ainsi qu'on le verra bientôt, les peines variaient sensiblement suivant la condition du coupable.

Enfin, avant d'étudier les pénalités, il est encore nécessaire de rappeler l'importance des fiançailles au moyen âge (2).

On distinguait, comme on le sait, les *sponsalia per verba de futuro*, simple engagement de contracter mariage, se rapportant à l'avenir et non pas au présent, et les *sponsalia per verba de præsentis*, déclaration de se prendre immédiatement comme mari et femme. La seconde *desponsatio* était le mariage proprement dit et entraînait l'obligation de fidélité. Aussi, dans le second cas, les peines de l'adultère s'appliquaient à celui qui contrevenait à sa parole donnée, et alors même que la consommation du mariage n'aurait pas encore eu lieu, car c'était le *consensus* et non le *concupitus* qui constituait le mariage. « *Ante matrimonii consummationem adulterium.* » (3).

(1) PETR. LEURENIUS, *lib. et tit. cit.*, qu. 281.

(2) V. pour les fiançailles, Ambroise COLIN, *Des fiançailles et des promesses de mariage*, 1887; ESMEIN, *op. cit.*, *passim*.

(3) SANCHEZ, *Disputationes de sancto matrimonii sacramento*, liv. 10, de div, disp. 8, n° 6; PETR. LEURENIUS, *op. lib. et tit. cit.*, qu. 278; FARINAGIUS, *Opera criminalia*, 5^e partie, qu. 141, n° 50.

§ 2. — Pénalités.

L'adultère pouvait être frappé de deux sortes de peines : *criminelles et civiles*.

En aucun temps, l'Église ne frappa le coupable de la peine de mort, comme cela avait lieu chez les peuples anciens et en particulier chez les Hébreux. Il était conforme à l'esprit chrétien que Dieu seul ait le droit de retirer la vie à ses créatures. C'est pour cela que les juridictions ecclésiastiques ne s'occupaient point des *causes du sang*, c'est-à-dire des crimes pouvant entraîner la peine capitale. Et en conséquence, lorsqu'on portait devant elles de telles affaires, elles les renvoyaient aux juges séculiers.

Cependant, sans prononcer elle-même la peine de mort, l'Église reconnaissait-elle au mari le droit de tuer son épouse adultère ? L'excusait-elle tout au moins ?

J'ai déjà dit plus haut qu'elle ne procéda point sous ce rapport à une application très logique de ses principes et j'ai essayé d'en donner une explication. Certes, elle avait horreur du sang et condamnait le meurtre. Sans doute aussi nous avons des textes, qui nous prouvent qu'au cas d'adultère il n'est nullement permis à l'homme de tuer sa femme. Saint Augustin le disait péremptoirement (1). Plus

(1) Cause XXXIII, qu. II, c. 9 (*Augustinus de adult. conjug.*) : « Si (quod verius dicitur) non licet homini christiano adulteram conjugem occidere, sed tantum, etc... »

tard le pape Nicolas écrivait à un archevêque que la Sainte Église n'a jamais été liée par les lois humaines qui permet au mari de tuer son épouse, qu'elle n'a point d'autre glaive que le glaive spirituel, qu'elle ne tue point, mais qu'elle vivifie (1). Un autre pape, Etienne, n'est pas moins catégorique dans une lettre à Astolphe, roi des Lombards (2). Mais d'un autre côté certains textes nous autorisent à présumer une certaine indulgence de la part de l'Église. Ce sont d'abord une lettre du même pape Nicolas à un autre archevêque (3). Ensuite un autre passage de la lettre

(1) *Ibid.*, c. 6 (*Nykolaüs papa scribit Albino archiepiscopo*) : « Inter hæc vestra sanctitas addere studuit, si cujus uxor adulterium perpetravit utrum marito illius liceat secundum mundanam legem eam interficere. Sed sancta Dei ecclesia nunquam mundanis constringitur legibus ; gladium non habet, nisi spiritualem ; non occidit, sed vivificat ». *Ibid.*, c. 7 (*Item Pius Papa*) : « Quicumque propriam uxorem absque lege, vel sine causa et certa probatione interfecerit, aliamque duxerit uxorem, armis depositis publicam agat penitentiam et, si contumax fuerit, et episcopo suo inobediens extiterit, anathematizetur, quousque consentiat ». *Adde CLARES, Opera omnia sive practica civilis et criminalis*, lib. 5 de *Homicidium*, n° 50 ; *PETR. LEURENIUS, op., lib., tit. cit.*, qu. 290, n° 2 : « In foro conscientiae et coram Deo nullatenus licet patri aut marito filiam vel uxorem, vel adulterum in adulterio deprehensos occidere. »

(2) Cause XXXIII, qu. II, c. 8 (*Stephanus Astulpho*) : « ... Nam si verum (quod absit) fuisset, sicut adulter mentitus est, post septem annos peracta penitentia dimittere eam per approbatam causam poteris, si voluisses ; *occidere tamen eam nullatenus debuisti*. Non enim vult Deus mortem peccatoris, sed ut convertatur ad penitentiam et vivat. »

(3) *Ibid.*, c. 5, (*Nykolaüs papa scribit Rodulpho Bituricensi archiepiscopo*) : « Interfectores suarum conjugum sine iudicio, *cum non addis, adulterarum* vel aliquid hujusmodi, quid aliud habendi sunt

d'Etienne, mentionnée à l'instant, qui contredit l'autre passage (1). Ces contradictions de textes, et en particulier la dernière qui se trouve dans le même document, ne font que corroborer l'explication que j'ai donnée plus haut. Il faut distinguer le *droit* et le *fait* : rigidité maintenue dans la définition des principes ; accommodement dans leur application par suite de circonstances atténuantes.

Les *peines criminelles*, prononcées par le droit canon, variaient suivant que le coupable était clerc ou laïc.

Le *clerc*, convaincu d'adultère, était destitué de son office, privé de la société des fidèles et des sacrements, et enfermé dans un monastère pendant tout le reste de sa vie pour y faire pénitence (2). Si le clerc n'était que soupçonné et accusé d'adultère, il était simplement suspendu de son office au cas où il succombait. Certains auteurs

quam homicidæ, ac per hoc ad penitentiam redigendi? Quibus penitus conjugium denegatur, exceptis adolescentibus, etc... »

(1) *Ibid.*, c. 8 : «... Occidisti uxorem tuam, partem corporis tui legitimo matrimonio tibi sociam, sine causa mortis non tibi resistentem, non insipientem quocumque modo vitæ tuæ. Non invenisti eam cum alio viro nefariam rem facientem. »

(2) *Distinct.* 81, c. 10 (*Ex synodo Aurelianensi*) : « Si quis clericus adulterasse aut confessus fuerit aut convictus, depositus ab officio communionis concessa in monasterio toto vitæ suæ tempore tradatur. » *Ibid.*, c. 11 (*Pelagius Constantino defensori*) : « Romanus ecclesiæ Thianensis clericus pro crimine adulterii quod admisisset perhibetur a clericatus ordine depositus in monasterio hic in urbe romana ad agendam penitentiam ex nostra jussione retrusus est. » V. aussi CLARUS, *op. cit.*, de adulterio, n° 7; PETR. LEURENIUS, *op. lib., tit., cit.*, qu. 286, n° 3.

soutenaient au contraire qu'il était puni comme s'il était convaincu (1).

Lorsque le coupable d'adultère était un *laïc*, homme ou femme, il encourait d'abord l'*excommunication* prononcée par l'évêque du lieu, soit d'office, soit sur la plainte de l'autre conjoint (2). *Tam masculus quam femina excommunicatur* (3). En plus de l'excommunication, il était enfermé pendant deux ou trois ans dans un monastère pour y faire pénitence. Les décisions que l'on trouve à ce sujet visent surtout l'hypothèse de la femme adultère ; mais il est bon de se ressouvenir encore ici de ce qui fut dit plus haut à ce sujet et de remarquer qu'un texte assimile d'une façon très précise l'homme à la femme (4).

Je rappelle également qu'avec le christianisme il n'y avait rien d'immoral ni de répréhensible à ce qu'un mari con-

(1) *Decret. Greg. IX*, liv. V, tit. I, *De accusat.* cap. 23; PETR. LEURENIUS, *loc. cit.*

(2) *Decret. Greg. IX*, liv. V, tit. XVI, *De adult. et stupro*, cap. 6 : « Intelleximus... eam et illum vinculo excommunicationis adstrinxit. »

(3) CLARUS, *loc. cit.*

(4) Cause XXXII, qu. 1, c. 6 : (*Ex penitentiali Theodori*) : « Si quis uxorem suam scit adulteram, et non vult dimittere eam, sed in matrimonio habere, tres annos peniteat, et, quamdiu illa penitet, abstineat se ab illa. » *Ibid.*, c. 4 (*J. Chrysostomus*) : « Si quis uxorem suam invenerit adulteram, et postea deinceps placuerit habere eam in matrimonio, duobus annis peniteat ideo, quia cum adultera mixtus sit, que adhuc crimine suo non est purgata, aut abstineat se a matrimonio ejus, donec expleatur satisfactio criminis penitentiæ suæ, ideo, quia post satisfactionem penitentiæ non meretur vocari adultera. Similiter, si uxor invenerit virum suum adulterum, non ad imparia judicatur. »

sentit à reprendre la vie conjugale, au cas où la femme coupable avait fait pénitence ; en général, il était même recommandé qu'il acceptât de reprendre son épouse (1). S'il refusait, celle-ci était enfermée dans un couvent pour y faire pénitence perpétuelle (2). Enfin s'il ordonnait qu'elle vint recommencer avec lui la vie commune, elle devait y obtempérer (3).

Par ce bref exposé, on peut se rendre compte que ces peines étaient à proprement parler plus religieuses que temporelles ; elles auraient même eu toutes un caractère spirituel, si elles n'eussent compris parmi elles la claustration de la femme.

Mais en outre il existait un certain nombre de *peines civiles* qui sanctionnaient l'adultère.

(1) Decret. Greg. IX, liv. V, tit. XVI, *De adult. et stupro*, cap. 3 (*Ex concilio Arelatensi*) : «... Quod si mulier dimissa egerit pœnitentiam, et voluerit ad virum suum reverti, debet sed non sæpe, recipere peccatricem, quæ pœnitentiam egit. »

(2) *Ibid.*, liv. III, tit. XXXII, *De convers. conjugat.*, cap. 19 (*Gregorius IX*) : « Gaudemus in domino : mulieres vero, quæ relicto maritali toro lapsu carnis ceciderunt, si mariti earum, a te diligenter commouiti, eas ad frugem melioris vitæ conversas noluerint recipere propter Deum, in claustris cum religiosis mulieribus studeas collocare, ut perpetuam pœnitentiam ibi agant. »

(3) Cause XXXII, qu. 1, c. 5 (*Pelagius papa melleo sub diacono*) «... Jubemus ut adulterum cum adultera districte punire non differas... illa vero, si quidem maritus tuus sine aliquo dolo recipere forte voluerit, tua ordinatione sub cautela recipiat... » Le mari n'était pas non plus répréhensible lorsqu'il ne répudiait pas sa femme adultère ; cela correspondait bien à l'idée chrétienne de pardon.

En premier lieu, la séparation de corps (*separatio a toro et mensa, divortium*), qui pouvait être demandée par l'époux trompé : le mari pouvait chasser la femme infidèle de même que la femme pouvait quitter son mari (1). Mais le divorce, tel que nous l'entendons aujourd'hui, c'est-à-dire la rupture complète du lien conjugal, n'était pas admis, étant considéré comme contraire au principe de la morale religieuse (V. *supra* pour cette question). Quoique séparés, le mari et la femme restaient unis : *semper tamen conjuges erunt*.

En second lieu, après la séparation, le mari n'était point obligé de rendre la dot de sa femme, que celle-ci perdait donc en guise de punition (2), et il reprenait sa *donatio propter nuptias*. Par réciprocité, le mari adultère perdait la *donatio propter nuptias*, qui était acquise à la femme innocente et lui rendait sa dot (3).

En troisième lieu, les adultères, une fois condamnés, étaient frappés *d'infamie*. Pour les laïcs, les effets étaient les mêmes que dans le droit romain le plus récent : incapacité *d'ester* en justice, inéligibilité aux magistratures et aux fon-

(1) Decret. Greg. IX, liv. IV, tit. XIX, *De divortijs*, cap. 2, 4, 5. V. en outre ESMEN, *op. cit.*, t. 2, p. 43 et ss. ; 293 et ss.

(2) Decret. Gregor. IX, liv. IV, tit. XX, *De donat. inter vir et uxor*, cap. 4 : « Plerumque... si mulier ob causam suæ fornicationis iudicio ecclesiæ aut propria voluntate a viro suo recesserit, nec reconciliata postea sit eidem, eo defuncto dotem vel dotalicium suum repetere non valebit. »

(3) SANCHEZ, *op. cit.*, liv. VI, disp. 8, n° 2 ; FARINAGIUS, *op. cit.*, qu. 142, n° 1 et 35 ; PETR. LEURENIUS, *op., lib., tit., cit.*, qu. 287, n° 3.

tions administratives. Les clercs, eux, ne pouvaient plus recevoir les ordres ni de ministère sacré et de plus étaient privés de tout honneur ou dignité ecclésiastique et autres bénéfiques (1).

Il importe aussi de mentionner ici deux décisions, suivant lesquelles le mari trompé, d'un côté, ne pouvait obtenir de ministère ecclésiastique et, d'un autre côté, devait renvoyer sa femme si l'adultère avait été commis après son ordination (2). Ces décisions n'eurent de valeur pratique qu'à l'époque où l'Église admit le mariage chez les clercs, pourvu toutefois qu'il fût contracté avant leur ordination (3).

Ajoutons également que tout seigneur perdait son fief, au cas où il commettait un adultère avec la femme de son vassal, et que par contre le vassal, qui en commettait un

(1) Decret. Greg. IX, liv. II, tit. XX, *De Testim.*, cap. 54.

(2) *Distinct.* XXXIV, c. 11 (*Neocæsariensi concilio*) et c. 12 (*Ex concilio Martini papæ*) : « Si laici uxor in adulterio fuerit deprehensa, hic talis ad ministerium ecclesiasticum nullo modo adducatur Si autem post ordinatione alicujus clerici uxor adulterata fuerit, dimittat eam. Si autem cum ipsa voluerit permanere, a ministerio alienus sit. » Ces deux textes supposent donc la possibilité pour les clercs d'être mariés. V. sur la question du mariage des clercs mineurs et supérieurs, E. BOCQUET, *Étude sur le célibat ecclésiastique*, thèse 1894.

(3) Cette conséquence de l'adultère de la femme, qui avait une repercussion sur le mari, peut être rapprochée de l'ancienne coutume médiévale, consistant à promener le mari trompé sur un âne, le visage tourné vers la queue, et à travers la ville. V. FOURNEL, *Traité de l'adultère*, p. 360 et ss.

avec l'épouse de son seigneur, voyait son fief retourner à la seigneurie (1).

Enfin, pour compléter l'examen sommaire des peines civiles, il est nécessaire d'étudier rapidement la question de savoir si la femme adultère, devenue libre par la mort de son mari, avait la possibilité d'épouser son complice. La question fut au moyen âge très vivement discutée (2).

Le droit canonique prohiba d'abord de tels mariages, ainsi que le prouvent des décisions réunies au *Decreti secundas pars* et aux *Decretales Gregorii IX* (3). Mais la règle était mal établie et il y avait de grandes contradictions. Yves de Chartres, Pierre Lombard et Gratien prirent notamment part à la controverse. Gratien décidait que le mariage était licite, à condition que les femmes coupables consentissent à faire pénitence, sans dire toutefois nettement si l'union était nulle ou valable et ce fut ce dernier sens qu'adopta la doctrine canonique ; les décrétalistes ne virent plus d'empêchement ni prohibitif ni dirimant dans l'adultère (4). Seulement, dans deux cas particuliers, celui-ci fut considéré comme un empêchement dirimant (*criminis enormitas*).

(1) PETR. LEURENIUS, t. III, liv. III, tit. XX, qu. 437, n° 3.

(2) V. sur la question ESMEIN, *op. cit.*, t. I, p. 208 et ss. ; 384 et ss. Il est curieux de remarquer que l'on ne s'occupait pas du mariage de l'homme marié adultère avec sa complice au cas de décès de sa femme.

(3) Cause XXXI, qu. 1 ; Decret. Greg. IX, lib. 4, tit. VII, *De eo qui duxit in matrim., quam prius polluit per adult.*

(4) Decret. Greg. IX, lib. 9, tit. 1, *De spons.*, c. 20 ; Panormitanus sur Decret. Greg. IX, lib. 4, tit. VII, *De eo qui duxit*, etc... c. 1.

Le premier cas était celui où l'épouse infidèle tramait la mort de son conjoint. Celui-ci, s'il pouvait prouver la complicité de sa femme, était en droit, suivant un texte du décret de Gratien, de la répudier et d'en épouser une autre. La femme perdait tout espoir de se remarier, car cela lui était défendu (1). Mais il ne faut pas oublier que la répudiation de la femme et la possibilité pour le mari de convoler en secondes noces ne furent permises qu'à l'époque où, s'appuyant sur le texte de saint Mathieu, on faisait une exception au principe d'indissolubilité pour le cas de fornication. Plus tard et définitivement, à la suite du Concile de Trente, aucune dérogation ne fut plus admise au principe (V. *suprà*). Un autre texte déclare que le mariage de la femme adultère avec son complice pourra être toléré, sauf au cas où tous deux seraient convaincus d'avoir donné la mort au mari (2).

Le second cas était celui où l'épouse adultère donnait à

(1) Cause XXXI, qu. 1, c. 6 (*Ex concilio apud Vermerias*). Palea : « Si qua mulier in mortem mariti sui cum aliis conciliata sit, et ipse vir aliquem illorum se defendendo occiderit, si probare potest ille vir, eam ream esse concilii potest (ut nobis videtur) ipsam uxorem dimittere, et, si voluerit, aliam ducere. Ipsa autem insidiatrix penitentiæ subjecta absque spe conjugii maneat. »

(2) Cause XXXI, qu. 1, c. 5 : « Si quis vivente marito conjugem illius adulterasse accusatur, et, eo in proximo defuncto, eandem sumpsisse dinoscitur, omnimodis penitentiæ publicæ subiciatur. De quo etiam post penitentiam prefata, si expedierit, servabitur regula; nisi forte idem, aut mulier virum, qui mortuus fuerat, occidisse poterit, aut propinquitas, vel alia quelibet actio criminalis impediatur. Quod si probatum fuerit, sine ulla spe conjugii cum penitentiâ perpetuo maneat. »

son complice ou recevait de lui une promesse jurée de mariage, *juramentum*, pour le cas de survie de l'un et de l'autre à la mort du mari (1). Cet empêchement dirimant exigeait trois conditions : une promesse de mariage, rapports adultères, mauvaise foi du complice (2).

Avant de terminer l'étude de la législation canonique relative à l'adultère, n'oublions pas de dire que la légitimation par mariage subséquent était inapplicable aux enfants adultérins (3).

(1) Cause XXXI, qu. 1, c. 4 (*In concilio Triburiensi legitur*) : « Relatum est auribus sanctorum sacerdotum, quemdam alterius uxorem stupro violasse et insuper mechæ vivo viro suo juramentum dedisse, ut post legitimi mari i mortem, si super vixisset, duceret eam uxorem, quod et factum est. Tale igitur connubium prohibemus et anathematizamus. »

(2) Decret. Greg. IX, lib. 4, tit. 7, *De eo qui duxit*, c. 6, 8, 10.

(3) *Ibid.* liv. 4, t. t. XVII, *Qui filii*, c. 6. Comp., *Distinct.* LVI, c. 8 (*Ieronimus*) : « Dominus noster Jesus Christus voluit, non solum de alienigenis, sed etiam adulterinis commixtionibus nasci, nobis magnam fiduciam præstans ut qualicumque modo nascamus, tantum ut ejus vestigia imitemur, ab ipsius corpore non separemur, cujus per fidem membra effecti sumus. »

CHAPITRE IV

L'ANCIEN DROIT

On vient de voir que le droit canon condamnait l'adultère et prononçait contre lui certaines peines, en s'inspirant des principes élevés de l'Évangile. Il s'occupait plus, comme je l'ai fait remarquer, des âmes que des corps, de la faute morale que de l'acte antisocial; aussi ses peines avaient-elles un caractère éminemment religieux.

Comment le droit séculier, lui, considérait-il l'adultère? La violation de la foi conjugale faisait-elle l'objet d'une répression ou bien était-elle regardée comme relevant de la morale pure?

Au moyen âge, même à l'époque où l'Église fut toute-puissante, les mœurs étaient loin d'être pures. Les rois, malgré leur dévotion, qui n'était en somme pour la grande majorité qu'une caricature du catholicisme, avaient une vie sexuelle digne du plus bas matérialisme. Tout le monde sait qu'en dehors de leurs femmes légitimes, ils avaient de nombreuses concubines, que ce fussent les rois francs, Clotaire, Chilpéric, Dagobert ou Charlemagne, ou les rois de la monarchie absolue,

Henri IV, Louis XIV ou Louis XV : les scandales de Cour étaient choses constantes. Pour eux, la pureté chrétienne était une vertu simplement théorique, qu'ils se souciaient peu de pratiquer; on aurait dit au contraire qu'ils avaient pour l'adultère un respect protocolaire. Beaucoup de seigneurs ne donnaient pas de meilleurs exemples à leurs sujets. Moralement autant que politiquement, ils se faisaient comme un point d'honneur de singer les monarques (1). Comment s'étonner de la dépravation des mœurs qui exista à certaines époques de l'ancien régime? Les puissants, par leur vie honteuse, plus païenne que chrétienne, incitaient les petits à vivre en marge de la morale et le devoir de fidélité conjugale n'était pas le plus difficile à transgresser.

L'adultère n'en était cependant pas moins réprimé très sévèrement : on le considérait en effet comme un crime extrêmement grave tant en lui-même que par les conséquences qu'il engendrait, d'une part constituant un parjure et un sacrilège (2) en même temps qu'une atteinte à la « jouissance exclusive du mari sur sa femme (3) »,

(1) Que l'on songe aussi au fameux *droit du Seigneur*.

(2) « De tous les crimes de luxure, l'on peut dire qu'il n'en est point de plus contraire à la société humaine que celui-ci, en ce qu'il tend à rompre les liens les plus sacrés qui réunissent les hommes entre eux et qu'il renferme tout à la fois un parjure et un sacrilège de la part des personnes mariées qui tombent dans ce crime et de la part de ceux qui le commettent avec elles, un attentat à la majesté suprême, en cherchant à séparer ce qu'elle avait si étroitement uni. » MUYART, *op. cit.*, 1^{re} part., liv. 3, tit. IV, ch. v, § 1, n° 3.

(3) FOURNEL, *op. cit.*, p. 275 et ss. On y rencontre d'autres

d'autre part développant terriblement les passions humaines, et conduisant aux drames les plus douloureux (1). Pour faire expier un tel forfait, des peines corporelles redoutables étaient édictées par les anciennes coutumes et ordonnances et infligées impitoyablement par les Parlements de France. La mort n'était pas en disproportion avec la gravité du crime.

Seulement, avec le temps, on se départit de cette rigueur et dès le XVI^e siècle le dernier supplice était tombé en désuétude comme moyen de répression, aussi bien à l'égard du complice qu'à l'égard de la femme. En outre, bien que les recueils de jurisprudence contiennent d'assez nombreux arrêts en cette matière, il faut bien remarquer que l'application des peines était en fait assez rare. Les juristes s'en plaignent maintes fois. Jousse estime qu'on pourrait, comme Juvénal, s'exclamer à juste titre : « *Ubi nunc lex Julia, dormis?* » (2) La vengeance est en réalité laissée à Dieu seul.... et aux maris qui sont ainsi poussés à se rendre justice eux-mêmes. Cet

expressions analogues : « La possession de la femme par le mari..., le droit de disposer de sa personne... ; la femme est son bien... ; la propriété lui en a été assurée par la société... » Ne peut-on pas les rapprocher de la formule consacrée du moyen âge : « Le mari est seigneur et maître de sa femme ? »

(1) « La passion est sans bornes. Caton disait qu'il n'y avait pas de femme adultère qui ne fût prête à commettre un empoisonnement. *Nullam adulteram, non eandem veneficam esse.* QUINTILIEN, liv. V, ch. x. » FURNEL, *loc. cit.*

(2) JOUSSE, *op. cit.*, t. III, liv. III, 4^e part. tit. III, n^o 2 ; Duret, *Traité des peines*, folio 21, verso.

énervement de la répression n'avait rien de surprenant : l'opinion publique était tellement indulgente pour les adultères qu'elle devenait en quelque sorte leur complice et qu'elle rendait impossible une sévère application des peines. A moins qu'il y eut scandale capable d'émouvoir les autorités judiciaires, les époux trompés s'abstenaient de porter plainte devant les tribunaux. Bien que l'adultère fût au fond un crime « atroce », il était considéré comme une « espièglerie de Société (1) » qui ne jetait aucun discrédit sur celui qui s'en rendait coupable (2). C'était au contraire le mari trompé qui se trouvait être le plus puni : l'opinion publique l'accablait de ridicule (3). A Paris même, à une époque peu avancée du moyen âge il était d'usage « de promener sur un âne, le visage tourné vers la queue, le mari qui accusait sa

(1) FURNEL, *loc. cit.*

(2) « Mais quel profit aurons-nous de disputer quelle peine est la plus fréquente, ven qu'aujourd'hui on fait si peu de correction de ce vice, et que celui qui est plus enclin est réputé plus gentil compagnon ? » DURET, *loc. cit.* Adde, SERPILLON, *loc. cit.*

(3) « Il faut avouer que les époux infortunés ne trouvent pas dans la société la commisération qu'ils auraient lieu d'en attendre. L'opinion publique attache même à leur situation une espèce de ridicule qui vient mettre le comble à leur affliction. » FURNEL, *op. cit.*, p. 360 et ss. — « J'ai consulté l'opinion ; et j'ai vu que, si j'écoutais l'opinion, ce même délit, considéré indépendamment de tant d'événements désastreux qui en ont été la suite, n'est plus regardé, dans nos mœurs, comme une prévarication bien odieuse ; et que l'époux outragé qui, en pareille circonstance, demande que la loi punisse, excite souvent moins de pitié que de haine. » — *Mémoire sur ne question d'adultère...* pour le sieur Kornman (1787), p. 74.

femme d'adultère (1) ». Cet opprobre, dont était couvert l'époux trompé, avait pour résultat naturel d'inciter celui-ci à supporter en silence l'adultère de sa femme au lieu de le poursuivre criminellement (2). Enfin, une raison militaire fit que le complice adultère n'était point frappé en fait des peines applicables. Fournel nous dit, en effet, « que les seigneurs, qui trouvaient autant de soldats dans chacun de leurs sujets, n'avaient garde de prononcer contre eux ni la peine de mort, ni toute autre peine corporelle qui les aurait rendus incapables du service militaire. Aussi les seigneurs se contentaient-ils généralement de condamner à quelque cérémonie humiliante comme celle de courir tout nus dans un certain espace de la seigneurie ou depuis une porte de la ville jusqu'à l'autre (3) ».

Quoi qu'il en soit, contrairement au droit canon qui proclamait l'égalité de la faute entre l'homme et la femme, l'ancien droit séculier faisait une grande distinction entre les deux sexes; l'adultère de l'épouse était considéré comme beaucoup plus grave que celui du mari et par suite faisait l'objet de peines plus sévères. Cette idée d'inégalité était dominante sous l'ancien régime et a persisté avec le même

(1) FOURNEL, *loc. cit.* Comp. *suprà*, distinct, XXXIV, c. 11 et 12, p. 58 note 2.

(2) « Aussi le parti le plus sage qu'on puisse conseiller à un mari en pareille occasion, c'est de dévorer ses chagrins et de ne point faire part de son secret à un public malicieux, qui paie presque toujours d'ingratitude la confiance de l'imprudent époux. » FOURNEL, *op. cit.*, p. 364.

(3) FOURNEL, *op. cit.*, p. 301.

crédit jusqu'à nos jours; j'aurai plus loin à l'examiner de près. Avant la Révolution, on reconnaissait bien que l'adultère de l'homme était « très criminel en soi », qu'au point de vue du for intérieur il était aussi blâmable que celui de la femme (1). Mais au point de vue des conséquences, les deux conjoints n'étaient plus placés sur le même pied d'égalité : l'infidélité de l'épouse apparaissait comme beaucoup plus répréhensible que celle du mari. La raison justificative de cette différence de traitement était que le moindre écart de la femme risque de donner au mari des héritiers nécessaires qui ne sont pas réellement ses enfants, selon la maxime *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, et que par suite il y a vol de donner à toute une famille des parents et des héritiers étrangers, qui usurpent le nom, la noblesse et les biens des familles (2). En dehors de cette raison, Pothier et Fournel justifiaient l'inégalité entre les deux sexes par la puissance du mari sur sa femme. Le premier déniait le droit à celle-ci, « qui est une inférieure, d'avoir inspection sur la conduite de son mari, qui est son

(1) « Si l'on jugeait la question par les principes du for intérieur, l'accusation d'adultère serait accordée contre les maris aussi bien que contre les femmes. En effet les obligations et les devoirs ne sont-ils pas les mêmes? Le mari n'a-t-il pas, tout aussi bien que la femme, fait au pied des autels le serment de fidélité? Ne se rend-il pas, comme la femme, coupable de parjure, lorsqu'il se livre à des embrassements étrangers, et qu'il va porter ailleurs des caresses destinées à sa légitime épouse? » FOURNEL, *op. cit.*, p. 12.

(2) POTHIER, t. VI, *Contrat de mariage*, 6^e part., ch. III, art. 1, § 1 *in fine*, n° 516; SERPILLON, *loc. cit.*; FOURNEL, *op. cit.*, p. 13 et 14; MUYART, *op. loc. cit.*, n° 10; JOUSSE, *loc. cit.*, n° 1.

supérieur. Elle doit présumer qu'il lui est fidèle et la jalousie ne doit pas la porter à faire des recherches sur sa conduite (1) ». Le second attribuait au mari, « inspecteur-né des mœurs de sa femme », un « droit de possession », bien plus « de propriété » sur celle-ci (2). Au moyen âge en effet, ainsi que sous l'ancien régime, la femme était considérée comme inférieure à l'homme, lui devant obéissance, soumission complète ; l'homme avait tous les droits, la femme tous les devoirs. « Mariée, elle doit obéissance à celui qu'elle a print pour seigneur et maistre. L'homme est l'âme et la femme le corps ; l'un commande, l'autre sert (3) ». La femme mariée ne devait pas être ardente au plaisir car elle « porte le nom de dignité et non de volupté (4) ». Elle doit se conserver chaste et fidèle, tandis que l'homme ne commet pas grand crime à céder aux sollicitations de ses sens (5). Cette subordination de l'être le plus sensible à l'être le plus fort ne dénotait-elle pas une influence très précise de l'esprit romain sur le droit français ? Quelle différence avec la conception purement chrétienne de l'union conjugale, où la femme ne joue pas un rôle avilissant d'esclave, mais remplit la fonction élevée d'associée, de collaboratrice dévouée, où le mari n'est

(1) POTHIER, *loc. cit.*

(2) FOURNEL, *op. cit.*, p. 11, 275 et ss.

(3) VIVÈS, *Livre de l'institution de la femme chrétienne*, liv. II, ch. III, p. 160.

(4) *Ibid.*, ch. V, p. 197.

(5) MONTAIGNE, *Essais*, liv. 3, ch. V, t. V, p. 67 et ss. — V. aussi MUYART, *loc. cit.*

pas un maître, mais un protecteur, pouvant avoir plus de droits, mais ayant nécessairement les mêmes devoirs moraux !

I. — LES SOURCES.

Les sources de l'ancien droit relatives au crime d'adultère étaient peu nombreuses.

Si l'on remonte à l'époque des invasions barbares, on trouve d'un côté les *leges romanæ barbarorum* (*Burgundorum Wisigothorum ou Bréviaire d'Alaric*), applicables aux vaincus et reproduisant à peu près pour l'adultère les dispositions de la législation romaine en vigueur sous les Empereurs (1) ; d'un autre côté les *leges Barbarorum* (*loi Gombette, loi des Wisigoths, lois Salique et Ripuaire*) régissant les barbares et ne contenant que très peu de dispositions touchant à notre matière ; beaucoup même ne semblent que prévoir le crime d'adultère (2). Ensuite on rencontre, comme anciennes lois en France, un certain nombre de capitulaires traitant de l'adultère. Le plus intéressant est de Dagobert (630), permettant au mari de tuer le complice et déterminant le taux des amendes que celui-ci encourait quand il n'était pas l'objet d'un meurtre de la part du mari (3). Jousse et Four-

(1) V. BOUCHÉ, *Étude sur l'adultère*, thèse, p. 121 et s.

(2) WALTER, *Corpus juris germanici antiqui: Lex Burgundiorum*, tit XXXIII, C. 1 et 2. — *Monumenta Germaniæ historica Lex Wisigothorum*, liv. 3, tit. IV, *de adulteris*. — *Ibid Lex ripuaria*, tit. XXXIV et s. ; PARDESSUS, *La loi salique*, tit. XV.

(3) BALUZIUS, *Capitularia regnum Francorum*, t. I. Dagoberti regis capitulare tertium, tit. VII.

nel en citent deux autres de Charlemagne et de Louis le Débonnaire, l'un prononçant la peine de mort contre les adultères, l'autre condamnant ceux-ci à être fustigés et brûlés (1). En outre, on trouve quelques dispositions relatives à ce crime dans quelques autres capitulaires (2).

En dehors des capitulaires, il faut citer encore d'autres monuments historiques, les coutumes de France dont beaucoup s'occupent de l'adultère ; quelques ordonnances et surtout de nombreux arrêts des Parlements. Nous en reparlerons plus loin à propos des pénalités.

II. — LA RÉPRESSION DE L'ADULTÈRE

§ 1. — Compétence et procédure.

Pour la compétence des tribunaux séculiers, je renvoie à ce qui a été dit plus haut à propos du droit canonique. Contrairement au vieux droit romain et conformément à la réforme de Constantin (3), l'accusation d'adultère n'était pas publique dans notre ancien droit. Le mari seul avait le droit d'intenter une action contre sa femme et

(1) JOUSSE, *op. cit.*, n. 5 ; FOURNEL, *op. cit.*, p. 301.

(2) BALUZIUS, *Capitularia regum Francorum*, t. I, Capitularia Karoli magni et Ludovici Pii (802, 806), p. 376 et 431 ; *id.*, liv. V, Capit. CCXLI ; *id.*, liv. VI, Capit. ; CCL ; Pactus legis Salicæ, tit. 27 (798) p. 281.

(3) L. 30, pr. Code *Ad leg. Juliam de adult.* 9, 9. L'accusation n'était ouverte qu'aux personnes *proximæ et necessariæ* : mari, père, frère, oncles paternel et maternel.

contre le complice ; les étrangers étaient exclus, et cela, dit Jousse, « pour ne point troubler la paix du ménage (1). »

Les procureurs et les substitués n'avaient pas non plus entre les mains d'action publique (2). Ils n'en avaient l'exercice que dans quelques cas exceptionnels : d'abord dans le cas de pauvreté du mari qui avait soin de dénoncer l'adultère (3) ; ensuite au cas où le mari favorisait la débauche de sa femme par connivence ou autrement (4), mais dans ce dernier cas on n'infligeait pas à la femme la peine ordinaire des adultères ; on la punissait comme les autres femmes débauchées, et le mari était poursuivi comme coupable de maquerillage (5).

(1) JOUSSE, *op. cit.*, t. III, liv. III, 4^e part., tit. III, n. 43 ; SERPILLON, *op. cit.*, *Notes sur le Code crim.*, note 14 ; *Journ. des audiences*, t. V, ch. LIII et t. VII, ch. XXII.

(2) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 50 ; FOURNEL, *op. cit.*, p. 15 ; PAPON, *Rec. d'arrests notables*, liv. XXIV, t. II, n. 6, (Arr. 12 mars 1563, mardi-gras 1575) ; BONIFACE, *Arrests du Parlem. de Provence*, t. II, 3^e part., liv. I, t. VII, ch. I et s, (Arr., 24 mai 1642, 10 nov. 1645, 14 avril 1668),

(3) FARINACIUS, qu. 141, n. 43. JOUSSE, *loc. cit.*, n. 51, FOURNEL, *op. cit.*, p. 17.

(4) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 51 ; DENISART, *Décis. nouv.*, v^o *adult.*, *op. cit.* n. 18 ; FOURNEL, *op. cit.*, p. 16 ; MUYART, *loc. cit.*, n. 16 ; GUYOT, *Rép. de jurispr.*, v^o *adult.*, p. 198, (Arr. 1^{er} juill. 1606) ; BONIFACE, *op. cit.*, t. II, 3^e part., liv. I, t. VII, ch. II, (Arr. 9 juin 1657) et *id.*, t. V, liv. IV, t. II, ch. II, (Arr., 24 juin 1671).

(5) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 52 ; GUYOT, *loc. cit.* Il semble cependant bien résulter d'un arrêt du 1^{er} juill. 1606, que le ministère public pouvait poursuivre d'une façon générale en cas de débauche de la femme et à l'insu du mari : « *Encore que le mary... ne se plaigne point et ne soit point même accusé lenocinium* ». V. LEPRESTRE, *Quest. notables de droit*, Centur., 1, ch. XXXIII.

En dehors du mari, le père avait-il aussi le droit d'intenter une action contre sa fille adultère? D'après Muyart de Vouglans, il semblerait que oui; mais Jousse soutient tout le contraire et cite un arrêt à l'appui de son opinion: « *Maritus est solus thori genialis vindex.* » C'est de ce côté que paraît être la vérité (1). Peut-être cependant, au cas où le mari était dans l'impossibilité de poursuivre sa femme, le père avait-il le droit de se substituer à lui. Boniface rapporte un arrêt permettant à un père d'accuser sa fille de maquerillage et d'adultère, son mari étant sourd et muet (2).

Quant aux héritiers du mari, qu'ils fussent en ligne directe ou en ligne collatérale, il leur était permis de reprendre l'instance seulement au cas où le *de cuius* l'avait déjà commencée durant sa vie (3). On se conformait à la règle romaine: « *Omnes actiones quæ tempore aut morte pereunt, semel incluse iudicio, salvæ permanent.* » Mais Jousse prétend que les héritiers ne pouvaient obtenir contre la femme la peine de l'authentique; ils ne pouvaient que conclure à la privation des conventions matrimoniales et à la nullité des legs et donations (4).

Ajoutons, en ce qui concerne l'action du mari, qu'elle

(1) MUYART, *loc. cit.*, n. 43; *contra*, JOUSSE, *loc. cit.*, n. 49; *Journ. des audiences*, t. II, ch. XXV (Arr., 18 juill. 1665).

(2) BONIFACE, *op. cit.*, t. V, liv. IV, tit. II, ch. v, (Arr., 23 août 1675).

(3) JOUSSE, *op. cit.*, n. 55 et ss.; POTHIER, *op. cit.*, ch. III, art. 2, n. 526; FOURNEL, *op. cit.*, p. 27.

(4) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 56 et ss.

n'était recevable contre le « galant » que si la femme était comprise dans l'accusation. Mais la réciproque n'était pas vrai; le mari pouvait poursuivre sa femme à l'exclusion du complice (1). Une conséquence de ce principe était qu'au cas de réconciliation entre les deux époux, toute action contre ce dernier était impossible, même en dommages et intérêts (2).

Enfin, ainsi que nous l'avons dit plus haut, la femme n'était pas placée sur le même pied d'égalité que l'homme: il ne lui était donnée aucune action criminelle. La seule ressource qu'elle avait consistait à demander la séparation de corps et la nullité de certaines actes gratuits (3) (*v. infra*).

§ 2. — Pénalités.

Nous avons vu que certaines décisions du droit canon semblent permettre au mari de tuer sa femme surprise en flagrant délit d'adultère, mais qu'elles sont contredites par d'autres, et qu'en tous cas elles sont en contradiction

(1) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 43; DENISART, *op. et verb. cit.*, n. 31; BARDET, *Rec. d'arrests du Parlem., Paris*, t. I, liv. II, chap. XLVII, (Arr. en Tournelle, 14 juin 1625).

(2) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 69; DENISART, *op. et verb. cit.*, n. 32, *Journ. audience*, t. IV, ch. XXXVII, (Arr., 7 juill. 1691). De même donc le mari n'avait aucune action contre le complice, n'en ayant pas contre sa femme, au cas de connivence, ou adultère de sa part ou encore après un délai de 3 ans, MUYART, *loc. cit.*, n. 43.

(3) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 28 et s.; DENISART, *op. et verb. cit.*, n. 30; MUYART, *loc. cit.*, n. 14 et s.; FARINACIUS, *op. cit.*, qu. 141, n. 104.

formelle avec l'esprit de l'Évangile. Que devait décider le droit séculier ?

Strictement le *meurtre de la femme et de l'amant* surpris en adultère était interdit au mari. « En France, il n'est permis au mary de tuer ny l'adultère, ny la femme (1) ». Mais, comme au fond la douleur était fort juste et qu'il était très difficile de la tempérer, le mari meurtrier obtenait aisément grâce du roi qui lui accordait des *lettres de rémission* et les lettres étaient facilement entérinées par les Cours auxquelles elles étaient adressées (2). Denisart disait plus catégoriquement encore que le mari « n'a besoin de grâce que pour la forme (3) ». De même le père meurtrier n'avait point le droit de tuer sa fille coupable ni son complice, mais un tel homicide était excusable (4). Maynard rapproche de ce cas celui où une mère tua un capitaine qui voulait abuser de ses filles et obtint « des lettres de remission et pardon à la Chancellerie (5) ». Mais la même excuse n'existait pas au profit du fils ou du frère qui tuait

(1) JOUSSE, *op. cit.*, t. III, 4^e part., tit. XXI, de *homicid*, n. 26.

(2) JOUSSE, *loc. cit.*; SERPILLON, *op. cit.*, 1^{re} part., tit. I, art. 11, n. 27; FOURNEL, *op. cit.*, p. 261 et suiv.; LEPRESTRE, *op. cit.*, Centur 4, ch. VI, n. 17; LAROCHE-FLAVIN, *Arrests du Parlem. Toulouse*, liv. I, tit. VII, Arr. 4; HENRYS, *Œuvres*, t. II, liv. IV, ch. VI, qu. 65.

(3) DENISART, *op. et verb. cit.*, n. 5.

(4) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 17 et s.; FOURNEL, *op. cit.*, p. 257 et s.; *contra*, FARINACIUS, *op. cit.*, qu. 121, n. 1 : « Regula sit quod pater potest impune occidere filiam in adulterio repertam ac ipsum adulterum »; n. 2, 4, 6, 10.

(5) MAYNARD, *Not. quest. du Parlem. Toulouse*, liv. VI, ch. 86 (Arr., 2 juin 1582).

l'amant de sa mère ou de sa sœur ou bien à plus forte raison sa mère ou sa sœur (1).

Dans certaines contrées de France, il existait une procédure spéciale à la suite de laquelle le mari était en droit de tuer le complice de sa femme. Cette procédure s'appelait la *plainte en sollicitation*, qui consistait de la part du mari à faire faire par notaire ou huissier une signification, répétée s'il le fallait, à l'individu qui « recherchait avec assiduité sa femme », le prévenant qu'il userait des voies de droit et fait (2). C'était en réalité une véritable mise en demeure. Beaumanoir nous apprend que cette coutume existait dans le Beauvoisis. Le mari peut défendre « par devant bonnes gens » ou faire défendre « par justice » à l'amant de sa femme qu'il ne vienne plus en sa maison ; et si celui-ci contrevient à cette défense, et que le mari « le puet trouver en présent forfet de sa fame, si comme s'ils gisent ensemble, s'il avient qu'il l'ocie et lieue le cri par quoi la vérités puist estre seue, il n'en pert ne vie ne membre par nostre coostume (3) ». Mais Beaumanoir ajoute que le mari ne doit pas, pour ne point risquer d'être « trainé et pendu », laisser passer « le fet présent » (4). Il

(1) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 19; FARINACIUS, *op. cit.*, qu. 121, n. 45 et 47.

(2) FOURNEL, *op. cit.*, p. 391 et s. — Cette procédure tirait son origine du droit romain du Bas-Empire : *Novelle CXVII*, cap. 15, pr.

(3) BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, n. 1637. V. aussi *ibid.* n. 933.

(4) BEAUMANOIR, *op. cit.*, n. 934.

doit donc tuer le coupable sur le champ. Quant à la femme, elle était exposée à la même éventualité (1).

Il y avait pourtant des coutumes beaucoup plus rigides encore et qui reconnaissaient au mari un droit absolu de tuer sa femme et son complice, surpris en flagrant délit, sans qu'il fût besoin d'avertissement préalable ou de lettres de rémission. Les coutumes locales du Berry sont typiques à cet égard. Elles permettaient même au mari de se faire aider par son fils dans cette lugubre besogne (2).

Enfin, pour terminer, la femme n'était point traitée avec autant de bienveillance que son mari au cas où elle se laissait aller à le tuer : elle était passible, comme meurtrière, d'une peine de droit commun (3).

Voyons maintenant quelles étaient les pénalités prononcées contre l'adultère (4). Mais, pour la clarté de

(1) BEAUMANOIR, *op. cit.*, n. 933.

(2) *Coutumes locales de Berry*, p. 341, ch. XLV. « Se ung homme marié trovait aultre chevauchant sa femme, ledit mary peut eulx deulx, c'est assavoir l'homme et la femme tuer, sans ce qu'il doive loy ne amende; et encor, se ledit mary n'est assez fort et il ait doute que le malfaicteur eust l'audessus de luy, en ceste manière il peut mener son filz avec luy pour lui aidier et n'y a nulle amende pour le filz, quelz qu'il y a pour le père, maiz que ledit filz ne mecte pas la main à la mère, maiz seulement ayde à son père à survaincre son ennemy; et en ce point, l'en ne peut ne ne doit l'en poursuivre ledit filz à nulle amende pour aidier à son père contre son ennemy qui l'a ainsi injurié; et au regard du père, ledit père peut exécuter l'homme et la femme, comme dessus est dit, sans loy ne amende; et de ceci est cas de loy exprez! »

(3) FARINACIUS, *op. cit.*, qu. 121, n. 120. « Non videtur quod possit effugere pœnam ordinariam »; JOUSSE, *loc. cit.*, n. 28.

(4) Je rappelle que jusqu'au Concile de Trente, la fiancée per

l'exposition, il est nécessaire d'abord de distinguer les peines criminelles des peines civiles, ensuite d'étudier séparément les peines applicables à la femme, au complice et au mari.

A. — Peines criminelles

1. — Peines contre la femme

Anciennement et jusqu'à une époque assez avancée (vers la fin du XVI^e siècle), la femme pouvait être condamnée à mort. Un certain nombre d'arrêts nous le prouvent explicitement (1). Même un arrêt de règlement du parlement de Rennes, du 17 novembre 1568 déclara que « désormais tous adultères sans distinction de sexe seraient punis de mort » (2). Mais il semble bien, d'après les arrêts, que la peine de mort n'était prononcée contre la femme qu'au cas où elle fréquentait un homme de condition inférieure.

verba de præsenti était assimilée à la femme mariée. V. au surplus FOURNEL, *op. cit.*, p. 7 et s.

(1) PAPON, *Rec. d'arrests not. des cours souveraines*, liv. XXII, tit. IX, n. 1, (Arr. Toulouse, 1567, qui condamne à être pendue une femme « qui avait induit le valet de son fermier qui houssait la cheminée, à paillarder »); LAROCHE-FLAVIN, *op. cit.* liv. I, tit. VII, (Arr. 5, Toulouse, 14 sept. (?)); GUENOYS, *Confér. des coutumes*, t. I, tit. XXVI, n. 9, p. 156, (Arr. Bretagne, 31 mai 1568 et 28 sept. 1570); GUENOYS *Notes sur la pratique judic.*, d'IMBERT, liv. III, ch. 22, n. 19, (Arr. Bretagne, 27 oct. 1578, qui condamna une femme à avoir la tête tranchée « ayant laissé son mary et paillardé avec son métayer »). V. en outre MORIN, *Rép. du droit crim. v^o adult.*, n. 3.

(2) PAPON, *loc. cit.*

Les peines, qui, au moyen âge, étaient le plus communément appliquées étaient la *course des battus* et la *fustigation* simple.

La course des battus consistait pour les coupables à courir nus d'un point à l'autre de la ville et à être fustigés par les spectateurs. Comme document, nous avons sur ce châtiment un certain nombre de privilèges de villes (1), de coutumes (2) et d'arrêts (3). Mais il faut ajouter que les rois et les seigneurs laissèrent aux coupables le droit de se rédimier moyennant une certaine amende variant suivant les contrées (4).

Dans certaines autres régions la peine se réduisait à une

(1) Ordonnances des roys de France (SECOUSSE) : *Privilèges de la ville de Grenade*, t. IV, p. 21, art. 22 ; *Lettres en faveur des habitants de Villefranche en Périgord*, t. III, p. 207, art. 21 ; *Confirmation des privilèges des habitants de la ville de Prissey, près Mâcon*, t. III, p. 397, art. 11 ; *Privilèges de la ville d'Aigues-Mortes*, t. IV, p. 49, qui condamnent à la course publique sans fustigation.

(2) Nouveau coutumier général (B. de RICHEBOURG) : *Cout. du Béarn*, t. IV, p. 1089, art. 16. « Prées en adultery, sia mascle, ô femela, toutz dus deben corré la vila, et estar affuetatz per lo executo de la hauta justicia ». — *Cout. de Bayonne*, t. IV, p. 962, tit. XXV, art. 1 et 2, qui condamnait la première fois à courir la ville sans fustigation et en cas de récidive à la fustigation publique. — *Cout. de Saint-Sever*, t. IV, p. 941, tit. XI, art. 3. — Appendice aux Olim (éd. Beugnot), *Anciennes coutumes d'Alais*, t. III, 2^e part., p. 1484, art. 4. — Claude FAURE, *Trois chartes de franchises du Dauphiné Réaumont, Beaucroissant, Rives*, (*Nouv. Rev. histor.*, mai-juin 1907, p. 399

(3) OLIM (éd. BEUGNOT), t. III, 1^{re} part., 668, (Arr. 1314).

(4) V. les notes précédentes.

simple fustigation (1). En Angleterre, on traînait la femme dans la rue et on la fouettait jusqu'à ce qu'elle mourût sous les coups de verges (2).

Mais bien que le peuple prit plaisir à ces spectacles publics, dans lesquels il jouait un certain rôle, l'usage de ce moyen de répression se perdit peu à peu ; c'était en effet une façon très étrange de venger la morale violée, que de recourir à une punition qui blessait la moindre décence (3). Il ne subsista de la course des battus que la fustigation, qui elle-même, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, finit assez tôt par disparaître.

La peine, qui d'assez bonne heure fût appliquée à la femme adultère, fut celle de l'*authentique sed hodie* (4).

On se trouve là en présence de l'influence romaine sur notre ancienne jurisprudence, qui s'appropriâ, pour établir vers le xv^e siècle sa théorie pénale, de nombreux

(1) V. not. *Cout. de Bayonne*, pour le cas de récidive, et aussi la *Cout. de Saint-Sever* dont les termes ambigus permettent de croire que la peine ne consistait qu'en une simple fustigation : « Homme et femme trouvez en adultère doivent être justiquez par ladite ville, etc... »

(2) MERLIN, *Rép. de jurisprudence*, v^o adultère, I.

(3) « Mais l'*authentique plus gracieuse* a voulu que la femme soit nue battue de verges, enfermée dans une religion de femmes », DURET, *op. cit.*, folio 21, recto.

(4) Toutefois, s'il faut en croire Morin, *op. cit.*, v^o adult., n. 3, même à l'époque où l'on appliqua aux femmes la peine de l'*authentique*, les Parlements, « qui étaient la loi vivante en cette matière », prononçaient fréquemment contre l'adultère la peine capitale qu'ils aggravaient plus ou moins, suivant les circonstances de fait et la condition des coupables.

éléments romains, auxquelles elle fit subir certaines transformations. Aussi est-il nécessaire d'ouvrir ici une parenthèse pour dire deux mots de la législation du Bas-Empire relative à l'adultère.

J'ai dit précédemment que la corruption grandissait tellement à Rome que la loi Julia resta à peu près inappliquée. Elle dormait, suivant l'expression de Juvénal ; elle n'était réveillée que de temps en temps par des édits, des sénatus-consultes, ou des constitutions impériales, mais elle ne tardait pas à se rendormir. Avec Constantin les choses changèrent ; avec lui en effet, comme le dit M. Esmein, une religion nouvelle arrivait au pouvoir (1). Le christianisme voyait dans l'adultère un véritable sacrilège, et Constantin le punit très sévèrement, en prononçant contre lui la peine capitale. « *Sacrilegos autem nuptiarum gladio punire oportet* » (2) Justinien atténua la sévérité de la loi ; la femme adultère, au lieu de subir la peine de mort, était dès lors fustigée, puis enfermée dans un cloître. Si le mari consentait à reprendre sa femme dans un délai de deux ans, l'union n'était pas dissoute. Mais s'il mourait pendant ce temps ou laissait s'écouler les deux années, la femme avait les cheveux rasés, revêtait l'habit monastique et restait enfermée jusqu'à sa mort (3). Dans ce dernier cas,

(1) ESMÉIN, *Le délit d'adult. à Rome*, p. 73.

(2) L. 30, 1, Code, *Ad legem Juliam de adult.*, 9, 9 ; L. 2, C. Th. 9, 7 et liv. IV, C. Th. 33, 9.

(3) Liv. XXX, 4, Code h. t. 9, 9 ; Nouvelle CXXXIV, Cap. 40.

elle était frappée d'une peine civile, dont je parlerai un peu plus loin, la confiscation de ses biens.

Après la renaissance du droit romain en France, ce fut cette peine de l'authentique que la jurisprudence adopta pour réprimer l'adultère (1). De nombreux arrêts ont été rendus sous l'ancien régime et ont consacré cette jurisprudence (2).

L'authentique comprenait deux sortes de dispositions, les unes criminelles, les autres civiles qui seront étudiées plus loin. Pour le moment, décomposons rapidement la peine criminelle et examinons-en les différents éléments :

1° La femme condamnée était enfermée dans un cloître. Si elle était pauvre, le mari pouvait obtenir des juges qu'elle fût envoyée à l'hôpital, conformément au règlement établi contre les femmes débauchées (3) ;

2° Avant son entrée au couvent, elle était battue de verges. Quelques arrêts prononcent cette fustigation (4) ; mais d'après un autre, qui est le type des arrêts de ce

(1) JOUSSE, *op. cit.*, t. III, liv. III, 4^e part., tit. III, n. 7 ; FOURNEL, *op. cit.*, p. 310 et s. ; MUYART, *loc. cit.*, n. 8.

(2) PAPON, *op. cit.*, liv. XXII, t. IX, n. 1, (Arr., Paris, 23 déc. 1522) ; *Ibid.*, n. 4, (Arr., Bordeaux, 7 déc. 1523) ; *Ibid.*, n. 2, (Arr., Paris, 31 août 1552) ; *Journ. des audiences*, t. 1, ch. 46, (Arr. en Tournelle, 5 oct. 1637) ; BONIFACE, *Arrests du Parlem. de Provence*, t. II, 3^e part. liv. I, tit. VII, ch. v, (Arr. du 14 mars 1667 et oct. 1668) ; CATELLAN, *Arrests du Parlem. de Toulouse*, t. II, liv. IV, ch. xv, (Arr., mars 1670) ; GUY DU ROUSSEAUD DE LACOMBE, *Traité des matières criminelles*, 1^{re} part., ch. II, n. 6, (Arr. Tournelle, 5 oct. 1723).

(3) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 8, (Arr., Paris), 23 déc. 1522.

(4) Arr. Bordeaux, 7 déc. 1523, précité.

genre, il semble bien que la femme subissait ce châti-
ment corporel seulement au cas où le mari laissait passer
le délai de deux ans sans la reprendre et où par suite elle
devait rester cloîtrée le reste de ses jours (1). Je crois
qu'en réalité, aucune loi précise et véritable n'existant en
France sur la répression de l'adultère, la fustigation était
ou non prononcée, l'était avant ou après quelques années
de réclusion, suivant les Parlements (2). Toujours est-il
qu'à une certaine époque, dès le commencement du
xvii^e siècle, la peine du fouet fut retranchée de l'authen-
tique, « afin peut-être, dit Muyart, de ne point rebuter
par là les maris de reprendre leurs femmes (3) » ;

3° Pendant un certain délai, le mari pouvait reprendre
sa femme, qui rentrait alors dans tous ses droits civils ;
c'était une véritable réconciliation (4). Mais à combien de
temps était exactement fixé ce délai ? La plupart des arrêts
parlent de deux ans (5). D'après Denisart, il semble bien

(1) Arr., Paris, 31 août 1552, précité.

(2) FOURNEL, *loc. cit.*

(3) JUSSE, *loc. cit.*, n. 7 ; HENRYS, *loc. cit.* Obser. 1 à 6 ; ARGOU, *Ins-
titut. au droit français*, t. II, p. 357 ; MUYART, *loc. cit.*, n. 9 ; Arr. Tour-
nelle, 5 oct. 1637, arr., 14 mars 1667, oct. 1668, et mars 1670, arr.
Tournelle, 5 oct. 1723, précités. — Suivant MORIN, *loc. cit.*, la fusti-
gation publique n'était plus exercée que sur les femmes de basse
extraction.

(4) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 9 ; DENISART, *op. cit.* v^o *adult.*, n. 28 ;
FOURNEL, *op. cit.*, p. 329.

(5) Arr., 31 août 1552, 5 oct. 1637, mars 1670 précités. — *Adde*
MUYART, *op. cit.*, 1^{re} part., liv. II, tit. IV, *l'Authentique*, ch. III,
2, n. 1.

au contraire que ce délai était fixé par le jugement (1),
Fournel l'affirme même catégoriquement (2) ;

4° Si, pendant ce délai, le mari ne consentait pas à
reprendre sa femme, ou décédait sans avoir manifesté
l'intention de la reprendre, celle-ci était rasée et prenait
l'habit de religieuse (3). Devait-elle alors rester enfermée
dans le monastère perpétuellement, c'est-à-dire jusqu'à sa
mort, comme en droit romain ? Oui, primitivement (4).
Puis assez tôt, vers le milieu du xvii^e siècle, on permit à
la femme de quitter le couvent au cas de décès du
mari (5).

Je viens de dire que, pendant le délai de deux ans, le
mari pouvait reprendre son épouse. Est-ce à dire pour
cela qu'il lui était absolument impossible de la rede-
mander, ce délai écoulé ? Non, mais au lieu de pouvoir la
reprendre sur une simple déclaration de volonté, il était
obligé d'obtenir un jugement qui le remit en sa posses-
sion (6) ;

5° Enfin, il est bon d'ajouter que les frais de pension

(1) DENISART, *loc. cit.*

(2) FOURNEL, *op. cit.*, p. 320.

(3) MUYART, *loc. cit.* ; Arr., 31 août 1552, 5 oct. 1637, mars 1670,
préc. ; FOURNEL, *op. cit.*, p. 322.

(4) Arr., 31 août 1552, 5 oct. 1637 préc.

(5) HENRYS, *loc. cit.* D'après FOURNEL, *loc. cit.*, il fallait une raison
plausible, par exemple, lorsque l'expiation semblait suffisante après
un certain nombre d'années de vie monastique.

(6) FOURNEL, *op. cit.*, p. 320.

de la femme ainsi recluse incombaient à son propre mari (1).

On voit, par ce simple exposé, que la peine infligée à la femme adultère avait perdu son caractère brutal : une fustigation, bientôt disparue, suivie d'une claustration ou d'un emprisonnement dans une maison de force pour les personnes de basse extraction. La peine, ainsi moins rigoureuse, se rapprochait plus du châtement religieux.

2. — *Peines contre le complice.*

J'ai dit tout à l'heure que Constantin, voulant réprimer d'une façon très sévère le crime de l'adultère si funeste à la famille, édicta la peine capitale contre la femme coupable ; le complice fut évidemment l'objet de la même répression. Lorsque plus tard Justinien remplaça, pour la femme, la peine de mort par la réclusion dans un monastère, il n'atténua point également la rigueur du châtement infligé à l'amant (2).

Sous les rois Francs, la loi se ressentit de cette sévérité ; des capitulaires prononcent en effet la peine de mort contre les adultères (3).

Au moyen âge et jusqu'à l'époque de la Renaissance, les complices ne furent pas traités avec plus de clémence.

(1) Arr., 31 août 1552, 5 oct. 1637, mars 1670 préc.

(2) Nouvelle CXXXIV, Cap. 10.

(3) V. *suprà*, p. 70.

Les auteurs et des arrêts nous apprennent qu'ils étaient l'objet d'une répression exemplaire et vraiment excessive, souvent empreinte même d'une certaine barbarie (1).

En Angleterre, il en était de même : l'amant était pendu (2).

Mais plus tard, comme pour la femme, la peine de mort fut supprimée pour son complice. Elle ne fut conservée que pour le cas où il existait des circonstances aggravantes. Celles-ci pouvaient être de deux sortes. Ou bien elles consistaient en un acte tel que le vol au détriment du mari trompé, le meurtre de celui-ci, le rapt de la femme, l'inceste ou le sacrilège (3). Ou bien elles résultaient de l'inégalité des conditions des personnes coupables, lorsque l'adultère avait lieu par exemple entre une reine ou une princesse et un seigneur ou un simple

(1) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 6, 14 et 15 ; MUYART, *op. cit.*, 1^{re} part., liv. III, tit. IV, ch. v, § 1, *de l'Adult.*, n. 11 ; GUENOYS, *Confér. des Coutumes*, *loc. cit.*, (Arr. Paris, 10 juillet 1565) ; LAROCHE-FLAVIN, *op. cit.*, Arr. V, liv. I, tit. VII, (Arr. Toulouse, 14 sept. (?) préc.) ; PAPON, *op. cit.*, liv. XXII, tit. IX, n. 1, (Arr. Rennes, 17 nov. 1568, préc., arr. Bretagne, 31 mai 1568 et 28 sept. 1570, préc.) — FOURNEL, *op. cit.*, p. 348, dit que jamais en France le complice ne fut puni de la peine de mort, sauf s'il y avait des circonstances aggravantes, telles que vol, inceste, coups, etc... Cette assertion est contredite formellement par JOUSSE et MUYART, et par les arrêts précités, et notamment par le dernier qui, déclare que « désormais tous adultères sans distinction de sexes seraient punis de mort », et qui ne contient pas de distinction semblable à celle que fait FOURNEL.

(2) MERLIN, *loc. cit.*

(3) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 19 ; FOURNEL, *loc. cit.* ; LAROCHE FLAVIN, *op. cit.*, liv. I, tit. VII, (Art. 10, (Arr. Rouen, 17 juin 1516).

noble (1), entre une maîtresse de maison et son valet ou son fermier ou un clerc d'étude (2), entre un juif et une femme chrétienne (3). Dans tous ces cas la peine appliquée était pour l'amant le dernier supplice. Laroche-Flavin le dit d'une façon catégorique pour les valets et les clercs : « L'adultère commis par les valets, serviteurs ou facteurs, clercs ou métayers avec leurs maîtresses est indispensablement puni capitalement (4) ».

Très anciennement, à côté de la peine de mort, on pro-

(1) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 20, rapporte qu'un arrêt du Parlement de Paris, de 1314, condamna « Philippe et Gauthier de Lannoi, frères et gentilshommes de Normandie, convaincus d'adultère avec les femmes des enfants de Philippe IV, dit le Bel » à être écorchés vifs; leurs membres furent coupés et pendus au gibet. Il en rapporte également un autre rendu en 1329 contre Rogiers de Morlemer, convaincu d'adultère avec Isabelle de France, reine d'Angleterre. FROISSART, dans ses *Chroniques*, liv. I, § 43, p. 88 et 89, décrit le supplice qu'il eut à subir : « Si fu tantos trainés parmi la cité de Londres sur un habut, et puis loués sus un echelle en mi le place et puis li vis copés a toutes les coulles et jettées en un feu qui là estait. Et puis li fut li ventres ouvers et li coers trais hors, pour tant que il en avait fait et pensé le trahison, et jettés au dit feu, et ensi toute se coraille. Et puis fu esquartelés et envoüés par quatre mestres cités en Engleterre et la tieste demora à Londres. Ensi fina li dis messires Rogiers de Mortemer, Dieus li pardonist tous ses fourfais ! »

(2) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 21 et ss.; FOURNEL, *op. cit.*, p. 355 et s.; PAPON, *loc. cit.*, n. 4, (Arr. Paris, mai 1551); LAROCHE-FLAVIN, *op. cit.*, liv. I, tit. VII, (Arr. VIII, (Arr. Toulouse, 28 fév. 1553 et 16 mai 1556); PAPON, *loc. cit.*, n. 1, (Arr. Toulouse 1567); GUENOYS, *Notes sur la pratique judic.*) d'Imbert, liv. III, ch. XXII n. 19, (Arr. Bretagne, 25 oct. 1578, préc. qui condamna un métayer à être pendu et étranglé.

(3) CLARUS, *op. cit.*, n. 9; JOUSSE, *loc. cit.*, n° 24.

(4) LAROCHE-FLAVIN, *loc. cit.*

nonçait aussi contre les hommes la peine du fouet et le bannissement (1).

Mais vers le xvi^e siècle, à peu près à l'époque où l'on appliquait à la femme la peine de l'authentique, le complice fut condamné par les Parlements à une peine arbitraire assez variable; le bannissement et le fouet comme jadis, mais aussi l'amende honorable, l'amende pécuniaire, les galères, la réparation judiciaire, la confiscation. Les auteurs et la jurisprudence nous apprennent même que souvent plusieurs peines étaient cumulées (2).

(1) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 6; GUENOYS, *Confér. des coutumes, loc. cit.*, (Arr. Toussaint 1272, contre le prieur de Charlieu; arr. 1290, contre abbé de Saint-Front).

(2) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 16; FOURNEL, *op. cit.*, p. 348; MUYART, *loc. cit.*, n. 11; LAROCHE-FLAVIN, *loc. cit.*, arr. I. DURET, *op. cit.*, folio 20, verso résume de la façon suivante les peines infligées au complice : « Pour le regard de l'adultère masle, quand il n'y a autres qualitez tendentes à plus grande rigueur, la coutume est le condamner, faire amende honorable, teste et pieds nuds, en chemise, la corde au col, tenant entre les mains une torche allumée de certain poix, et à certain jour, et lieu, à genoux dire et déclarer à haute voix, que follement, témérairement, malicieusement et audacieusement, il a commis adultère, qu'il s'en repent et requiert pardon et mercy à Dieu, au Roy, justice; et est condamné, outre plus, en amende profitable envers le roi, et à tenir prison jusques à paiement, et despens du procez, confiscation de tous biens, avec bannissement du royaume à toujours. Que s'il y a qualités qui augmentent le délict, ainsi que du valet avec sa maîtresse, du père avec sa fille, cousin avec sa cousine mariée, la mort, s'en doit suyvre, si la grandeur des délinquans ne cause le changement en déportation, ou que la vilité et paillardise de sa femme ne rende plus douce la punition ». *Adde* comme jurisp., PAPON, *loc. cit.*, n. 2, (Arr. Paris, 31 août 1552, contenant les mêmes peines que celles décrites par Duret; *Journ. des Audiences*,

Un ancien arrêt de 1386 nous dit que le Parlement de Paris ordonna le duel judiciaire sur une accusation d'adultère (1). Mais ce fut là certainement une décision exceptionnelle; on n'en trouve pas d'autres rapportées par les arrêtistes, ni antérieures ni postérieures.

Ajoutons qu'en plus des peines énumérées qu'encourait l'amant de la femme adultère, ce dernier pouvait être condamné à des aliments envers les enfants issus de l'union, criminelle conformément à la règle canonique, dit Muyart; « *Nasci de alduerio non est ejus culpa qui nascitur, sed illius qui generat* (2) ».

3. — Peines contre le mari.

Un arrêt du Parlement de Rennes du 17 novembre 1568,

t. V, ch. 48, (Arr. Tournelle, 1^{er} déc. 1701 bannissement, amende pécuniaire); GUY DU ROUSSEAUD DE LACOMBE, *op. cit.*, n. 5, (Arr. Tournelle, 5 oct. 1723 galères); PAPON, *loc. cit.*, n. 19 (Arr. Paris, 10 juill. 1565, amende honorable, galères, amende pécuniaire); POTHIER, *op. cit.*, *Tr. du contr. de mariage*, t. VI, ch. III, art. 2, n. 527, (Arr. 3 juin 1766, bannissement); FOURNEL, *op. cit.*, p. 351, (Arr. 10 mars 1718, bannissement, réparation civile, dépens). Il est bon d'ajouter que les tribunaux séculiers punissaient les clercs, comme les laïcs, de peines arbitraires.

(1) HENRION DE PANSY, *de l'Autorité judic.*, p. 59, en note. L'accusation était intentée contre Jacques Legris par Jean de Carouge, son voisin. Le combat eut lieu le jour de Saint Thomas, près l'abbaye Saint-Martin des Champs. J. Legris fut tué. Mais il fut reconnu innocent par le témoignage même de l'auteur du crime qui le déclara en mourant.

(2) MUYART, *loc. cit.*, n. 11; CATELLAN, *op. cit.*, t. II, liv. IV, ch. 23, (Arr. Toulouse, déc. 1678); *Adde*, *Distinct.* LVI, 5 (*Ieronimus in epistola contra Rufinum*).

rapporté en note ci-dessus, déclarait que « désormais tous adultères *sans distinction de sexes* seraient punis de mort ».

S'il fallait prendre à la lettre la teneur de cette décision, il en résulterait que l'adultère de l'homme marié était puni, tout comme celui de la femme, de la mort. Mais il convient de ne point se méprendre sur ces mots : sans distinction de sexe. Le Parlement de Rennes, dans son arrêt de règlement, ne visait que la femme adultère et son complice et non pas l'homme marié infidèle. Sans doute, celui-ci, s'il trompait sa conjointe avec une femme mariée, pouvait encourir la peine capitale, mais en tant seulement que complice; adultère avec une femme non mariée, ce châtement rigoureux ne lui était pas applicable. On ne trouve en effet aucune jurisprudence qui soit contraire à cette interprétation (1).

L'adultère du mari n'était-il susceptible d'aucune autre peine criminelle? Suivant Muyart de Vouglans, il n'existait nulle peine particulière dans les lois, qui, par suite, s'en rapportaient sur ce point à la prudence des juges et prononçaient plus ou moins rigoureusement, suivant le crime et la qualité des parties; mais, en général, les peines étaient moins fortes que celles prononcées contre la femme, en raison de la différence de gravité existant entre le délit de

(1) V. les arrêts ci-dessus, p. 77, note 1, qui prononcent la peine de mort contre la femme et son complice ou contre celui-ci seul.

l'époux et celui de l'épouse (1). Laroche-Flavin disait la même chose. « Et pour le regard des hommes, ils sont punis plus légèrement, ainsi, savoir de mort civile, comme de bannissement avec amendes pécuniaires, du fouet ou de galères temporelles ou perpétuelles, suivant la qualité des personnes et autres circonstances remises... à l'arbitre et jugement de bon, prudent et équitable juge. Et par là il appert que les adultères ne sont pas impunis en France, comme calomnieusement plusieurs auteurs allemands et espagnols ont écrit (2) ». Enfin Serpillon affirme aussi que jadis la peine appliquée au mari adultère était le bannissement et l'amende honorable, ajoutant toutefois que de son temps on n'en voyait plus d'exemples (3).

Mais, à l'encontre de ces auteurs, d'autres, et non des moins considérables, prétendent le contraire. Farinacius, Fournel refusent à la femme le droit d'accuser son mari d'adultère au criminel, et cela conformément au droit romain (4). Jousse est encore plus affirmatif : le mari ne peut être condamné à aucune peine afflictive ou infamante ; la femme ne peut attenter dans aucun cas l'action d'adultère contre son mari, *quand même il aurait chez lui une concubine* ; Dieu seul a la vengeance d'un tel crime (5).

(1) MUYART, *loc. cit.*, n. 10.

(2) LAROCHE-FLAVIN, *op. cit.*, liv. I, tit. VII, arr. 1.

(3) SERPILLON, *op. cit.*, 1^{re} part., tit. I, art. 11, n. 27.

(4) FARINACIUS, *op. cit.*, qu. 141, n. 104 ; FOURNEL, *op. cit.*, p. 13 et s.

(5) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 28 et 62. Adde, PAPON, *op. cit.*, liv. XXII, tit. IX, n. 3, (Arr. Paris, 13 Avr. 1543) ; liv. XXIV, tit. II, n. 6, (Arr.

La femme accusée d'adultère par son mari, également coupable du même crime, jouissait-elle au moins d'une exception ?

Il n'y a point accord des auteurs sur cette question. D'après certains, il semble bien que la femme coupable pouvait opposer à son mari son adultère (1). Fournel est catégorique en ce sens (2). Suivant d'autres, qui se basaient sur la distinction entre l'action civile et l'action criminelle, l'exception de la femme infidèle, au cas d'adultère de son mari, ne présentait d'intérêt qu'au point de vue civil. Guy du Rousseaud de Lacombe est très net en ce sens : la débauche et l'adultère du mari ne pouvaient donner lieu à compensation ; celle-ci pouvait être opposée par la femme pour empêcher que le mari gagnât la dot, mais non pas pour empêcher l'accusation criminelle et la punition de l'adultère (3).

Toulouse, 1548). Il y avait cependant un cas où la femme pouvait poursuivre l'adultère de son mari : c'était celui où l'adultère aurait été commis avec la fille de la femme. Dans ce cas, en effet, ce n'était point *jure uxoris* qu'elle poursuivait son époux, mais *jure matris*, en tant que vengeresse de sa fille. v. FOURNEL, *op. cit.*, p. 14.

(1) GUY COQUILLE, *Institution au droit français, Douaire in fine*, qu. 147 : « Il y a compensation de délits quand ils sont pareils » ; JOUSSE, *loc. cit.*, n. 29 et 62 ; SERPILLON, *loc. cit.* ; PAPON, *op. cit.*, liv. XXIV, tit. 2, n. 6, (Arr. Toulouse, 1548, préc., qui donne à la femme le droit d'opposer l'adultère de son mari « en soy défendant ».)

(2) FOURNEL *op. cit.*, p. 128 et s.

(3) FARINACIUS, *op. cit.*, qu. 142, n. 139 : « Ut et si uxor accusata de adulterio dotem amittat, potest tamen contra virum, de eodem adulterio excipere, et sic unius adulterium cum altero compensatur »

A ce point de vue, le droit ancien établissait une inégalité entre les deux époux, plus grande encore que le Code pénal de 1810.

B. — Peines civiles

1. — Peines contre la femme et contre le complice.

L'authentique comprenait aussi, avons-nous dit, une peine civile. Le droit ancien, s'inspirant des principes contenus dans les Nouvelles CXVII et CXXXIV de Justinien, modifiées par la Nouvelle XXXII de Léon, privait la femme, convaincue d'adultère, de sa dot, de son douaire, de sa part de communauté, des legs et donations à elle faites par son mari, en un mot de tous les avantages matrimoniaux. Les auteurs sont unanimes sur ce point (1).

LEBRET, *Œuvres*, liv. I, décis. 43; Guy du ROUSSEAUD DE LACOMBE, *op. cit.*, n. 5; PAPON, *op. cit.*, liv. XXII, tit. IX, n. 3, (Arr. Paris, 13 avr. 1543, préc., qui décide qu'au cas où le mari entretient une « paillardie » en sa maison et maltraite sa femme, celle-ci peut demander *seulement* la séparation de corps et de biens.)

(1) FARINACIUS, *op. cit.*, qu. 142, n. 4 et 8; Guy COQUILLE, *loc. cit.*; JOUSSE, *loc. cit.*, n. 8 et 25; SERPILLON, *loc. cit.*; FOURNEL, *op. cit.*, p. 310; POTHIER, t. VII, *Tr. de la Communauté*, ch. II, art. 1, § 4, n. 537; LEBRUN, *Tr. des successions*, liv. II, ch. v, sect. 1, dist. 1, n. 6, (Arr. 23 déc. 1522); PAPON, *op. cit.*, liv. XXII, tit. IX, (Arr. Paris, 31 août 1532, préc.); D'ESPEISSES, *Œuvres*, t. I, tit. XV, sect. 3, n. 89, (Arr. Toulouse, 29 juin 1558; LOUET (Brodeau), *Rec. d'Arrests du Parlem. de Paris*, t. I, A-XVIII, n. 8, (Arr. 8 mars 1599, 21 août 1609, 27 août 1610, 4 fév. 1621, 24 mars 1631; *Journ. des Audiences*, t. I, ch. 46, (Arr. Tournelle, 5 oct. 1637); LOUET, *loc. cit.*, (Arr., 15 mars 1644,

Pour la dot, une question se pose nécessairement. A qui était-elle attribuée? Sans entrer dans les détails, il convient de distinguer selon qu'il existait ou non des enfants. Dans le premier cas, la dot était acquise pour les deux tiers à ceux-ci, et pour l'autre tiers au couvent. Dans le second cas si la femme avait des proches parents, ceux-ci jouissaient d'une partie des biens, au même titre que les enfants; sinon, c'était le couvent qui profitait de la totalité. Et le mari n'avait que l'usufruit des biens ainsi distribués. Mais plus tard, à défaut d'enfants, le mari bénéficia de la confiscation en pleine et entière propriété (1). Rappelons enfin que, dans tous les cas, le mari était obligé de nourrir et d'entretenir la femme recluse.

Le mari toutefois était privé de ses droits sur la dot de sa femme, s'il y avait eu réconciliation ou si lui-même était coupable du même crime, ou s'il avait favorisé la débauche ou l'adultère de son épouse (2).

23 août 1651); CATELLAN, *op. cit.*, t. II, liv. IV, ch. 15, arr. mars 1670, préc.; *Journ. des Audiences*, t. V, ch. 48, (Arr. Tournelle, 1^{er} déc. 1701); Guy du ROUSSEAUD, *op. cit.*, n. 6, (Arr. Tournelle, 5 oct. 1723.

(1) FOURNEL, *op. cit.*, p. 310; MUYART, *loc. cit.*, n. 9 et 1^{re} part, de *l'Authentique*, liv. II, tit. IV, ch. III, n. 1. Au cas où il existait des enfants, le mari n'avait que l'usufruit de la dot et des biens de sa femme. *Journ. des Audiences*, t. IV, liv. VII, ch. III, (Arr. Paris, 9 mars 1673).

(2) D'ESPEISSES, *loc. cit.*, (Arr. Toulouse, 29 juin 1558, préc.); *Journ. des Audiences*, *loc. cit.*, (Arr. Tournelle, 1^{er} déc. 1701, préc. Dans cette espèce, le mari fut privé de l'usufruit de la dot de sa femme, pour avoir donné un écrit dont on pouvait induire qu'il avait eu pour elle des facilités pouvant s'interpréter comme un consentement à l'adultère. Sur cet écrit se trouvaient les mots suivants : « Je permets

Une conséquence de l'adultère de sa femme était la séparation de corps ; comme la doctrine canonique, le droit civil n'admettait point le divorce.

Mais au cas de mort du mari, la femme pouvait-elle se remarier ? Ou bien toute nouvelle union était-elle interdite comme sous la législation romaine avec qui que ce fût ?

La question s'était posée nécessairement dans notre droit et un arrêt important, rendu par le Parlement de Paris, la trancha définitivement. La femme pouvait, après la mort de son mari, épouser un autre homme ; elle était aussi fondée à demander sa liberté, mais ne pouvait rentrer dans les droits dont elle avait été privée par la condamnation d'adultère (1).

Mais cette faculté, qu'avait la femme de se remarier,

à ma femme de faire avec qui elle voudra, vous m'entendez bien. Le 4 janvier 1688 ». *Vous m'entendez bien* était un refrain de Vaudeville de l'époque.

(1) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 10 ; FOURNEL, *op. cit.*, p. 330 ; *Journ. des Audiences*, t. III, liv. X, ch. v, (Arr. Tournelle, 29 janv. 1684). « La Cour, ayant égard à la requête de Thomé, permet aux parties de contracter mariage et, à cet effet, déclare que les articles du contrat de mariage seront signés à la grille du Refuge ». Sur opposition des enfants de Marie Joysel, un Arrêt du 21 juin 1684, (*J. des Audiences*, t. III, liv. XXI, ch. v), les débouta, en ajoutant à la fin de son dispositif : « Sans néanmoins que ladite Joysel puisse se pourvoir contre l'arrêt du 9 mars 1673 », qui l'avait condamné pour adultère et privée de sa dot et des conventions matrimoniales. — V. aussi les plaidoyers de l'avocat général Talon et des avocats des parties, *loc. cit.*

était-elle restreinte ? Ou bien lui permettait-elle d'épouser son complice ?

Nous avons vu que l'Église permettait à la femme adultère d'épouser son complice, à moins que, durant la vie du premier mari, les coupables se fussent juré de se marier ensemble plus tard ou qu'ils eussent tramé la mort de l'époux trompé. A ces deux empêchements, le droit séculier en ajoutait deux autres :

1° Lorsque la femme avait fait déclarer son mariage nul pour cause d'impuissance de la part du mari (1) ;

2° Lorsque les coupables se faisaient quelque donation pendant la vie du mari, car cette donation emportait « l'idée et le soupçon d'une promesse de mariage. » (2)

Quant aux rapports entre la femme et le complice, un point certain était que les adultères ne pouvaient se faire aucune donation entre vifs ou par testament, directe ou indirecte, ni même de caractère alimentaire (3).

Enfin il leur était interdit de faire également des libéralités à titre gratuit aux enfants adultérins, sous peine de nullité, à moins qu'elles ne fussent modiques et pussent être considérées comme tenant lieu d'aliments (4).

(1) FOURNEL, *op. cit.*, p. 379.

(2) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 33 ; FOURNEL, *loc. cit.* ; BASNAGE, *Coutume de Normandie*, Art. 235, (Arr. Rouen, 14 juill. 1679).

(3) DENISART, *op. cit.*, v° *Adult.*, n. 29 ; JOUSSE, *loc. cit.*, n. 30 et s. et les références jurisprudentielles et doctrinales.

(4) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 31 et 32.

2. — Peines contre le mari.

On a vu précédemment que l'adultère du mari ne pouvait être poursuivi criminellement, pour des raisons que j'aurai à apprécier plus tard. Il n'en entraînait pas moins pour cela des conséquences civiles.

La première était la *séparation de corps* (1). Pothier soutient cependant une opinion tout opposée. D'après lui, l'adultère commis par le mari ne pouvait servir à la femme de fondement pour une demande en séparation d'habitation (2). D'un autre côté, un arrêt du Parlement de Paris semble bien exiger que, pour obtenir le *divortium quoad thorum*, il fallût que le mari entretint en sa maison une « paillardes » et qu'il maltraitât sa femme (3). Je crois qu'en réalité les juges, imbus fortement de cette idée si répandue que l'adultère de l'homme est bien moins répréhensible que celui de la femme, témoignaient pour le mari coupable d'une clémence extrême et que, sauf les cas de faits particulièrement graves, scandale, mauvais traitements à l'égard de la femme, par exemple, ils autorisaient très rarement la séparation de corps (4).

Une seconde conséquence civile était pour le mari la

(1) FARINACIUS, *op. cit.*, qu. 141, n. 104, qu. 143, n. 22, 24; Guy COQUILLE, *loc. cit.*; JOUSSE, *loc. cit.*, n. 28.

(2) POTHIER, *op. cit.*, ch. III, art. 1, § 1, *in fine*, n. 516.

(3) PAPON, *loc. cit.*, (Arr. Paris, 13 avr. 1543, préc.)

(4) V. à l'appui, SERPILLON, *loc. cit.*

perte de la dot de sa femme, des donations et de tout avantage matrimonial (1).

De plus, l'interdiction de se faire des donations entre adultères s'appliquait également au mari coupable et à sa maîtresse (2).

Enfin il est utile de rappeler ici ce qui fut dit plus haut : la femme, accusée d'adultère par son mari coupable du même crime, pouvait lui opposer une exception, et celui-ci était privé des biens de sa femme, devant lui revenir en principe selon l'authentique. Il en était de même lorsque le mari favorisait la débauche ou l'adultère de sa femme (3).

(1) FARINACIUS, *op. cit.*, qu. 141, n. 104 et qu. 143, n. 35, 38; Guy COQUILLE, *loc. cit.*; JOUSSE, *loc. cit.*, n. 29.

(2) JOUSSE, *loc. cit.*, n. 30.

(3) V. *suprà*, p. 93.

CHAPITRE V

LE DROIT INTERMÉDIAIRE

Sous la Révolution, l'institution du mariage subit une véritable *crise*, préparée par la philosophie du XVIII^e siècle (1). La raison triomphait enfin de l'obscurantisme séculaire, la vérité de l'erreur et les dogmes catholiques étaient dénoncés par les maîtres du jour !

La conception traditionnelle du mariage-sacrement était rejetée comme surannée et fausse. La théorie du mariage, à la fois contrat religieux et contrat civil, avait vécu ; on y substitua un dogme scientifique : le mariage est un contrat exclusivement civil (2).

Était-ce à dire pour cela que l'union conjugale, ainsi comprise, dût perdre nécessairement son caractère d'indissolubilité, que la sécularisation du mariage impliquât forcément l'admission du divorce ?

Non certes, et il n'y avait rien de contradictoire, logique-

(1) V. sur cette question, dont je me contente de dire seulement deux mots, l'ouvrage très documenté d'Olivier MARTIN, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire (1789-1804)*.

(2) V. la critique judicieuse du mariage contrat civil dans René LEMAIRE, *Le mariage civil*.

ment, que, dans son rapport à l'Assemblée législative (1), Durand de Maillane affirmât l'indissolubilité du mariage, tout en le considérant comme un contrat purement civil. Mais, par contre, il n'y avait rien de plus naturel aussi que, voyant dans le mariage une simple convention formée par les consentements respectifs des deux parties contractantes, une association au lieu d'une fusion, on reconnût le droit aux auteurs d'un tel contrat d'en demander la rupture quand les conditions n'en seraient plus remplies. C'est à cette conséquence que l'on fût amené en 1792, ainsi qu'on le fût également près d'un siècle plus tard sous la troisième République.

Le divorce, réclamé comme un droit élémentaire par les écrivains et les philosophes du XVIII^e siècle, par Grotius, Puffendorf, Locke, Montesquieu, Voltaire, Diderot, fut prôné avec plus de vigueur encore par une foule de publicistes et tribuns de la Révolution, au moment qui s'annonçait comme le plus favorable pour une réforme législative. Et, pour le justifier, l'argument, mis sans cesse et de tous cotés en avant, était que le mariage, étant un pur contrat civil, pouvait être rompu, comme on l'avait formé, par un mutuel consentement, ou d'autorité au cas d'inexécution de son obligation par l'une des parties ; que décréter le contraire était une violation manifeste de la liberté individuelle inaliénable et que par suite c'était méconnaître absolument la Déclaration des droits de l'homme. Les efforts des parti-

(1) MARTIN, *op. cit.*, p. 71.

sans du divorce ne furent point vains et les désirs de la masse eurent leur satisfaction : la loi de liberté fut votée le 20 septembre 1792. Les causes de rupture furent très nombreuses et très larges : consentement mutuel, motifs déterminés, allégation unilatérale de la simple incompatibilité d'humeur sans vérification et sans intervention de l'autorité. Un décret des 4-9 floréal an II (23-28 avril 1794) compléta et élargit encore la loi de 1792, dont l'application avait été assurée quelque temps auparavant par un décret du 8-14 nivôse an II (28 décembre 1793, 3 janvier 1794). Mais, devant les abus de cette liberté excessive, la Convention dut revenir à la loi de 1792 (décret du 15 thermidor an III) (1).

Aubert-Dubayet avait prétendu, à une séance de l'Assemblée législative, que la possibilité du divorce enlèverait l'envie d'y recourir. « Nous conserverons dans le mariage cette inquiétude heureuse qui rend les sentiments plus vifs (2) ». Cet argument en faveur du divorce, repris de nos jours, fut réfuté par les faits eux-mêmes. Les désunions conjugales ne tardèrent pas à augmenter, puis à se multiplier d'une façon inquiétante, et prouvèrent ainsi par avance combien était vraie l'affirmation que plus tard Aug. Comte devait émettre : « La seule idée du changement y provoque ».

(1) O. MARTIN, *op. cit.*, p. 68 et ss.; LEMAIRE, *op. cit.*, p. 98 et ss. En dehors de cette loi, il faut noter trois projets du Code civil où le divorce tient une assez grande place. V. MARTIN, *op. cit.*, p. 101, 112, 144.

(2) O. MARTIN, *op. cit.*, p. 74.

En instituant le divorce en France, on se figurait que l'adultère deviendrait plus rare : au lieu de recourir à ce moyen criminel, on profiterait de la liberté offerte pour rompre une union mauvaise et se refaire légalement une vie plus heureuse. Le divorce ainsi admis, allait-on sanctionner d'une façon particulièrement sévère l'infidélité conjugale ? Ou bien devait-on pousser le respect de la liberté individuelle jusqu'à permettre à tout époux de violer impunément sa foi ?

Le 7 juillet 1791, Desmeuniers présenta à la délibération de l'Assemblée constituante le titre II du *Projet de décret* élaboré par le Comité de constitution *sur la police municipale et correctionnelle*. Ce titre contenait deux articles relatifs à l'adultère. La femme coupable de ce délit encourait un emprisonnement de durée variable suivant les circonstances et la perte des conventions matrimoniales faites en sa faveur. Le complice pouvait être également condamné à la prison et à une amende ; mais, pour lui, la peine était beaucoup moins forte. Quant au mari adultère, aucune peine n'était prononcée contre lui (1).

(1) Moniteur universel, 8 juillet 1791. *Disposition générale sur les peines de la police correctionnelle et les maisons de correction*, art. 10 : « La plainte en adultère ne pourra être poursuivie que par le mari et que par la voie seulement de la police correctionnelle... La femme convaincue de ce délit sera punie selon les circonstances d'un an, de dix-huit mois ou de deux années d'emprisonnement et de la déchéance des conventions matrimoniales établies en sa faveur. La dot ne sera point confisquée ; le mari en aura la jouissance, quelles que soient les clauses du contrat de mariage, à la charge toutefois d'une pension alimentaire, ainsi qu'elle sera réglée

Après la lecture de ces articles, Darnaudat fit observer qu'il n'était pas possible de statuer sur la plainte de l'adultère sans statuer en même temps sur le divorce. Dupont pensa de même que ces deux questions avaient de trop gros rapports entre elles pour qu'on les séparât. Aussi ces deux articles ne furent-ils pas soumis à la discussion de l'Assemblée qui les renvoya au Comité de constitution.

A la séance du 19 septembre 1791, Lepelletier présenta le *Projet additionnel au Code pénal*, composé de différents articles ajournés et renvoyés à l'examen des Comités de constitution et de législation criminelle, mais l'adultère ne fit l'objet d'aucune disposition, puisque l'on ne devait s'en occuper qu'avec le divorce (1).

Pas plus que cette loi des 19-22 juillet 1791 sur la police municipale et correctionnelle, le Code pénal des 25 septembre-6 octobre de la même année n'édicte de peines contre l'adultère.

Lorsqu'en 1792, l'Assemblée examina la question du divorce, elle aurait dû au moins étudier celle de l'adultère qu'elle avait renvoyée au Comité de constitution. La

par le juge ; le mari pourra à chaque instant faire cesser la peine, en déclarant qu'il consent à recevoir sa femme dans la maison. — Le complice de la femme sera condamné à une amende du huitième de sa fortune et à un emprisonnement de trois mois ».

Art. 41 : « Les affaires de ce dernier genre seront instruites à l'audience ; elles pourront néanmoins être instruites et jugées à huis-clos, mais seulement dans le cas où le mari et la femme y consentiront ».

(1) *Moniteur universel*, 20 septembre 1791.

seconde fut cependant passée sous silence ; on comprit seulement parmi les causes du divorce le « dérèglement de mœurs notoires » d'une façon générale.

Le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, lui aussi, ne s'occupait pas plus de ce délit. Jusqu'au Code civil de 1804, la seule sanction de l'adultère fut donc le divorce. Cependant la jurisprudence suppléa à la loi, en appliquant les principes de l'ancien droit relatif aux conséquences civiles de l'adultère. Ainsi les héritiers pouvaient agir par voie d'exception pour faire annuler les donations faites entre adultères et les avantages matrimoniaux dont la femme coupable devait bénéficier, avec cette différence toutefois que celle-ci n'était plus privée de sa dot (1).

On ne devait pourtant pas attendre jusqu'en 1810 pour sévir pénalement contre l'infidélité conjugale. Quoique civil, le Code de 1804 contenait quelques dispositions criminelles concernant l'adultère. Lorsqu'un mari intentait une action en divorce ou en séparation de corps, pour cause d'adultère contre sa femme, et que ses prétentions étaient admises, cette dernière était condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction pour un temps déterminé qui ne pouvait être moindre de trois mois ni excéder deux années (2). Contre le mari, au con-

(1) Cass., 2 ventôse, an XI (S. chr.).

(2) C. civ., art. 298, 308 (*anciens*). Il faut ajouter qu'au cas de séparation de corps, le mari restait maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme (C. civ., art. 309 *ancien*).

traire, rien de semblable : alors même qu'il entretenait une concubine dans le domicile conjugal, il n'était susceptible d'aucune peine. La femme trompée n'avait d'autre ressource que le divorce ou la séparation de corps (1).

Ajoutons pour terminer que la loi du 12 brumaire an II (2 nov. 1793), accorda aux enfants adultérins des droits héréditaires égaux au tiers de la portion à laquelle ils auraient eu droit s'ils eussent été légitimes.

(1) C. civ., art. 230, 306 (anciens).

SECONDE PARTIE

Législations contemporaines.

CHAPITRE PREMIER

DROIT FRANÇAIS

Plusieurs articles du Code pénal de 1810 furent consacrés à l'adultère ; la même peine que celle du Code civil fut édictée contre la femme infidèle. Donc, à deux endroits différents, notre législation contenait des dispositions en cette matière. Les articles 298, 308 et 309 du Code civil ne furent points modifiés ; par suite jusqu'à la loi du 8 mai 1816 pour le divorce et jusqu'en 1884 pour la séparation de corps, deux sortes de juridictions furent compétentes pour l'adultère : les tribunaux civils et les tribunaux correctionnels. Toutefois, une différence notable existait entre les deux Codes : le Code civil faisait dépendre la condamnation pénale de la prononciation préalable de la séparation de corps ou du divorce.

Avec le Code pénal, il en était tout différemment. Quand les articles relatifs à l'adultère furent discutés au Conseil d'État, le comte Regnaud (Saint-Jean d'Angély) proposa de n'admettre l'action en adultère que comme moyen de parvenir au divorce. « Il serait scandaleux, disait-il, qu'un mari fit condamner sa femme comme infidèle, et que néanmoins il ne voulût pas rompre avec elle (1) ». Mais la proposition de Regnaud fut rejetée. Ce qui faisait que le Code pénal laissait le mari libre d'obtenir une condamnation correctionnelle contre sa femme, sans qu'il fut obligé de se séparer d'elle.

Une particularité du Code pénal a été de ne plus faire de l'adultère, comme dans l'ancien droit, un crime, mais un simple délit. « Cette contradiction entre l'opinion et la loi a forcé le législateur à faire descendre dans la classe des délits ce qu'il n'était pas en sa puissance de mettre au rang des crimes (2) ».

Mais le Code de 1810 a consacré une innovation beaucoup plus intéressante : à l'encontre de toutes les législations antérieures, — sauf du droit canon dont d'importantes décisions allèrent encore plus loin que lui, — il a reconnu à la femme trompée, dans un cas déterminé, une action en adultère contre son mari, action non pas seule-

(1) LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Procès-verbal du Conseil d'État (séance du 15 nov. 1808), t. XXX, p. 397.

(2) LOCRÉ, *op. cit.*, Rapp. de Monseignat au Corps législatif à la séance du 17 févr. 1810, t. XXX, p. 522.

ment civile, mais bien criminelle. Certes, la loi pénale s'est montrée fort indulgente à l'égard du mari, aussi bien en ce qui concerne les éléments constitutifs du délit qu'en ce qui touche la répression ; toutefois, lorsqu'il y a adultère réciproque, elle a établi une entière compensation de peines.

Plus loin, je montrerai ce qu'il y a d'inique, d'immoral, et d'anti-social dans cette différence de traitement. On ne peut toutefois pas ne point reconnaître, si minime soit-il, le progrès de notre code pénal à cet égard sur les lois et coutumes qui l'ont précédé.

§ 1. — COMPÉTENCE ET PROCÉDURE (1)

L'adultère, étant rangé par le Code parmi les délits, relève donc de la compétence des tribunaux correctionnels.

On a vu précédemment que dans l'ancien droit le mari

(1) Cette étude étant une étude de critique juridique sur la répression de l'adultère, je ne ferai point un Commentaire du Code pénal. Je renvoie pour cela aux excellents ouvrages qui se sont occupés de cette question et entre autres à CHAUVEAU et FAUSTIN HÉLIE, (revu par VILLEY), *Théorie de droit pénal*, t. IV ; BLANCHE, *Étude pratique sur le Code pénal*, t. V ; GARRAUD, *Traité du droit pénal français*, 2^e édit., t. V ; GARÇON, *Code pénal annoté*, t. I, (qui donne le meilleur exposé de la jurisprudence) ; *Répertoire général alphabétique du droit français*, (FUZIER HERMANN, CARPENTIER, FRÈREJOUAN DU SAINT), v^o *Adultère* ; *Répertoire de législation de doctrine et de jurisprudence* (DALLOZ) v^o *Adultère* ; SIEYE, *op. cit.*, BOUCHÉ, *op. cit.* Je me contenterai de donner un résumé de la législation, en insistant seulement sur les points qui feront l'objet d'une critique postérieure.

seul avait le droit de poursuivre sa femme pour adultère; les procureurs du roi ne pouvaient mettre d'eux-mêmes l'action publique en mouvement. Le Code pénal de 1810 a maintenu le même principe, en l'étendant à la femme, au cas où elle a la faculté de poursuivre son mari. L'adultère est-il alors un délit social ou un délit privé, et par suite ce système est-il conforme ou non à la nature du délit? C'est une question que j'aurai à discuter ultérieurement. Toujours est-il que les articles 336 et 339 subordonnent la poursuite de ce délit à la plainte préalable de l'époux offensé. Du reste une simple plainte de ce dernier est amplement suffisante (1); point n'est besoin de se porter partie civile, ni de citer directement. Seulement une action en divorce ou en séparation de corps, intentée pour cause d'adultère ou d'entretien de concubine au domicile conjugal, ne permettrait point au parquet de poursuivre, pas plus qu'une action en dommages-intérêts intentée par le mari devant le tribunal civil contre sa femme ou contre le complice, ou encore une action en désaveu. Une telle action n'indique pas assez formellement de la part du demandeur l'intention de faire punir son conjoint. Ajoutons encore que l'époux trompé peut seul porter plainte; ses héritiers n'ont point le même droit.

Il importe toutefois de remarquer que le Ministère

(1) Sur la forme dans laquelle doit être faite cette plainte, V. GARRAUD, *op. cit.*, t. V, n. 1885, note 8; GARÇON, *op. cit.*, art. 336 et 337, n. 58; Adde, Dijon, 5 juin 1858 (*J. de dr. crim.*, 1877, n. 10.124); Cass., 20 juin 1873 (*Bull. crim.*, 169; S, 73, 1, 488 et les renvois).

public pourrait poursuivre *proprio motu* dans le cas où l'adultère serait compliqué d'un autre délit, tel qu'un outrage public à la pudeur ou une excitation de mineurs à la débauche, mais les juges ne devraient statuer que sur ce dernier délit (1).

Ni le décès de l'époux plaignant ni le jugement en divorce ou en séparation de corps ne sont de nature à arrêter les poursuites commencées par le Ministère public. Mais l'action publique peut être éteinte irrévocablement de deux façons :

1° Par le *désistement exprès* du plaignant, bien que pour la femme ce soit contesté (2).

2° Par le *désistement tacite*, consistant soit en la réconciliation des époux, soit en des actes ou des écrits, qui prouvent que le plaignant renonce à la poursuite correctionnelle, sans qu'il consente pour cela à la reprise de la vie commune. Il y a là une question de fait appréciable par les juges (3).

Quant au complice, les poursuites exercées contre lui et contre la femme sont indivisibles. D'où il résulte que d'un

(1) GARRAUD, *op. cit.*, t. V, n. 1884; GARÇON, *op. cit.*, art. 336 et 337, n. 49.

(2) V. sur la question, GARRAUD, *op. cit.*, t. V, n. 1886 et s.; GARÇON *op. cit.*, art. 336 et 337, n. 72 et ss.; art. 339, n. 25; Nancy, 7 mai 1885 (S. 85, 2, 105 et la note); Cass., 24 juill. 1885, (S. 88, 1, 84; D. 87, 1, 239); Alger, 20 nov. 1891 (S. 92, 2, 85; D. 92, 2, 45).

(3) GARRAUD, *loc. cit.*; GARÇON, *op. cit.*, art. 336 et 337, n. 83 et ss.; art. 339, n. 26.

côté, la femme une fois dénoncée seule par le mari, il est permis au parquet de comprendre le complice dans la poursuite ; que d'un autre côté le mari ne peut porter plainte utilement contre celui-ci sans dénoncer en même temps celle-là ; qu'enfin la mort de la femme après la plainte, mais avant le jugement définitif, éteint l'action publique à l'égard de son amant, et que le désistement du mari produit le même effet (1). Bien que ce soient les principes généraux de la complicité, (art. 59 et 60) qui s'appliquent à la concubine entretenue dans la maison conjugale, cela n'empêche qu'en ce cas l'indivisibilité de l'action doit être également respectée.

Reste la question de la preuve. Il faut encore distinguer entre le mari ou la femme et le complice.

L'adultère des deux premiers ne déroge point aux règles de droit commun : flagrant délit, témoignages, présomptions, écrits, aveu, peuvent permettre de prouver le fait incriminé (2).

Pour le complice, l'article 338 contient une disposition toute spéciale.

« Les seules preuves qui pourraient être admises contre le prévenu de complicité seront, outre le flagrant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu. »

(1) GARRAUD, *op. cit.*, t. V, n. 1889 ; GARÇON, *op. cit.*, art. 338, n. 9 et s., 17 et ss. ; Cass., 30 avr. 1871 (S. 91, 1, 361 ; D. 93, 4, 189).

(2) GARÇON, *op. cit.*, art. 336 et 337, n. 127 et s.

Cette déposition exceptionnelle (1) explique pourquoi souvent la femme seule est poursuivie, son adultère pouvant être seul prouvé légalement.

§ 2. — PÉNALITÉS

Nul n'a le droit de se faire justice lui-même ! Voilà un principe de droit criminel qui, pour ne pas faire l'objet d'une disposition écrite, n'en est pas moins certain. Toutefois le législateur a tenu compte quelquefois de circonstances spéciales qui lui ont paru de nature à atténuer la responsabilité de l'auteur criminel et par suite à légitimer une rigueur moins grande dans la répression. C'est pour cela qu'il a admis pour certains délits des excuses atténuantes ou absolutoires ; c'est pour cela, en particulier, que l'article 324 du Code pénal décide que, « dans le cas d'adultère, prévu par l'article 336, le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale, est excusable. »

Dans l'ancien droit, on l'a vu, le meurtre de la femme adultère par son mari n'était pas en principe un droit, comme jadis à Rome ; seulement les lettres de grâce s'obtenaient très facilement.

Le Code pénal a prévu le cas où le mari, surprenant sa

(1) V. sur l'interprétation de cette règle, GARRAUD, *op. cit.*, 1891 GARÇON, *op. cit.*, art. 338, n. 32 et ss.

femme et son amant en flagrant délit dans sa propre maison, se livrerait, poussé par une exaspération bien compréhensible, à des voies de fait sur l'un ou sur l'autre (1). Son article 326 a réduit fortement la peine applicable au meurtre ordinaire.

Il convient d'observer que, pour que l'excuse soit admise, toutes les conditions exigées par l'article 324 doivent être réunies : meurtre à l'instant même où le mari surprend les coupables, — flagrant délit, — dans la maison conjugale (2). De plus l'excuse n'existe qu'en faveur du mari et non du père, du frère ou d'un ami; elle n'existe aussi, ce qui est beaucoup plus important et ce qui plus loin méritera une attention particulière, qu'au profit du mari trompé et non point réciproquement de la femme outragée dans la maison conjugale par la concubine de son conjoint.

A. — Peines criminelles.

1. — Peine contre la femme.

L'adultère de la femme est constitué par la réunion de trois conditions :

(1) Le texte ne met point comme condition à l'excuse que la femme et le complice soient tués *uno ictu et uno impetu* : le meurtre de l'un d'eux seulement est excusable.

(2) V. sur cette excuse, CHAUVÉAU et F. HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, n. 1466; MORIN, *Rép. génér. de droit crim.*, v° *Provocation*, n. 15; BOITARD, *Leçon de droit criminel*, n. 362; GARÇON, *op. cit.*, art. 324 et 336; *Rép. gén. du dr. fr.*, v° *Adult.*, n. 354; *Rép. de lég. de doctr. et de jurispr.*, v° *Peine*, n° 506 et *Supplément*, n. 527.

1°) Que la femme ait eu des rapports illicites avec un autre homme (*fornicatio*);

2°) Qu'elle fut réellement mariée;

3°) Qu'elle eut l'intention de commettre l'acte incriminé, c'est-à-dire que, se sachant mariée, elle eût la volonté de tromper son mari, qu'elle n'agit donc point sous l'empire de la violence ou par erreur.

Lorsque la coexistence de ces trois conditions est établie, la femme encourt la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus (art. 337). Cette peine peut être réduite et même transformée en une très modeste amende par le jeu des circonstances atténuantes (art. 463), ce qui en fait a toujours lieu.

Ajoutons que la connivence du mari ne justifie pas l'adultère de la femme : elle ne peut que provoquer chez les juges une grande indulgence pour la coupable.

D'autre part, après la condamnation, le mari reste maître d'en arrêter l'effet, en consentant à reprendre sa femme (art. 337, al. 2). Le Code l'investit donc d'un véritable droit de grâce, non exclusif toutefois de celui dont a l'exercice le président de la République. Mais une condition doit être observée : reprendre la vie commune. Le pardon implique réconciliation, qui, de plus, met obstacle à toute action en divorce ou en séparation de corps de la part du mari (1).

(1) GARRAUD, *op. cit.*, n. 1887 et note 21; GARÇON, *op. cit.*, art. 336 et 337, n. 103; Paris, 4 août 1888 (S. 89, 2, 13; D. 90, 2, 279).

2. — *Peine contre le complice.*

Les éléments constitutifs du délit sont :

1^o) La *fornicatio* ;

2^o) Le mariage de la femme avec laquelle il a commerce ;

3^o) L'intention criminelle de commettre un adultère avec une femme mariée. La connaissance de l'union légitime de celle-ci par son amant est donc nécessaire à la constitution du fait incriminé. La preuve de cette connaissance est à la charge du ministère public et du plaignant (1).

La peine du complice est plus élevée que celle de la femme : emprisonnement de trois mois à deux ans, et, en outre, amende de cent à deux mille francs.

Cette différence de sévérité, au détriment du complice, peut s'expliquer par ce fait que, très souvent, c'est l'amant de la femme mariée qui est le plus coupable, ayant une volonté plus ferme et étant l'instigateur de la faute. Cette différence peut aussi s'expliquer par une raison plus simple. Par suite de l'organisation des régimes matrimoniaux, condamner la femme à une amende, c'eût été atteindre indirectement le mari lui-même.

On a vu plus haut que le désistement du mari profitait nécessairement au complice. Il en est tout différemment pour le pardon dont le mari peut user : pour l'amant, la condamnation définitive est irrévocable.

(1) GARRAUD, *op. cit.*, n. 1876 ; GARÇON, *op. cit.*, art. 338, n. 5 et ss.

(2) Pour quelques difficultés pratiques qui se sont posées à ce sujet, v. GARÇON, *op. cit.*, art. 338, n. 19 et ss.

3. — *Peine contre le mari.*

Pour que l'adultère du mari soit punissable, les trois conditions que suppose le délit de la femme doivent être également réunies : la conjonction sexuelle, un mariage valable, l'intention criminelle. Mais ce n'est pas tout : il faut en outre qu'une concubine ait été *entretenu* au domicile *conjugal*, ce qui fait une double condition de plus que pour l'adultère de la femme (art. 339). Insistons sur ce point.

Un fait isolé ne suffit point, se fut-il passé au domicile conjugal ; il s'agit là d'un délit d'habitude ; il faut donc qu'il y ait des relations suivies entre le mari et la concubine, que celle-ci ait été entretenue par celui-là. Mais peu importe que la complice soit amenée exprès du dehors chez lui, fille de mauvaise vie ou autre, ou qu'elle demeure dans sa maison à un titre quelconque, institutrice de ses enfants, dame de compagnie, simple bonne, ou amie hospitalisée. Il y a là bien évidemment une question de fait qui tombe sous l'appréciation des juges (1).

L'entretien d'une concubine en dehors du domicile conjugal ne constituerait pas le délit prévu par l'article 339 : il faut que l'entretien ait eu lieu dans la *maison commune*, comme disait l'ancien article 230 du Code civil. Il y a donc là une seconde question de fait que le tribunal est obligé d'examiner. Que doit-on entendre par domicile conjugal ?

Sur ce point auteurs et jurisprudence sont aussi pleine-

(1) GARRAUD, *op. cit.*, n. 1878 ; GARÇON, *op. cit.*, art. 339, n. 3 et ss.

ment d'accord. Le domicile conjugal ne se confond pas ici avec le domicile légal ; il est synonyme de *domicile marital* et doit donc être pris au sens de l'article 214 du Code civil, et non pas de l'article 102. Cette question de fait a souvent soulevé devant les tribunaux des difficultés ; cependant les décisions jurisprudentielles peuvent se résumer ainsi : le domicile conjugal est le lieu où le mari peut obliger sa femme à habiter avec lui, et où, par contre, la femme aurait le droit de se faire recevoir. Un tel domicile n'est donc pas nécessairement celui où la femme habite réellement au moment où est tenue la concubine ; il se peut même qu'elle n'y ait jamais résidé. Il suffit qu'il puisse être considéré comme la demeure actuelle du mari (1).

Il est à peine utile de faire remarquer qu'au cas de séparation de corps, l'adultère de l'homme n'est jamais punissable. Il n'y a plus de domicile conjugal, par suite l'article 339 est inapplicable.

A cette première inégalité entre l'homme et la femme s'en ajoute une seconde. Lorsque le mari a entretenu une concubine au domicile conjugal, il est passible d'une peine singulièrement plus douce que celle qui frappe la femme coupable : une amende de cent à deux mille francs seulement.

Cette inégalité de traitement entre les deux époux est un vestige certain de l'ancien droit séculier, imbu lui-

(1) V. auteurs et jurisprudence dans GARRAUD, *op. cit.*, n. 1879 et GARÇON, *op. cit.*, art. 339, n. 5 et ss.

même de l'esprit romain. Elle s'explique par la conception étroite, que l'on se fait de la famille et par l'aveuglement qui empêche d'apercevoir les exactes répercussions sociales des actes individuels. Comme à Rome jadis, comme au moyen âge, comme sous l'ancien régime, la violation de la foi conjugale par le mari a été jugée par les législateurs ne 1810 comme beaucoup plus grave par ses conséquences que l'adultère de la femme. L'exposé de motifs du ch. 1 du tit. II du liv. III, fait par le chevalier Faure à la séance du corps législatif du 7 février 1810, le prouve nettement : « L'adultère de la femme est un délit plus grand, parce qu'il entraîne des conséquences plus graves et qu'il peut faire entrer dans la famille légitime un enfant qui n'appartient point à celui que la loi regarde comme le père (1). » Et Monseignat, dans son rapport au corps législatif, fait à la séance du 17 février 1810, se livre à des considérations du même genre : « Après avoir assuré une garantie à l'époux, il était juste d'offrir à l'épouse délaissée, sinon une réciprocité entière, désavouée par la nature des choses et la différence des résultats de l'adultère dans les deux sexes, au moins un moyen à la femme pour soustraire à ses regards la présence et le triomphe de sa rivale (2). » Cette façon d'envisager la nocuité sociale de l'adultère a persisté jusques à nos jours ; la généralité des criminalistes contemporains y sous

(1) LOCRÉ, *op. cit.*, t. XXX, p. 480.

(2) *Ibid.*, p. 523.

crivent comme à une vérité dogmatique. J'aurai plus loin à peser la valeur de cette conception.

Toutefois il peut arriver que la seconde inégalité disparaisse d'une façon négative. C'est le cas où le mari accuse sa femme d'adultère, alors que lui-même est convaincu d'avoir entretenu une concubine au domicile conjugal. Dans l'ancien droit, nous l'avons vu, il y avait divergence d'opinions sur ce point-là. Le Code de 1810 a décidé, sans ambiguïté possible, qu'il y aurait dans ce cas une véritable compensation de délits. On lit en effet à la fin de l'article 336 : « Cette faculté même cessera, s'il est dans le cas prévu par l'article 339 (1) ». Des auteurs ont justifié cette disposition, qui établit une équivalence entre les délits des deux époux et ont essayé de l'expliquer par l'indignité du mari violateur lui-même de son serment de fidélité (2). Plus loin également, je tâcherai de mettre en lumière l'incohérence du Code et de ses défenseurs sur ce point.

J'ajoute d'ailleurs que cette exception au profit de la femme n'existe point à l'inverse en faveur du mari (3).

Remarquez aussi qu'au cas de séparation de corps, la compensation de délits devient impossible.

Enfin, il est bon de noter que la femme n'a pas le droit

(1) Je renvoie encore à GARRAUD, *op. cit.*, n. 1886 et GARÇON, *op. cit.*, art. 336 et 337, n. 106 et ss., pour les diverses difficultés de procédure qui surgissent à ce propos et notamment pour la question de savoir si l'adultère du mari doit être contemporain de celui de la femme.

(2) CHAUVEAU et F. HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, n. 1634

(3) GARRAUD, *loc. cit.*; GARÇON, *op. cit.*, art. 339, n. 30.

de faire grâce à son mari de l'amende qui lui est infligée, quand même elle serait résolue de reprendre la vie commune.

4. — Peines contre la concubine.

La loi ne prononce aucune peine spéciale contre la concubine entretenue dans la maison conjugale. La complice du mari ne tombe-t-elle point cependant sous l'application du droit commun, c'est-à-dire des articles 59 et 60 relatifs à la complicité générale? Des criminalistes l'ont nié d'une façon très nette (1). Mais d'autres, soutenus dans leur affirmation par une jurisprudence constante, prétendent à juste raison que l'article 338 ne consacre qu'une exception aux principes généraux, applicables dans notre cas (2). Pour la concubine, il n'y a point de question spéciale qui se pose pour le pardon, la femme n'ayant pas le droit de faire grâce à son mari de l'amende prononcée.

(1) CARNOT, *Commentaire sur le Code pénal*, art. 338; MORIN, *op. cit.*, v^o Adultère, n. 12; ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, t. II, n. 1695, note; GARRAUD, *op. cit.*, n. 1881.

(2) BEDEL, *op. cit.*, n. 56; BLANCHE, *op. cit.*, t. V, n. 214; CHAUVEAU et F. HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, n. 1666; LE POITTEVIN, *Dictionnaire formulaire des Parquets*, v^o Adultère, n. 18; GARÇON, *op. cit.*, art. 338, n. 66 et ss., où se trouve analysée la jurisprudence. Cette interprétation conduit à cette conséquence heureuse que l'on pourrait fort bien ainsi atteindre les individus qui auraient aidé ou favorisé l'inconduite d'une femme mariée. M. Garçon cite comme exemple une mère qui recevrait de l'argent de l'amant de sa fille mariée pour la lui livrer.

B. — *Conséquences civiles.*1. — *Rupture du lien conjugal.*

Le Code civil de 1804 maintint le divorce, dont la loi de 1792 avait consacré le principe. Mais, devant les abus qui s'en étaient suivis, les législateurs estimèrent nécessaire d'y apporter des restrictions. D'abord ils réduisirent le nombre des causes déterminées : il n'y en eut plus que trois. En second lieu, ils supprimèrent le divorce pour incompatibilité d'humeur sur la demande de l'un des conjoints. Enfin ils entourèrent le divorce par consentement mutuel de formalités assez compliquées (1).

Sous la restauration une loi du 8 mai 1816, votée sur la proposition de de Bonald, abolit le divorce. Toutes les tentatives faites sous Louis-Philippe pour le rétablir échouèrent devant la Chambre des pairs.

En 1848, la constituante le rejeta également. Ce ne fut qu'en 1884, le 19 juillet, qu'il fut réintroduit dans la législation française à la suite d'une très vigoureuse et très persévérante campagne menée par M. Alfred Naquet. Cette loi fut complétée par une autre du 18 avril 1886, modifiant sur quelques points la procédure.

La loi de 1884 admet le divorce exclusivement pour

(1) V. Sur le divorce : H. COULON, *Le divorce et la séparation de corps* ; E. GLASSON, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe* ; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III.

causes déterminées : adultère, excès ou sévices, injures graves, condamnations criminelles. Le divorce par consentement mutuel ou sur la demande de l'un des époux n'a pas été admis, mais à l'heure actuelle un mouvement important s'est créé dans le but de revenir à la législation révolutionnaire.

L'adultère constitue donc une cause déterminée de divorce, et, bien plus, une cause péremptoire, c'est-à-dire qu'une fois prouvé, les juges ne peuvent refuser le divorce.

Sous le régime du Code civil, l'inégalité entre l'homme et la femme, que le Code pénal devait consacrer, existait déjà. Le mari pouvait demander le divorce pour une simple infidélité de sa femme. Mais celle-ci n'avait d'action contre son époux qu'au cas où il entretenait une concubine au domicile conjugal (1). La loi de 1884 a aboli cette différence de traitement et a identifié l'article 230 et l'article 229. On a considéré comme tout à fait légitime de permettre aux deux conjoints de demander le divorce pour adultère, car tous deux se doivent fidélité à un même degré ; du reste, les défenseurs de l'ancienne inégalité sont fort peu nombreux. N'y a-t-il pas, en effet, une inharmonie à ce point de vue entre le droit civil et le droit pénal ? C'est encore un point qui plus loin fera l'objet d'un examen sérieux. Mais ce qu'il importe de bien remarquer ici, c'est que l'adultère de l'homme peut être

(1) C. civ., art. 229 et 230 (anciens).

parfaitement une cause de divorce, sans donner lieu par contre à une poursuite correctionnelle (1).

De 1816 à 1884, époque à laquelle le divorce n'existait plus dans le Code, la séparation de corps était la seule ressource laissée à l'époux qui avait des griefs sérieux contre son conjoint. Or, comme les causes déterminées étaient les mêmes que celles du divorce, lorsqu'il existait, la même inégalité subsistait entre l'homme et la femme pour la séparation de corps. Toutefois la jurisprudence l'avait atténuée dans certains cas, lorsque l'adultère du mari était entouré de circonstances offensantes pour la femme, lorsque par exemple il y avait scandale public ; elle considérait qu'il y avait alors injure grave et accordait la séparation à la femme.

J'ajoute qu'à aucune époque la séparation de corps par consentement mutuel ne fut permise.

2. — *Dommages et intérêts.*

Les tribunaux doivent-ils accepter la demande en dommages et intérêts formée par l'époux trompé contre son conjoint et contre son complice, contre tous deux à la fois ou contre l'un d'eux seulement ?

Des auteurs ont contesté le bien fondé d'une pareille action et refusent toute réparation civile (2). D'autres

(1) Je n'insiste pas sur le divorce, ne voulant pas faire de digression. C'est pour cela aussi que je rappelle seulement que le divorce entraîne un certain nombre de déchéances.

(2) CARNOT, *op. cit.*, art. 338, n. 6.

ont reconnu à l'époux offensé le droit de demander des dommages et intérêts, mais seulement pour la réparation d'un préjudice matériel, au cas par exemple où il aurait été forcé de changer de résidence pour éviter un scandale, et non pas pour la réparation d'un préjudice moral (1). La jurisprudence a admis le système le plus large ; elle a appliqué maintes et maintes fois l'article 1382 C. civ., et s'est ainsi attiré l'approbation de la plupart des juristes contemporains (2).

La procédure est la même que pour toute action civile : l'époux peut se porter partie civile dans la plainte ou intervenir pendant l'instance correctionnelle ou enfin citer directement devant les tribunaux correctionnels. La règle : le criminel tient le civil en état, est respectée, sauf évidemment au cas où la demande en dommages et intérêts serait fondée sur une autre cause que l'adultère, telle par exemple le détournement de la femme du domicile conjugal. Il importe seulement de remarquer qu'après le désistement de l'époux de sa plainte avant le jugement, il y aurait lieu de lui opposer une fin de non recevoir si plus tard il s'avisait de former contre le complice une demande en dommages et intérêts. Le pardon du mari,

(1) BEDEL, *Traité de l'adultère et des enfants adultérins*, n. 65

(2) CHAUVEAU et F. HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, n. 1664 ; GARRAUD, *op. cit.*, n. 1883 ; GARÇON, *op. cit.*, art. 338, n. 71 et ss. V. aussi BOUCHÉ, *op. cit.*, p. 309 et s. ; Paris, 8 juin 1837 S. 37, 2, 294 ; Cass. 24 mai 1851, (*Bull. crim.*, 192, D. 52, 5, 14) ; Rennes, 22 février 1869, (D. 73, 1, 209) ; Agen, 18 juillet 1902 (D. 1903, 2, 344).

une fois la condamnation prononcée et devenue définitive n'aurait point le même effet (1).

3. — *Autres conséquences.*

A une certaine époque l'adultère a entraîné une certaine incapacité. La loi électorale du 8 février 1849 (art. 3) interdisait le droit d'être électeur à ceux qui avaient été condamnés pour « attentat aux mœurs prévu par l'article 334 du Code pénal ». La loi du 31 mai 1850 alla plus loin. L'article 11 était ainsi rédigé : « Seront rayés de la liste électorale à la requête du ministère public et pour un temps qui ne pourra être moindre de 5 ans ni excéder 10 ans, et dont la durée sera fixée par le tribunal, les individus qui auront encouru une condamnation pour les délits prévus par les articles 338 et 339 du Code pénal ». L'adultère empêchait donc et d'être électeur et d'être élu. Mais cette incapacité fut éphémère; le décret du 2 février 1852 ne reproduisit point cette disposition, ni depuis aucune loi.

L'adultère de la femme ne suffit point pour fonder une action en désaveu au profit du père. Un adage latin exprime bien cette idée : « Quem possit et mater adultera fuisse et impubes patrem maritum habuisse ». La règle « Pater is est quem nuptiæ demonstrant », est rigide et cette présomption de paternité légitime ne peut tomber que dans des hypothèses très rares et prévues par la loi :

(1) GARÇON, *loc. cit.*

1° Lorsque le mari peut prouver que, pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant, il était, soit pour cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme (art. 312. al. 2, C. civ.);

2° Lorsque la naissance de l'enfant lui a été cachée (art. 313 C. civ.).

L'effet du désaveu est d'attribuer à l'enfant la qualité d'adultérin (1).

Enfin l'adultère, s'il était notoire et causait en même temps un scandale public, pourrait entraîner la déchéance de la puissance paternelle. En effet, l'article 2, § 6 de la loi du 24 juillet 1889 déclare : « Peuvent être déchus des mêmes droits..... 6° En dehors de toute condamnation, les père et mère qui, par leur ivrognerie habituelle, leur *inconduite notoire et scandaleuse* ou par de mauvais traitements, compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants ». Mais, pour que cette disposition soit applicable à un adultère, il est de toute nécessité qu'il soit à la fois notoire, scandaleux, et qu'il soit susceptible de nuire à la moralité des enfants. La jurisprudence est stricte à cet égard (2) et une circulaire du garde des sceaux du 21 septembre 1889 a recommandé

(1) V. PLANIOL, *op. cit.*, 5^e édit., t. I, n. 1427.

(2) Code de l'Enfance traduite en justice, *Loi du 24 juillet 1889, art. 2, n. 32 et ss.*, par G. DRUCKER; BOURDEILLETTE, *Lois protectrices de l'enfance*, p. 318 et s.

aux magistrats du Parquet de n'agir qu'avec une extrême circonspection.

On pourrait en dire tout autant de l'article 444 du Code civil, qui exclut de la tutelle et même destitue de cette fonction les gens d'une conduite notoire, sans cependant exiger ni que celle-ci soit scandaleuse, ni qu'elle compromette la moralité des enfants.

4. — Ancienne prohibition de mariage.

L'article 298 du Code civil, modifié par la loi du 27 juillet 1884, décidait que, « dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice ».

Dans la pensée du législateur, cette disposition avait pour raison d'être de constituer une sorte de mesure préventive, en empêchant l'époux adultère de chercher à briser son union pour en contracter une autre avec le complice de sa faute. Mais elle était fort critiquée depuis la loi sur le divorce (1), ses adversaires lui reprochant d'être génératrice d'immoralité.

Déjà en 1882, au moment du rétablissement du divorce,

(1) Il importe de bien remarquer que de 1816 à 1884, l'article 298 n'avait point d'application. « Dans le cas de divorce admis en justice », disait-il en effet. Par conséquence pendant cette période, à la mort du conjoint trompé, l'adultère pouvait convoler en secondes noces avec son complice. A cet égard donc, le Code était plus large que l'ancien droit, qui ne permettait point une telle union dans certains cas (promesse de mariage, machination de meurtre, donation.)

on avait demandé la suppression de l'article 298. Un amendement de MM. Henry Maret, Lokroy et Jullien, abrogeant cette disposition, avait été voté par la Chambre, mais repoussé par le Sénat (1). Il fallut vingt ans pour que le Parlement permit à l'époux coupable d'épouser son complice. Mais ce fut surtout après la loi du 17 août 1897 qu'une campagne énergique fut menée, notamment par MM. Margueritte; la nouvelle loi prescrivait en effet qu'il serait à l'avenir fait mention de la célébration de tout mariage en marge de l'acte de naissance des époux et enlevait ainsi toute échappatoire à l'article 298 (art. 76, C. civ.). Le 28 novembre 1902, M. Barthou déposa à la Chambre une proposition de loi en ce sens, qui, sur rapport de M. Cruppi, fut votée sans discussion le 2 juillet 1903 (2), et au Sénat, sur rapport de M. Lintilhac, le 13 décembre 1904 (3). Le 15 décembre la loi abrogative de l'article 298 était promulguée.

5. — Condition des enfants adultérins.

Les enfants adultérins sont dans une situation très inférieure à celle des enfants légitimes. Le Code civil les a

(1) *Journ. off.*, 9 mai 1882, *Débats parlem.* Chambre, p. 75; *id.*, 24 juin 1884, *Débats parlem.*, Sénat, p. 1168.

(2) *Journ. off.*, Exposé de motifs, *Docum. parlem.*, Chambre, déc. 1902, p. 383; *id.*, Rapport de Cruppi, *Docum. parlem.*, Chambre, sept. 1903, p. 867; *Journ. off.* du 3 juill. 1903, Vote, *Débats parlem.*, Chambre, p. 2239.

(3) *Journ. off.*, Exposé des motifs, *Docum. parlem.*, Sénat, janv. 1904, p. 508; *id.*, Rapport de Lintilhac, *Docum. parlem.*, Sénat, fév. 1904, p. 19; *Journ. off.* du 14 déc. 1904, Vote, *Débats parlem.*, p. 1066

privés de tout droit héréditaire (art. 762). Il ne leur est accordé que des aliments (art. 762, al. 2), prélevés sur la succession. De même par legs ou par donation, ils ne peuvent recevoir qu'une pension alimentaire (art. 908, al. 3) (1).

Il est bon de faire remarquer que ces articles trouvent leur application seulement dans les cas où la filiation adultérine peut être prouvée. L'article 335 du Code civil décide en effet que la reconnaissance ne peut avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin et ceux-ci ne sont pas admis à la recherche soit de la maternité, soit de la paternité (art. 342). Ce n'est donc que dans certains cas que la filiation adultérine se trouve légalement établie (désaveu, annulation de mariage, erreur de fait d'un jugement, etc.) (2).

Enfin une loi récente du 7 novembre 1907 a modifié une disposition importante du Code civil. L'article 331 permettait de légitimer par mariage subséquent les enfants nés hors mariage, à l'exception de ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin. Tant que l'article 298 fût conservé cette restriction garda sa raison d'être. Mais le jour où il disparut de la législation, il parut logique d'apporter à l'article 331 une modification.

Le 30 novembre 1906, M. Violette déposa à la Chambre

(1) PLANIOL, *op. cit.*, 4^e éd. t. III, n. 2957.

(2) PLANIOL, *op. cit.*, 5^e éd. t. I, n° 1544.

(3) *Journ. off.*, Exposé de motifs et rapport, *Docum. parlam.*, Chambre, avr. 1907, p. 203 et févr. 1907, p. 19.

une proposition de loi tendant à cette fin, et moins d'un an après la loi était votée (1). Désormais dans ceux cas les enfants adultérins peuvent être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère et dans l'acte même de célébration :

1° Quand ils sont nés plus de trois cents jours après l'ordonnance du président du tribunal prévue par l'article 878 du Code de procédure civile, intervenue entre celui de leurs auteurs qui était antérieurement dans les liens d'un précédent mariage et son conjoint, lorsque cette procédure aura abouti à la séparation de corps ou au divorce ou aura été interrompue par le décès de l'autre conjoint.

2° Quand ils sont nés pendant le mariage et désavoués par le mari.

On voit donc que la nouvelle loi n'a pas permis de légitimer les enfants adultérins dans tous les cas : ceux en effet qui sont nés pendant le mariage, avant l'ordonnance rendue par le président du tribunal selon l'article 878 du Code procédure civile, et non désavoués, ne bénéficient pas de la réforme (2). Mais, il n'en reste pas moins vrai que celle-ci est d'une grande importance et, je le répète, une conséquence très logique de l'abrogation de l'article 298 du Code civil.

(1) *Journ. off.* du 9 nov. 1907.

(2) La réforme, telle que l'avait votée la Chambre, était générale. Mais la Commission du Sénat l'a repoussée pour des considérations très justes, exposées dans son rapport par M. Chaumié, *Journ. off.*, *docum. parlam.*, Sénat, oct. 1907, p. 140.

CHAPITRE II

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Je ne ferai ici qu'un examen très succinct des législations étrangères ; je me contenterai de mettre en relief les particularités les plus intéressantes des principales d'entre elles.

Dans une étude sur l'adultère, publiée par une revue de droit comparé, il y a une quinzaine d'années, M. Bridel distingua deux sortes de législations :

1° Celles qui consacrent le principe d'égalité entre l'homme et la femme ;

2° Celles qui se montrent au contraire plus sévères pour cette dernière.

De plus, parmi les premières législations, il fit une autre distinction :

1° Celles qui font de l'adultère un délit punissable en dehors de toute question de divorce ;

2° Celles qui ne le répriment pénalement qu'au cas où le divorce ou la séparation de corps a été prononcée ;

(1) L. BRIDEL, *Étude critique sur la fidélité conjugale et l'adultère*, (Bull. Soc. légis. comp., 1893, p. 273).

3° Celles qui considèrent que l'infidélité conjugale ne relève pas du droit criminel.

Je reprendrai donc ces mêmes distinctions qui ont l'avantage d'être nettes et de permettre d'embrasser, d'un coup d'œil rapide, les législations les plus intéressantes en ce qui touche l'adultère. J'y apporterai toutefois quelques compléments et quelques modifications.

A. Pays d'inégalité.

1° Belgique (C. pén. 8 juin 1867).

En Belgique comme en France, un fait isolé d'adultère commis par l'homme dans la maison commune ou l'entretien d'une concubine en dehors du domicile conjugal ne sont pas punissables.

Seul le mari, qui tient une concubine en sa demeure, s'expose à une peine (art. 389).

Mais à deux points de vue, cette inégalité est atténuée dans le droit belge :

1° L'article 389 prononce la peine d'emprisonnement d'un mois à un an contre le mari coupable suivant la loi. Point d'amende. Le corollaire de cette disposition est que la femme peut arrêter l'effet de la condamnation, en demandant l'élargissement de son mari ;

2° L'article 413 porte : « L'homicide, les blessures et les coups sont excusables, lorsque le crime ou le délit est commis par l'un des époux sur l'autre époux et son com-

plice à l'instant où il les surprend en flagrant délit d'adultère ».

La femme est passible d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et le complice de la même peine sans amende en plus (art. 387 et 388). Contre le complice, certaines preuves sont seules admises (flagrant délit, pièces écrites émanant de lui) ; enfin comme en France aussi, la poursuite ne peut avoir lieu que sur la plainte de l'époux qui se prétend offensé (art. 390).

2. — *Italie* (C. pén. 30 juin 1889).

En Italie, de même, les éléments constitutifs de l'adultère ne sont point les mêmes pour l'homme que pour la femme. Toutefois, à ce point de vue, la loi italienne est un peu plus rigoureuse pour l'homme que les Codes français et belge. Est punissable en effet le mari qui entretient une concubine non pas seulement dans la maison conjugale, mais aussi en dehors, si le fait est notoire (art. 354).

Quant à la répression d'adultère et au meurtre de l'époux pris en flagrant délit, le Code italien égalise la situation des deux conjoints.

1° Ainsi que la femme coupable d'infidélité, le mari, qui a entretenu une concubine chez lui ou ailleurs notoirement, peut être condamné à la détention de trois à trente mois, et en outre la condamnation a pour conséquence la perte de la puissance maritale (art. 354). L'homme est donc plus sévèrement puni en un sens que la femme ;

2° Dans le cas où *un des époux* tue l'autre et son complice

surpris en flagrant délit d'adultère, la peine, édictée contre les meurtriers, est réduite de un sixième avec substitution de la détention à la réclusion et de la détention d'un an à cinq ans à l'ergastolo (art. 377). L'inégalité reparait cependant dans un autre cas prévu par le même article, le cas de meurtre d'une descendante ou d'une sœur, par un ascendant, un frère ou une sœur.

La loi italienne ressemble à la nôtre en ce qu'elle prononce contre le complice la même peine que contre la femme (sans amende en plus) ; que la poursuite est exercée seulement sur la plainte du conjoint offensé ; que la plainte contre l'autre époux s'étend nécessairement au complice, et que la « rémission » de la faute est possible de la part du poursuivant après la condamnation du coupable (art. 353, 356, 358).

Mais elle contient un certain nombre de particularités. Ainsi après trois mois, à dater du jour où l'époux outragé a été informé du fait, aucune plainte n'est plus possible (art. 356). Est exempt de toute peine l'époux poursuivi pour adultère, s'il est prouvé *que dans les cinq ans* précédant le fait incriminé, l'autre époux a lui-même commis le délit prévu par les articles 353 ou 354 (art. 357). Une peine spéciale est édictée contre la concubine du mari : détention pouvant être portée à un an (art. 354). Enfin, si les conjoints sont légalement séparés ou si l'un d'eux a abandonné l'autre, la peine afférente aux délits prévus par les articles 353 et 354 est pour chacun des coupables une simple détention s'élevant à trois mois au plus (art. 355).

3. — *Espagne et Portugal* (C. pén. 1870 et 1872).

L'article 401 du Code portugais punit de la déportation à temps la femme adultère; le complice encourt la même peine et en plus des dommages-intérêts. Le mari qui entretient une concubine dans le domicile conjugal peut être condamné de trois mois à trois ans de prison (art. 404).

La législation espagnole, relative à l'adultère, ressemble fort à celles du Portugal et de l'Italie. La femme et son complice sont condamnés à la prison mineure (art. 358); et pour l'incrimination de ce dernier, le même article tient très compte de l'intention; peu importe, en effet, pour que le délit soit constitué, que le mariage soit déclaré nul depuis l'infraction. Quant au mari qui tient une concubine dans la maison conjugale ou au dehors, mais *avec scandale*, il est passible de la prison correctionnelle. La concubine est punie de la peine d'interdiction de lieux (art. 362). Pour la procédure et le pardon, les articles 359 et 350 contiennent des dispositions analogues à celles des précédents codes examinés.

La législation espagnole, à la différence de la législation italienne et à l'instar de la nôtre, ne tempère la peine applicable au meurtrier qu'en faveur du mari qui tue sa femme surprise en flagrant délit d'adultère ou son complice; au cas de lésions graves, l'article 348 ne prononce que la peine de l'interdiction des lieux; si de simples

lésions sont causées aux coupables, il exempte leur auteur de toute peine (1).

B. — *Pays d'égalité*.

1° SYSTÈME : DÉLIT PÉNAL DISTINCT

1. — *Autriche* (C. pén. 1852).

L'époux coupable est puni d'emprisonnement de un à six mois. Lorsqu'à la suite de l'adultère de la femme un doute peut s'élever relativement à la filiation d'un enfant, le fait entraîne une aggravation dans la mesure de la peine (art. 502). Il y a donc cependant là une petite inégalité.

2. — *Pays-Bas* (C. pén. 3 mars 1881).

Toute personne mariée qui commet un adultère, ainsi que son complice, sont punis d'un emprisonnement de six mois au plus (art. 241). Notons que la poursuite pour adultère ne peut avoir lieu que sur la plainte de l'époux offensé, mais que cette plainte peut être retirée tant que l'examen à l'audience du tribunal n'est pas encore commencée (même art.).

3. — *Russie* (C. pén., 22 mars 1903).

Tout comme celui de 1866, le Code pénal russe de 1903

(1) Contrairement à la plupart des législations suisses, celle du canton de Tessin, (C. pén. 1873, art. 210 et s.), consacre le principe d'inégalité entre le mari et la femme.

n'a fait aucune différence entre le mari et la femme. « Toute personne mariée, convaincue d'adultère, ainsi que quiconque aura commis un adultère avec une personne notoirement mariée, sera punie des arrêts. » (Art. 418).

La loi russe ne contient pas de disposition spéciale au cas de meurtre de l'un des époux par l'autre et atténuant la peine. Cependant l'article 458 est de nature assez général pour s'appliquer à cette hypothèse. Il est ainsi rédigé : « Celui qui se rend coupable d'un assassinat conçu et exécuté sous une impulsion violente est puni des travaux forcés pendant huit ans au moins. Si cette impulsion a pour origine une violence sur la personne commise au profit de la loi ou *une injure grave*, dont la victime a été l'auteur, le coupable sera puni de la détention dans une maison de correction ou dans une forteresse ».

4. — Cantons de Suisse.

Un grand nombre de cantons suisses ont admis dans leur législation le principe d'égalité entre les époux en ce qui concerne l'adultère : la prison ou l'amende en sont en général la sanction. En voici la liste :

Thurgovie (C. 1841, art. 114 et 115) ; — Vaud (C. 1867, art. 207 à 210) ; — Grisons (C. 1851, art. 143) ; — Valais (C. 1858, art. 210) ; — Lucerne (C. 1861, art. 148) ; — Obwalden (C. 1864, art. 70) ; — Berne (C. 1866, art. 175) ; — Glaris (C. 1867, art. 84) ; — Fribourg (C. 1868, art. 398 à 400) ; Zoug (C. 1876, art. 98) ; —

Appenzell (C. 1878, art. 102) ; Saint-Gall (C. 1885, art. 181) (1).

5. — Danemark (C. pén., 10 février 1866).

L'égalité entre les deux sexes est consacrée. La peine édictée est l'emprisonnement, ou simplement l'amende, si la cohabitation des époux a cessé, et s'il y a d'ailleurs des circonstances atténuantes. La poursuite ne peut s'exercer que sur la réquisition de l'époux outragé (art. 159). Pour le cas de meurtre, il n'existe point de disposition spéciale.

6. — Suède (C. p. 16. fév 1864) (2)

La Suède présente des dispositions très intéressantes en ce qui concerne notre matière. D'abord l'article 3 du ch. xvii autorise la poursuite pénale pour adultère sur la plainte de l'époux outragé, ou à la suite d'une demande en divorce, ou lorsque l'homme coupable a été atteint par une demande en justice tendant à une allocation alimentaire pour l'enfant adultérin, ou encore lorsque l'infraction a été soumise par ailleurs à l'action publique.

Ensuite le mari et la femme sont traités sur le même pied d'égalité quant à la répression. L'un et l'autre sont passibles d'une peine d'emprisonnement de six mois au plus ou d'une amende, et le complice d'une amende seu-

(1) V. Sroos, *Die schweizerischen Strafgesetzbücher*, p. 442 à 484.

(2) Le Code de 1864, qui est venu transformer complètement le Code de 1734, a été lui-même modifié sur certains points par une loi du 20 juin 1890

lement (ch. xvii, art 1). Le Code suédois, contrairement au nôtre, est donc moins sévère pour le complice.

Mais ce qu'il contient surtout d'original, c'est qu'il distingue, comme faisait jadis le Droit canon, entre l'adultère simple et l'adultère double, c'est-à-dire celui qui est commis par une personne mariée avec une autre personne mariée. La peine édictée contre les coupables d'adultère double est plus élevée; elle est de six mois à deux ans de prison. (art. 2).

Enfin ajoutons que la loi suédoise ne s'occupe point non plus, d'une façon spéciale, du cas d'uxoricide; mais une de ses dispositions générales vise celui-ci d'une façon implicite: « Si le meurtrier a été provoqué par sa victime, sans faute de sa part, au moyen d'injures graves..., la peine des travaux forcés peut être réduite à six années »

2° SYSTÈME : DÉLIT PÉNAL CONDITIONNEL

1. — *Allemagne* (C. pén., 31 mai 1870).

La législation allemande ne permet la poursuite pénale, pour adultère, qu'au cas seulement où le divorce a été prononcé. L'article 172 dit en effet: « L'adultère, lorsqu'il aura entraîné le divorce, sera puni, à l'égard du conjoint coupable et de son complice, d'un emprisonnement de six mois au plus. » Du reste la poursuite ne peut avoir lieu que sur la plainte du conjoint outragé.

Comme en Russie, il n'y a pas non plus en Allemagne de disposition spéciale excusant l'époux meurtrier. Mais

l'article 213 atténue la rigueur de la loi dans certains cas: « Si le meurtrier, excité à la colère par des violences ou des offenses graves exercées contre lui ou l'un des siens par la personne tuée, s'est laissé entraîner immédiatement à l'action, ou s'il y a d'autres circonstances atténuantes, la peine sera un emprisonnement de six mois au moins. »

2. — *Hongrie* (C. pén., 14 juin 1879).

En Hongrie également, le divorce et la séparation de corps sont les seules conditions auxquelles l'adultère de l'un des époux peut recevoir une sanction pénale (art. 246). Mais la peine est moins sévère qu'en Allemagne: trois mois d'emprisonnement au maximum. De plus l'article 281 prévoit le cas d'homicide commis sous l'empire d'une surexcitation violente sur un parent en ligne ascendante ou descendante ou *sur un conjoint* (5 à 10 ans de maison de force).

3. — *Cantons de Suisse*

Quelques cantons suisses consacrent un principe similaire. Zurich (C. 1870. art. 117 et 118); — Bâle ville (C. 1872, art. 88); — Soleure (C. 1885, art. 102); — Neuchâtel (C. 1891, art. 284 à 287).

3° SYSTÈME — ABSENCE DE DÉLIT PÉNAL.

Dans certaines législations, l'adultère n'est qu'une simple cause de divorce ou de séparation de corps, et cela

notamment en Suisse, dans le canton de Genève (*C. p. 1874*), aux États-Unis d'Amérique, dans l'État de New-York (*C. 1881*), et en particulier en Angleterre.

L'adultère est l'unique motif de divorce reconnu par la législation anglaise (*Bill du 28 août 1857*). Mais en plus il donne droit à une réparation civile, à des dommages et intérêts ordinairement très élevés et exemplaires. Ceux-ci sont accrus ou diminués selon les circonstances, le rang et la fortune du plaignant et du défendeur, la parenté et les rapports entre eux, le degré et la nature de la séduction employées, etc... Ils sont d'autre part très modérés lorsqu'il est prouvé que l'époux a été lui-même coupable d'infidélité conjugale (2).

(1) V. STOOS, *Die Ethischen und die sociale Grundlagen des Strafrechts* (*Rev. pén. suisse*, VII, p. 272 et s.); BRIDEL, *Le droit des femmes et le mariage*, p. 28 et s.

(2) H. STEPHEN, *new Commentaries on The Law of England*, vol. III, liv. 5, p. 531 et 532.

TROISIÈME PARTIE

Tendances actuelles et critique

CHAPITRE PREMIER

TENDANCES ET PROJETS DE RÉFORMES

Par le bref historique et l'exposé rapide des législations contemporaines, qui précèdent, on a pu voir comment a été jadis et est encore réprimé l'adultère.

Un fait a dû frapper certainement. Lorsque l'on remonte assez haut dans l'histoire, on s'aperçoit que la violation de la foi conjugale a fait l'objet aux époques anciennes de peines extrêmement rigoureuses, parfois mêmes barbares et immorales. Chez les Indous, en Grèce, à Rome avant et après le Christ, l'adultère était puni sévèrement; la mort ne semblait pas être un châtement disproportionné. Notre droit médiéval fut également sans pitié pour ce crime familial; mais plus tard et peu à peu les Parlements s'adoucirent; les vieilles coutumes furent délaissées et l'on pro-

nonça des sanctions plus humaines. Sous quelles influences ce changement s'opéra-t-il ? Une telle question est toujours très ardue à résoudre et les philosophes de l'histoire doivent être fort prudents avant de hasarder une explication. Pour le sujet qui nous occupe, il paraît certain que le droit séculier, au contact du droit canon et sous le souffle de l'esprit chrétien, s'est humanisé peu à peu et plus ou moins inconsciemment. Mais il est aussi incontestable que, la conception de la famille s'étant modifiée avec le temps, que les pouvoirs du mari sur la femme s'étant affaiblis de plus en plus, l'opinion publique s'est par suite sentie de moins en moins d'horreur pour la trahison conjugale et les juges, puis les législateurs, ont montré plus d'indulgence pour les coupables. On objectera sans doute à cette considération qu'il n'existe pas une exacte corrélation entre les mœurs et le droit positif ; que, il y a quelque seize à dix-huit siècles, à l'époque où les empereurs romains promulguaient des édits sévères contre l'adultère, les mœurs étaient en pleine décadence et que les Césars eux-mêmes, alors qu'ils légiféraient, ne se gênaient point pour débaucher les femmes des autres. Mais cette observation, au fond, n'est point une objection. Que très anciennement au temps des monarchies absolues, les souverains se soient préoccupés officiellement des dérèglements de leurs sujets, tandis qu'eux-mêmes vivaient dans l'abjection la plus sordide, cela est indéniable. Mais ce qui ne l'est pas moins, c'est que des contradictions aussi flagrantes sont extrêmement rares et se rencontrent de moins en moins dans les périodes

récentes de l'histoire. Certes à notre époque, les législateurs sont loin de prononcer l'ostracisme contre l'hypocrisie. Toujours est-il cependant que, tout au moins dans les questions matrimoniales, les lois et les décisions judiciaires reflètent plus fidèlement l'état d'esprit de la nation. C'est là du reste un point sur lequel j'aurai l'occasion de m'étendre un peu plus loin.

Un autre fait caractéristique, que l'on a dû certainement remarquer, est l'inégalité de traitement que presque toutes les législations anciennes ou modernes ont toujours consacrée entre l'homme et la femme mariés. L'adultère de la femme y est en général considéré comme un acte infâme et très grave ; l'adultère de l'homme au contraire comme une vulgaire peccadille. D'où peines sévères contre la femme exclusivement, sauf seulement le cas où le mari a poussé l'audace jusqu'à entretenir une concubine au domicile conjugal. Bien plus, au mari, qui peut impunément tromper sa femme, on accorde une excuse au cas où il se laisse aller à tuer dans sa colère son épouse infidèle. L'égalité de la faute n'existe, prétend-on, que devant la morale et non pas devant la société. C'est encore là une question que j'aurai à discuter ultérieurement.

Dans notre législation française, depuis la loi de 1884 rétablissant le divorce et comme sous Napoléon I^{er}, l'adultère constitue une cause de divorce ; mais en même temps il est l'objet d'une répression pénale. En pratique, il est fait un très rare usage des dispositions pénales et les condamnations qui sont prononcées sont en général déri-

soires. Théoriquement la vieille conception, qui considère l'infidélité conjugale comme étant un délit punissable, est discréditée auprès de quantité de gens et battue hardiment en brèche. Des projets de réformes ont déjà été déposés.

L'article 324. — D'abord, il y a presque'unanimité entre les juristes, les sociologues et les publicistes pour demander la modification ou la suppression de l'article 324, qui excuse seul le mari meurtrier. On s'élève en général avec véhémence contre cette bienveillance que le Code témoigne à ce dernier, contre ce « vestige de l'antique barbarie. » Cette inégalité de droit entre l'homme et la femme est souverainement injuste ; l'outrage est le même pour l'un et pour l'autre ; la colère a le droit d'être égale. De plus n'y a-t-il pas quelque chose de profondément choquant dans la situation privilégiée de l'homme ; le mari peut tromper sa femme et mener une vie d'indigne débauche ; et si, elle, de son côté elle se hasarde à lui être infidèle, une excuse sera accordée à son meurtrier ! Que l'on étende donc l'excuse à l'épouse ou plutôt qu'on la supprime purement et simplement de notre loi pénale (1).

La répression de l'adultère. — A côté de cette première réforme, il en est une beaucoup plus grave, que l'on

(1) PLANIOL, *op. cit.*, 5^e éd., t. I, n. 902 ; CHAUVEAU et F. HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, n. 1472 ; GARRAUD, *op. cit.*, t. II, n. 618 ; H. COULON, *Le divorce et l'adultère*, p. 68 et ss. ; P. et V. MARGUERITTE, *Quelques idées*, p. 43 et 222 ; G. FONSEGRIVE, *Mariage et Union libre*, p. 375.

réclame avec instance de tous côtés et qui porterait sur la répression de l'adultère.

Presque tout le monde est d'accord, ai-je dit, pour attaquer vivement l'excuse de l'article 324 et, même, pour en réclamer l'abolition. Mais, pour ce qui touche la sanction de l'infidélité conjugale, les opinions sont extrêmement divergentes. Faut-il conserver dans notre Code les articles 336 à 339 avec ou sans modifications, ou bien faut-il les en faire disparaître totalement ? Telle est la question qui se présente et à laquelle on propose des solutions très diverses.

1^{er} système. — Les uns se déclarent partisans du *statu quo*. L'adultère constitue une atteinte très profonde à la famille, molécule primordiale de la société. Or l'intérêt de celle-ci est de veiller à sa sécurité et d'employer les moyens les plus sûrs pour se protéger. Il importe donc d'ériger ce fait en délit et de le sanctionner sévèrement. De plus, l'adultère de la femme est beaucoup plus dangereux au point de vue social que celui du mari ; d'où nécessité très grande d'édicter contre la femme des pénalités assez vigoureuses, alors même qu'elle ne serait coupable que d'un fait isolé répréhensible, et de ne punir le mari que s'il entretient une concubine au domicile conjugal. Et, à l'appui de cette opinion, on donne des arguments de différentes natures (1). Nous les reprendrons bientôt pour les examiner.

2^e système. — D'autres voudraient que l'on supprimât

(1) BLANCHE, *op. cit.*, t. V, n. 172 ; GARRAUD, *op. cit.*, n. 1869 et s.

du Code pénal les dispositions qui font de l'adultère un délit. L'infidélité conjugale est certes une faute morale; au point de vue idéal évidemment, rien n'est plus beau que deux êtres qui s'unissent l'un à l'autre pour toute la vie, qui se gardent une foi inébranlable et que la mort seule peut séparer. Mais il faut aussi se rendre compte de la réalité des choses. Les humains sont loin d'être des anges; or, lorsqu'un être ne ressent plus d'amour pour un autre, il est tyrannique de vouloir le contraindre à rester lié à cet autre durant toute son existence; on doit respecter avant tout sa liberté individuelle. Si même, lorsque le mariage légal n'est pas encore rompu, il lui arrive de commettre une infidélité soit par légèreté, soit par sentiment profond, la société abuse de ses droits en prétendant lui infliger une peine.

Toute peine n'a sa raison d'être que pour réprimer les actes anti-sociaux. Or l'adultère n'a rien de ce caractère; il n'est pas autre chose que la violation d'un engagement que deux personnes ont pris l'une vis-à-vis de l'autre pour une période indéterminée et chaque jour renouvelable. Lorsqu'une des parties n'exécute pas son obligation de fidélité, l'autre n'est pas plus tenue qu'elle d'exécuter la sienne; elle peut lui opposer l'exception *non adimpleti contractus* et la seule conséquence ne peut être que civile: la résolution du contrat, en l'espèce le divorce (1).

(1) Émile DE GIRARDIN, *L'homme et la femme* (lettre à Alexandre Dumas fils); LABORDE, *Cours de droit criminel*, 2^e éd., n. 695; GAROFALO, *Criminologie*, p. 42 et s.; E. FERRI, *Sociologie criminelle*, p. 242;

Il semble bien que, pour être logique, il faudrait reconnaître à l'époux trompé le droit de demander des dommages-intérêts à celui par la faute duquel le mariage est dissous. « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur », dit en effet l'article 1142 du Code civil. Mais on n'admet pas, en général, l'application de ce principe au cas d'adultère; on ne va pas jusqu'au bout du raisonnement; on se garde même bien de soulever la question. Il n'est pas douteux que les adversaires de l'adultère, délit pénal, répondront à cette objection, en disant que la question des dommages et intérêts a déjà été tranchée par la jurisprudence, ainsi qu'on l'a vu précédemment, et qu'ils n'ont pas à y revenir. Ce serait cependant commettre là une confusion de droit. Les dommages-intérêts accordés généralement par les Tribunaux sont la réparation d'un préjudice causé, quand préjudice il y a, matériel ou physique; ils diffèrent complètement de nature avec ceux qui sont la conséquence de l'inexécution d'une obligation; les premiers sont fondés sur l'article 1382; les seconds sur l'article 1142.

La vérité, il vaut mieux le dire franchement, est que les détracteurs des articles 336 et ss. du Code pénal, qui en demandent l'abrogation, ne considèrent point au fond l'adultère comme un acte condamnable pénalement ou

A. GAUTIER, *Contre la répression pénale de l'adultère* (*Rev. pén. suisse*, 1894); H. COULON, *op. cit.*; P. et V. MARGUERITE, *op. cit.*, p. 23 et 43; FOREL, *La question sexuelle*, p. 434 et 464.

même très blâmable au point de vue moral. Le mariage est pour eux un contrat civil à durée indéterminée ; le divorce à tout moment doit pouvoir le rompre ; qui dit mariage, en effet, dit possibilité de divorce, affirment les frères Margueritte (1) ; l'adultère n'est en somme, qu'une rupture anticipée, et ceux qui le commettent ne font que se passer d'une formalité légale sans accomplir un acte par lui-même immoral. Dans la discussion ultérieure, je m'attacherai à montrer que c'est là une conséquence à laquelle sont conduits inévitablement les partisans du divorce et que ceux d'entre eux qui l'admettent sont beaucoup plus logiques que ceux qui la repoussent.

Toujours est-il que la campagne entreprise en vue de supprimer toute sanction pénale de l'adultère a eu de sérieux échos au Parlement.

Déjà en 1893, M. Viviani déposa sur le bureau de la Chambre une proposition de loi tendant à abroger les articles 338 et ss. du Code pénal (2). C'était là une tentative assez osée pour l'époque ; mais le sentiment qui faisait agir ce député ne devait pas tarder beaucoup à être partagé par d'autres de ses collègues, par des sénateurs, par des ministres. En effet, au cours de la discussion de la loi du 15 décembre 1904, qui a autorisé le mariage entre l'époux infidèle et son complice, un garde des sceaux, M. Vallé, a déclaré, avec un franc parler tout à son honneur, que l'adultère ne devait plus être considéré, à

(1) P. et V. MARGUERITTE, *op. cit.*, p. 45.

(2) *Journ. des Débats*, 19 juin 1895 ; *Le Gaulois*, 23 juin 1895.

son avis, comme un délit et qu'il convenait d'en supprimer les pénalités. De telles paroles dans la bouche d'un ministre de la justice présentaient une importance très significative.

En 1905, M. Le Normant, attaché au ministère de la justice, fit un exposé de motifs d'un projet de loi tendant à la même fin (1). Toute peine contre l'adultère y était dite injuste et inefficace ; l'adultère est un fait immoral, et non un délit, qui ne portent atteinte qu'aux droits contractuels de l'époux trompé, dont le droit consiste simplement à demander la résiliation de son contrat et à réclamer des dommages et intérêts.

Enfin le 13 juillet 1906, M. Paul Meunier déposa à la Chambre une proposition de loi tendant à l'abrogation des articles 336 et ss. du Code pénal. « Tous les juristes, dit l'exposé des motifs, reconnaissent que l'adultère du mari comme de la femme ne peut avoir d'autre sanction que le divorce, la séparation de corps ou le pardon » (2).

Que deviendront ces projets de réforme ? Dormiront-ils longtemps dans les cartons poussiéreux de la Chambre ou bien un sort glorieux leur est-il réservé, comme aux projets d'abrogation de l'article 298 du Code civil et de la légitimation des enfants adultérins ? L'avenir nous l'apprendra. On peut toutefois conjecturer que la réforme, désirée par beaucoup, verra assez tôt le jour ; ce sera là une des conséquences logiques et naturelles des néo-réfor-

(1) *Bull. de la Soc. d'étud. législ.*, 1905, p. 253 et ss.

(2) *Revue pénitentiaire*, 1907, p. 705.

mateurs du mariage..., à moins qu'un revirement ne se produise dans l'opinion publique, ce qui est douteux pour le moment (1).

3° *système*. — D'autres encore, comme les premiers et contrairement aux seconds, estiment qu'il est nécessaire que l'adultère soit réprimé pénalement. Mais à l'encontre des premiers et de même que les seconds, ils considèrent comme injuste et injustifiable la différence de traitement établie par notre loi entre l'homme et la femme.

Les adversaires de toute pénalité, en effet, s'attaquent vivement en général à l'inégalité du Code (2); je montrerai plus loin combien cette critique est méritée et combien est étroite la conception que les défenseurs attardés du vieux système romain se font du point de vue social. Mais ce n'est guère que pour cette critique que les partisans d'une répression égale pour l'homme et pour la femme se trouvent être d'accord avec les adversaires de toute répression. Les premiers estiment comme tout à fait indispensable que l'adultère, qui n'est autre que la violation de l'article 212 du Code civil, ne reste point sans sanction pénale. L'adultère, en effet, ne constitue point

(1) Sans doute il serait faux de dire que l'on ne peut être partisan d'une suppression de peine sans être apôtre en même temps de la doctrine du divorce élargi. En Angleterre, dans quelques cantons suisses, l'adultère ne reçoit point de sanction pénale et cependant le *mariage libre*, tel qu'on voudrait l'instaurer en France, n'existe pas et ne fait même pas l'objet de désirs bien ardents.

(2) P. et V. MARGUERITE, *op. cit.*, p. 63.

une faute relevant de la morale seule. Il a des conséquences sociales extrêmement graves qui en font un véritable délit. Ne point l'incriminer dans le Code pénal ce serait le considérer comme un acte légitime ou tout au moins avouer tacitement qu'il échappe au pouvoir répressif. Or, l'adultère, par sa nature nocive, doit au contraire être châtié socialement; les arguments que l'on donne contre sa répression ne sont point fondés; et bien qu'actuellement les tribunaux soient d'une excessive indulgence, que le président Magnaud soutienne dans les considérants de ses jugements que l'infidélité conjugale ne devrait pas être punie légalement, le législateur doit bien se garder de supprimer les peines édictées contre un tel acte (1).

La réforme qui s'impose au Parlement d'une façon impérieuse, c'est, dans la répression, de traiter d'une façon identique l'homme et la femme (2).

4° *système*. — Enfin, il est un dernier système que l'on propose et qui, quoique ne réunissant qu'un petit-nombre de suffrages, n'en est cependant pas le moins intéressant. L'adultère y est considéré comme un acte criminel, qu'il soit commis par l'homme ou par la femme. Mais les peines

(1) CAUVIÈRE, *De la répression de l'adultère* (*Rev. pénit.*, 1905, p. 907 et ss.). — M. Cauvière, dans cet article, n'a pas parlé de la question de l'inégalité; je ne puis douter cependant que ce professeur à l'Institut catholique, ne soit partisan d'une assimilation de l'adultère du mari à celui de la femme.

(2) CHAUVEAU et F. HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, n. 1628; FONSEGRIVE, *op. cit.*, p. 373 et s.; MORIZOT-THIBAUT, *De l'autorité maritale*, p. 25 et s.; abbé NAUDET, *Pour la femme*, p. 165.

actuelles ne répondent pas au délit que l'on veut réprimer; elles ne sont point suffisamment intimidantes et tout en même temps impraticables. Il faudrait accorder à l'époux offensé des dommages et intérêts, en proportion et avec la faute et avec la situation du coupable; en plus, il faudrait que celui-ci fût déchu de la puissance paternelle, privé de la tutelle de ses enfants ou des enfants d'autrui, exclu des conseils de famille, de toute fonction qui exerce une certaine influence sur l'éducation et les mœurs, du corps enseignant, du jury, de toute magistrature municipale (maire ou adjoint), déclaré indigne des offices d'avoué et de notaire, et déchu d'autres droits encore. De telles peines civiles sont autrement efficaces par leur sévérité que des peines criminelles et plus en proportion avec « une action aussi criminelle que celle qui détruit, qui dissout, qui empoisonne la sainte institution du mariage et de la famille (1). »

Voilà quelles sont, résumées, les différentes opinions sur la répression de l'adultère. Il convient maintenant de les examiner.

(1) FRANCK, *Philosophie du droit pénal*, p. 218 et ss., 239.

CHAPITRE SECOND

EXAMEN ET CRITIQUE

I. — L'EXCUSE DE MEURTRE

J'ai dit au chapitre précédent que l'article 324 était critiqué généralement à deux points de vue.

D'abord tout le monde s'accorde pour reconnaître que, si offensé soit-il, le conjoint ne devrait point avoir le droit de se faire justice lui-même, comme aux temps anciens, ou plus exactement ne devrait pas bénéficier dans ce cas d'une excuse légale. Les défenseurs du système répressif du Code, ainsi que les partisans d'une même peine pour les deux époux, considèrent avec raison comme un odieux vestige d'un autre âge l'atténuation de peine que le législateur a consacrée dans le Code au profit du mari, qui tue, sur le champ, l'épouse infidèle et son complice pris en flagrant délit. Nos sentiments de justice humanitaire sont choqués profondément par une telle disposition légale, qui par avance promet aux maris meurtriers l'indulgence de la société; l'adultère a beau constituer un acte très répréhensible, il ne mérite pas la mort. Sans doute, dans certains cas, on peut comprendre l'exaspé-

ration du mari outragé qui surprend sa femme au moment même où elle le trompe, dans la propre maison conjugale. Mais c'est là une pure question de fait et de circonstances, soumise à l'appréciation des juges et non du législateur. Les jurés pèsent les faits avec leur conscience et rien ne peut les empêcher de nier toute culpabilité chez le meurtrier, qu'ils jugent, ou de faire preuve à son égard d'une certaine clémence en vertu de l'article 463 C. pén.; nul n'ignore l'habitude regrettable qu'ils ont prises depuis quelques années de se montrer d'une excessive indulgence pour les crimes passionnels.

Les tribunaux correctionnels ont la même ressource des circonstances atténuantes.

Les adversaires de toute répression de l'adultère attaquent naturellement aussi l'excuse de l'article 324. Cet article, suivant l'expression énergique des frères Margueritte, « est-ce que la conscience moderne ne le vomit pas? » L'abrogation de « l'article rouge » s'impose (1). Mais, pour les partisans du mariage élargi, ce n'est point seulement une réprobation sentimentale qui les pousse à en demander la suppression; c'est aussi une raison impérieuse de logique. L'aveu est fait par M. Coulon lui-même : « L'adultère ne peut plus être une excuse au meurtre de la femme et de son complice ou *tout au moins cette excuse ne peut figurer dans une loi qui contient le divorce* (2) ». Cette conséquence est certes plus logique que la conséquence

(1) P. et V. MARGUERITTE, *op. cit.*, p. 222.

(2) COULON, *op. cit.*, p. 50.

tirée jadis inversement par Alexandre Dumas fils dans sa fameuse brochure *l'Homme-femme* : « Si la loi qui s'est donné le droit de lier s'est interdit celui de délier et se déclare impuissante, déclare-toi personnellement au nom de ton maître, le juge et l'exécuteur de cette créature..... tue-là ! (1) » En effet, dans une législation où le divorce n'est pas admis, la rude conclusion de Dumas est loin de s'imposer. Une loi peut parfaitement, sans contradiction sociale ni morale, refuser le divorce et ne point consentir à voir dans la femme adultère « la guenon du pays de Nod, la femelle de Caïn », dont le mari a le droit de s'ériger en bourreau. La conclusion de Dumas ne peut que séduire ceux qui donnent à l'individu des droits supérieurs aux droits de la société, et pour lesquels la volonté de chacun prime celle de la loi. Avec une telle conception, plus d'ordre social possible.

Mais, à un autre point de vue, l'article 324 fait l'objet des critiques les plus vives, même de la part des défenseurs de l'inégalité de répression entre le mari et la femme.

L'excuse de meurtre, au cas de flagrant délit d'adultère, n'existe qu'en faveur du mari, second vestige du droit romain. Comme le Code, A. Dumas donnait à l'homme

(1) Alexandre DUMAS, *L'homme-femme* (1872). Cette thèse a été développée par Dumas non seulement dans cette brochure, mais aussi dans une lettre célèbre à M. Cuvillier-Fleury (1873) à propos de la *Femme de Claude*, et surtout au théâtre, dans différentes pièces, telles que cette dernière, *Diane de Lys*. Quant aux idées de Dumas sur le divorce, V. dans la *Quinzaine* du 16 avril 1899, p. 492; *Les idées de Dumas fils; Mariage indissoluble et divorce*, par G. AUDIAT.

trompé seul le droit de tuer son épouse, et non réciproquement à celle-ci le droit de se faire justice elle-même. Cette différence procède de la vieille conception que l'infidélité de la femme a des conséquences autrement graves que celle du mari.

L'homme n'a point la même constitution physiologique que la femme ; son organisme lui permet certaines satisfactions sensuelles sans grand danger pour lui. Dumas le dit franchement : « Me vois-tu, moi qu'on appelle l'auteur à thèses, me vois-tu érigeant en principe (car on n'y eut pas manqué) que les femmes trompées doivent faire assassiner leurs maris coupables, coupables de quoi ? D'une erreur stupide où les sens seuls sont engagés et qui n'est que la prédominance momentanée de la bête ! (1) » Mais même au cas où le mari ne cède pas seulement à une faiblesse passagère des sens, lorsqu'il entretient une concubine au foyer conjugal, sa femme outragée ne bénéficie point d'une excuse atténuante si elle se laisse entraîner à des voies de fait dans sa colère douloureuse.

Cette disposition du Code est, à ce second point de vue, encore plus injustifiable. Si l'on veut conserver dans la loi l'excuse de l'article 324, il faut absolument l'étendre à la femme.

Sur quoi se base-t-on pour la lui refuser ? Sur ce que socialement son infidélité est plus grave que celle de son mari ?

(1) A. DUMAS, *Préface de la Princesse Georges*.

Nous verrons plus loin la pauvreté de cette assertion, que depuis des siècles on se plaît à répéter. Sur ce que, dans l'exaspération provoquée par une telle cause, la femme sait mieux se contenir et garder son sang-froid ? Non seulement une telle explication serait contraire à la réalité des choses, la femme étant en général plus sensible et moins réfléchie dans son ressentiment, mais encore, ainsi que le dit si bien un sympathique magistrat, contraire « à la pensée constante de la loi qui suppose à l'homme une raison plus virile (1) ».

Même les défenseurs de l'inégalité de répression, ai-je dit, s'élèvent véhémentement contre cette disposition du Code. Ils prétendent que les raisons, qui militent en faveur de l'inégalité consacrée par les articles 336 et 339, ne valent rien pour justifier l'article 324. Au cas de meurtre, les données psychologiques sont les mêmes pour l'homme que pour la femme ; l'outrage est identique et la colère a le droit d'être égale (2).

Ces auteurs pensent être plus conséquents que la loi en la combattant sur ce point. Le sont-ils bien cependant réellement ? Comme nous le verrons plus loin, lorsqu'il s'agit pour eux de fonder sur des raisons solides l'inégalité de répression entre l'homme et la femme, ils ont soin de faire une grande distinction. Oui certes, disent-ils, en pure morale, la faute du mari est aussi condamnable que celle

(1) MORIZOT-THIBAUT, *op. cit.*, p. 253.

(2) GARBAUD, *op. cit.*, t. II, n. 618 ; PLANIOL, *op. cit.*, t. I, n. 902 ; BOUCHÉ, *op. cit.*, p. 297.

de la femme. Mais, socialement, l'adultère de la femme a des conséquences beaucoup plus fâcheuses que l'infidélité de l'homme et le législateur n'a le droit de se placer qu'à ce point de vue.

Mais alors, si cette distinction est véritablement justifiée, pourquoi donc ne pas en tenir compte au cas de meurtre? Si l'adultère de la femme est si nuisible à la société et si celui de l'homme est chose si bénigne, quoi de plus sensé que la loi se montre moins sévère à l'égard du mari meurtrier? L'outrage est le même; la colère est aussi vive chez les deux époux, réplique-t-on. Mais c'est là une contradiction flagrante: on prétend d'abord que le point de vue social doit seul intéresser le législateur et maintenant on reproche à ce dernier de rester dans son rôle! Dire en effet que le ressentiment des deux conjoints est identique, car l'outrage est le même, c'est se placer à un point de vue purement individuel, exclusivement moral, et par suite, abandonner le domaine social (1). Quand il s'agit de réprimer l'adultère, on ne fait aucun cas de la douleur profonde que peut éprouver une femme trompée; quand il s'agit d'excuser l'époux meurtrier, on attache une importance inattendue à l'outrage causé.

La loi est plus cohérente, il faut le reconnaître.

On répondra sans doute à cette critique, en disant qu'il est impossible de comparer la question de répression avec celle de meurtre. Dans le premier cas, il s'agit d'une péna-

(1) Sur les rapports du moral et du social, V. FONSEGRIVE, *Morale et Société*.

lité que l'on prononce contre la femme seule, dans le second, d'un acte criminel dont l'auteur bénéficie *après coup* d'une excuse légale. Mais la critique n'en reste pas moins entière. La loi, en accordant au mari meurtrier une excuse atténuante, a bien pris en considération le sentiment de colère qu'est susceptible de susciter en lui l'adultère de sa femme; et en cela elle s'est bien placée à un point de vue moral et individuel. Mais aussi elle a dû estimer que sa clémence ne nuit point à l'intérêt social; que étant donnée la gravité de l'adultère de la femme, le trouble apporté dans la société par le meurtre de celle-ci est amoindri considérablement, et qu'au contraire, l'adultère, isolé ou répété, commis par le mari dans la maison conjugale, ayant moins de conséquences fâcheuses, le meurtre de l'époux par son épouse est de nature à aggraver le désordre social.

Quoi qu'il en soit, la disposition de l'article 324 est l'objet d'une réprobation générale et il serait temps qu'elle disparût de notre législation, à l'instar de certains Codes pénaux étrangers. Le jury, depuis longtemps déjà, a bien apporté de lui-même un correctif à notre loi en acquittant les délinquants passionnels. Mais malheureusement, tout en rétablissant l'égalité entre les deux sexes, il se laisse trop souvent aller à une indulgence excessive et regrettable.

II. — LA RÉPRESSION DE L'ADULTÈRE

A. — *Le Code pénal.*

Un grand nombre de criminalistes approuvent le sys-

tème de répression consacré par le Code pénal ; d'un côté l'adultère est un fait nuisible à la société, parce que nuisible à la famille, donc un délit que la loi doit punir ; d'un autre côté l'infidélité de la femme étant plus grave que celle du mari doit être réprimée plus sévèrement. Pour le moment occupons-nous du second point.

Pour justifier l'inégalité de traitement entre l'homme et la femme, les auteurs mettent en avant plusieurs raisons qui semblent péremptoires et qui sont en tous cas traditionnelles : raison physiologique, raison sentimentale et psychologique, raison sociale.

1, Déjà au XVIII^e siècle, Montesquieu disait : « Mais qui ne voit que cette raison concerne moins la culpabilité propre de la femme que sa nature même ; de sorte que l'épouse est punie plus à cause de sa constitution physique que de la perversité de sa conduite (1) ». C'est la même idée que reprenait il y a quelques années l'auteur d'une thèse : « Tant que la femme sera constituée organiquement comme elle l'est, on ne pourra l'assimiler à l'homme au point de vue des peines de l'adultère (2). »

Cet argument est tout imprégné du vieil esprit païen, qui considérait la femme comme un être inférieur à l'homme, parce que plus faible que lui, comme si la *fragilitas sexus* était une raison suffisante pour se montrer plus sévère. Il est du reste, comme l'a fait remarquer justement M. Morizot-Thibault, contraire à la pensée constante de la

(1) MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, I. XXVI, ch. IX.

(2) DERVILLERS, *L'adultère en droit romain*, p. 118.

loi qui suppose à l'homme plus de fermeté de caractère qu'à la femme. Et, de plus, qu'importe que celle-ci ait une constitution organique différente de celle de l'homme ! La loi ne doit pas se contenter de consacrer des faits naturels ; elle doit chercher à faire régner dans la société le plus de justice possible. Même à un point de vue exclusivement social, est-il juste que l'adultère de la femme soit l'objet d'une répression plus sévère que celui de l'homme ? C'est ce qu'on prétend pour deux autres raisons.

2. L'infidélité de la femme, affirme-t-on creuse un fossé profond entre elle et son mari ; elle la détache d'une façon presque irrémédiable, soit qu'elle perde toute pudeur, soit qu'elle ressente pour son amant un amour durable. Toute affection disparaît chez la femme pour son mari, souvent même tout lien entre elle et son foyer est brisé pour toujours. Bedel disait, en ce sens, avec des termes emphatiques et déclamatoires : « La femme a des devoirs domestiques ; ses enfants lui sont, à elle plutôt qu'au mari, donnés en garde par la nature même ; qu'elle devienne coupable, elle oublie qu'elle est épouse ; se rappellera-t-elle qu'elle est mère ? Ornement du sexe le plus timide, la pudeur est aussi son égide ; une mère infidèle une fois est désarmée à toujours ; la pudeur n'est plus là, les séductions se pressent autour d'elle (1) ».

Pour M. Garraud, cet argument psychologique est également d'un grand poids : « La femme, infidèle aux lois de

(1) BEDEL, *Nouveau traité de l'adultère et des enfants adultérins* (1826), p. 11.

la pudeur, *se livre* complètement à celui qui la *possède*. De sa part, il n'y a pas de faute passagère, accidentelle : elle n'arrive à la chute qu'après avoir brisé, le plus souvent pour toujours, les liens qui l'attachaient à son foyer et surtout à son mari. Un seul fait d'adultère de sa part, c'est la mort du mariage et la dissolution de la famille (1) ». Tandis que pour l'homme, c'est tout différent ; son infidélité n'est le plus ordinairement qu'éphémère, même momentanée ; sauf s'il se donne corps et âme à une maîtresse, ses liaisons sont en général de courte durée, et « le mari, en cédant à l'instinct sexuel, peut néanmoins conserver son affection et son estime à la femme qui est la compagne de sa vie (2) ».

Que vaut une pareille raison ? D'abord, dans le cas où le mari entretient une concubine en dehors du domicile conjugal, elle perd, de l'avis même de M. Garraud, toute sa valeur. Mais, lorsqu'il s'agit pour l'homme d'unions extra légales plus ou moins brèves, elle n'en est point meilleure.

Certes, si une statistique était possible sur ce point, on trouverait en France un assez grand nombre d'hommes mariés, qui, à côté de leurs femmes légitimes, entretiennent des concubines et ont ainsi deux ménages, dont le légal n'est pas le moins harmonieux. On verrait aussi que ces liaisons illicites, parfaitement connues et acceptées des épouses, n'empêchent point ces maris de remplir leurs devoirs

(1) GARRAUD, *op. cit.*, n. 1870.

(2) GARRAUD, *loc. cit.*

de chefs de famille, voire même de conjoints, et de subvenir très exactement à tous les besoins de celle-ci. Mais que prouveraient de tels faits ? N'est-ce pas aussi un fait connu qu'il existe des femmes mariées, de conduite officielle recommandable, et au fond très bonnes mères de famille, qui, au su ou à l'insu de leurs maris donnent leur cœur à des étrangers ?

Il y a toujours des cas exceptionnels ; mais toujours est-il que la situation entre l'homme et la femme est la même. Quant à l'affection et l'estime du mari pour la femme qu'il trahit, il est permis de douter de leur intensité et même de leur réalité. L'homme, qui ne respecte point son épouse en initiant une autre femme aux secrets de sa vie, ne peut avoir pour elle que des sentiments factices et n'éprouver auprès d'elle qu'un amour purement sensuel.

Mais, dit-on, cette affection subsiste surtout lorsque le mari trompe son épouse « accidentellement, passagèrement » autrement dit, — il faut avoir la franchise des mots, — avec des femmes de mauvaise vie. Son infidélité est plus une infidélité des sens qu'un véritable abus de confiance. On sait combien est répandue cette façon de couper l'homme en deux parties, l'une bestiale et l'autre raisonnable, et de dénier à sa volonté tout empire sur les sens. Et l'on sait aussi quelle en est la lamentable conséquence, dans les moments d'attente maternelle de la femme, lorsque son mari se prétend incapable de continence. Au fond, cette dualité humaine n'est qu'un prétexte donné par les

hommes de leur inconduite, et l'on ne voit pas pour quelle raison on refuserait aux femmes de s'en prévaloir également, avant même qu'elles aient perdu toute pudeur.

Mais, dit-on encore, la chute de la femme n'est pas brusque; elle se fait graduellement, après la rupture qui se produit entre elle et son foyer. Malgré la justesse de cette considération, celle-ci n'est point sans réponses.

D'abord, on n'a pas le droit de juger la femme avec une impitoyable sévérité, en oubliant que bien souvent elle est amenée peu à peu à l'adultère par l'indifférence ou la conduite indigne de son mari.

D'autre part, s'il est vrai que la faute de la femme correspond en elle à un sentiment d'attachement illicite très profond, on ne doit pas omettre les luttes plus ou moins pénibles qu'elle soutient avant de succomber. Et sur ce point je ne peux que citer les paroles éloquentes de M. Morizot-Thibault : « D'un côté, la nature a mis l'attaque et de l'autre elle a établi la défense. On en a conclu que la possession de la femme devenait une conquête, et de même que le séducteur a les honneurs du triomphe, on laisse à la femme la honte de la faute. Mais s'il est constant que l'épouse n'oublie ses devoirs qu'après des sollicitations plus répétées, une circonvallation plus habile ou une attaque plus brusque, faut-il la traiter plus durement parce que sa résistance a été plus longue et qu'elle sent mieux le poids de sa défaillance ? Faut-il faire un titre d'impunité au mari de ce qu'il se laisse plus facilement aller à la

trahison et qu'il porte plus légèrement le fardeau de sa faute ? Il y a là de ces préjugés du monde qui ne devraient pas tenir devant la justice (1). »

Enfin, le fait que la femme met en général plus de circonspection à tromper son mari n'est point inhérent à sa nature propre ; de même la légèreté de l'homme n'est point une exigence implacable de son organisme ; ce sont là en réalité des produits indirects de l'opinion publique, accablante pour la femme et tolérante pour l'homme.

Beaucoup pensent, en effet, sans oser le proclamer très haut, qu'il y a dans l'homme un instinct polygamique et ils se livrent à des comparaisons entre les nations actuelles et les peuplades barbares. Mais ces comparaisons sont mauvaises pour deux raisons : d'abord parce que chez certains peuples de civilisation peu avancée, le mariage est également contracté pour la vie aussi bien pour l'homme que pour la femme (2) ; ensuite, parce que c'est une façon détestable de raisonner que de prendre modèle sur des peuples arriérés et d'en vouloir tirer des règles de conduite pour nous-mêmes, dont la prétention est de corriger les défauts de la nature. Au surplus, si l'argument que donne M. Garraud pour justifier l'inégalité du Code pénal est conforme à une vérité biologique, que l'on fasse donc disparaître

(1) MORIZOT-THIBAUT, *op. cit.*, p. 249. V. aussi une menue brochure curieuse, dont l'auteur est anonyme et qui date d'une trentaine d'années : *Abolition des articles du Code concernant l'adultère*, par un homme du Peuple.

(2) VESTERMARCK, *Origine du mariage dans l'espèce humaine*, p. 486 et s.

du Code civil l'obligation des époux de se garder *mutuelle* fidélité et qu'on substitue à la formule de l'article 212 une double disposition moins hypocrite et plus scientifique : « Une entière fidélité est imposée à la femme. Le mari ne doit à sa femme qu'une simple fidélité de cœur ! »

Il est un fait sociologique bien plus certain que ce vague prétexte naturel, que les hommes mettent toujours en avant pour se faire pardonner leurs fautes : c'est précisément cette tolérance inlassable de l'opinion publique pour le sexe si fort par définition et si faible en pratique. Ayant la puissance pour eux, monopolisant les hautes fonctions sociales, élaborant seuls les lois qui régissent la société, les hommes se sont octroyé des libertés, bien plutôt des licences, sinon en théorie, du moins en fait, et, pour justifier leur inconduite, en ont donné des explications spécieuses qu'il sont arrivés à accréditer auprès des femmes elles-mêmes, leurs premières victimes. Élevés dans cette idée constante que le libertinage modéré n'a point de gros inconvénients pour eux, et que même, avant le mariage, il est nécessaire que jeunesse se passe, ils ont, profondément ancrée en eux, la conviction que leurs fautes conjugales sont moins graves que celles de leurs femmes ; mésusant de la plus grande liberté dont ils jouissent, ils commettent des actes immoraux dont ils ne toléreraient point les plus minimes chez ces dernières, qui, elles, sont souvent retenues par la sévérité de l'opinion publique ; et, pour se faire excuser, il n'y a point de raisons qu'ils ne s'avisent d'imaginer et qui sans cesse répétées, transmises

de génération en génération, acceptées sans réflexion, faussent complètement l'esprit des individus et lui font prendre pour la vérité ce qui n'en est que l'apparence. Les hommes agissent ainsi, machinalement, sous l'influence de ces préjugés, plus confiants dans l'opinion publique que dans leur raison ou leur sentiment moral (1).

3 L'argument le plus sérieux, que l'on donne pour justifier l'inégalité de traitement entre l'homme et la femme, est tiré d'une considération sociale. Ainsi que je l'ai dit dans le chapitre précédent, les auteurs du Code pénal, approuvés par la plupart des criminalistes, ont distingué nettement deux domaines : le domaine moral et le domaine social. Au point de vue moral, la moindre infidélité de l'homme est aussi blâmable que celle de la femme : tous veulent bien le reconnaître. « Si l'on juge des actes, non par les conséquences, mais par les principes, disait Paul Janet ; on verra que l'infidélité du mari n'est pas moins coupable que celle de la femme, et que souvent même il est plus difficile de lui trouver des excuses » (2). Mais au point de vue social, — dont le législateur a seulement à tenir compte, — l'adultère de la femme a des conséquences extrêmement graves et est par suite beaucoup plus répréhensible. On a vu antérieurement que les anciens criminalistes, Fournel, Muyart de Vouglans l'affirmaient déjà. C'est ce que disaient aussi en 1810 au Corps législatif le chevalier Faure et Monseignat ; c'est ce que

(1) Albert NAST, *Mariage et préjugés*.

(2) Paul JANET, *La famille*, p. 70.

répétait Bedel quelques années plus tard ; c'est encore ce que l'on soutient actuellement. P. Janet s'exprimait en termes très précis : « Le Code est bien plus sévère pour la femme que pour le mari, mais par des raisons qui n'ont rien à voir avec la morale : le Code est le défenseur du droit et les fautes de la femme peuvent avoir de graves conséquences pour le droit domestique. Il n'en est pas de même des fautes de l'homme et quand il n'y a point une injure ouverte, le législateur considère le désordre du mari comme une affaire privée qui ne regarde pas la loi » (1). C'est également l'avis de M. Garraud (2).

Quelles sont donc ces *conséquences* que redoute tellement le législateur ? Y en a-t-il beaucoup ? On le croirait volontiers à lire les auteurs qui mettent toujours ce mot au pluriel ; mais en réalité on ne s'attache qu'à une seule : l'introduction dans la famille d'enfants adultérins, dont le mari de la femme infidèle peut être considéré comme le père légal, en vertu de la règle *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

Toutefois, en dehors de cette conséquence importante, sur laquelle je vais revenir dans un instant, il en existe aussi d'autres, paraît-il. Bedel s'apitoie sur le sort des enfants, nés d'un commerce illégitime et qui peuvent être chassés par le mari qui exerce l'action en désaveu ; de plus il est hanté par l'idée de scènes dramatiques entre le mari et l'amant de la femme. L'adultère de la femme,

(1) P. JANET, *loc. cit.*

(2) GARRAUD, *loc. cit.*

dit-il, fait plus d'un malheureux ; de sa faute naissent des enfants bientôt chassés de la famille par le mari. « L'adultère de l'homme n'allume la guerre qu'entre deux femmes, guerre souvent bruyante, rarement meurtrière ; celui de la femme met en présence deux hommes et le sang coule » (1). M. Garraud considère d'autre part qu'il convient de respecter les préjugés du monde ; l'adultère de la femme, en effet, « dans l'état de l'opinion publique, dont la loi ne peut s'isoler, ... déshonore et ridiculise le mari » (2).

Je ne m'attarderai pas à la conséquence tragique qui émeut tant Bedel. On ne saurait évidemment nier qu'elle se produise en réalité ; mais cela prouve seulement que les hommes sont plus violents que les femmes ou plutôt qu'ils supportent la trahison de leurs épouses avec moins de résignation que celles-ci n'endurent leurs infidélités.

La tolérance générale des femmes tient-elle à leur nature ? Je pense, comme je l'ai dit plus haut, qu'elle est bien plutôt un produit de l'opinion publique dont la loi ne doit pas être la serve.

Quant à la conséquence déshonorante et ridiculisante pour le mari, dont parle M. Garraud, elle n'est pas plus contestable que la précédente ; mais elle n'en a pour cela pas plus de valeur. Certes, — et c'est là un point qui fera l'objet de développements ultérieurs. — la loi, sans être comme le miroir fidèle des mœurs, en est cependant bien

(1) BEDEL, *loc. cit.*

(2) GARRAUD, *loc. cit.*

le reflet ; si elle ne répond pas à un certain état d'esprit général, si elle est en contradiction avec le sentiment d'une majorité suffisamment grande, elle est sûre de rester lettre-morte ou d'être tout au moins d'une application défectueuse : *quid leges, sine moribus* ? Aussi toute réforme légale nécessite-t-elle une réforme morale préalable. Seulement ce n'est là qu'une observation, très juste d'ailleurs, sur les rapports de la loi et des mœurs, à laquelle on est en droit de se livrer en tant que philosophe ou sociologue. Mais il n'est pas permis à un criminaliste de s'inspirer d'une telle considération pour justifier les textes législatifs à l'examen desquels il procède. S'il pense fondée l'opinion publique, il doit l'approuver sans réticences et l'appuyer du poids de son autorité ; si au contraire il la considère comme erronée, il ne doit pas plus lui cacher son sentiment à son égard ; il doit même lui faire tous les reproches qu'il juge à propos de lui adresser et qui peuvent lui être fort salutaires. Et suivant l'un ou l'autre cas, il louera ou critiquera la loi ; mais le fait, que cette dernière aura tenu compte de l'état de l'opinion publique, ne doit point lui suffire pour le contraindre à en approuver les dispositions. M. Garraud dit que la loi ne peut s'isoler de l'opinion publique. Non seulement cela est exact, mais encore, pour être plus précis, il faudrait dire que la loi est la cristallisation de cette opinion. Que celle-ci raille ou ridiculise les maris trompés, cela est certain et ne date pas d'hier ; que le législateur de 1810 se soit préoccupé de ne point la mécontenter sur ce point, cela est aussi fort

possible. Mais qu'une loi s'attire l'approbation de ses commentateurs pour avoir pris en considération les moqueries de la foule, cela ne se comprend guère. C'est bien plutôt la loi elle-même qui contient, selon l'expression cinglante de M. Bridel, « une iniquité révoltante et d'un ridicule achevé (1) ».

En somme, la conséquence vraiment sérieuse de l'adultère féminin est celle qui concerne l'intérêt familial, bien plus l'intérêt social, puisque la famille est la base primordiale de la Société. C'est bien, en effet, dans un intérêt social que la loi protège et favorise la famille légitime par de nombreuses dispositions. Elle regarde l'indissolubilité et la fidélité conjugale comme indispensables à la stabilité du mariage ; aussi, ne permet-elle aux tribunaux de rompre l'union, contractée selon les formalités qu'elle prescrit, que dans des cas exceptionnels et fait de la fidélité une obligation pour les deux époux. D'autre part, les enfants légitimes ont une situation de faveur au point de vue des droits successoraux. Mais qu'entend-on par enfant légitime ? Évidemment celui qui naît d'une union légale. Seulement une difficulté grave se présente en ce qui concerne la preuve de la filiation. Il est aisé de prouver que tel enfant est bien né de telle femme : l'accouchement est un fait assez difficile à dissimuler. Il en est différemment pour la paternité ; la conception est un acte secret dont personne, pas même les époux, ne peut dire la date

(1) BRIDEL, *loc. cit.*

exacte où elle se produit. Aussi, pour résoudre la question, la législation a décidé qu'il y aurait une présomption légale de paternité : le mari serait tenu pour le père des enfants nés d'une femme mariée, sauf désaveu de sa part dans quelques cas strictement limités.

Or, on comprend facilement la conséquence néfaste de l'adultère de la femme. Ou bien les enfants pourront être désavoués, et par conséquent seront des bâtards, déconsidérés par la loi. Ou bien, cela sera impossible, et dans ce cas le mari sera le père légal de ces enfants, nés d'un autre homme que lui ; il sera obligé de les élever comme s'il en était le père véritable.

Une telle conséquence, je le répète, est assurément très grave et l'émotion du législateur est compréhensible. Mais est-ce à dire pour cela que l'adultère de l'homme soit moins funeste pour la Société ? On se convainc facilement du contraire, lorsque l'on veut bien examiner la question sous tous ses aspects.

Quand il s'agit de l'adultère de la femme, on s'attache toujours à faire ressortir le résultat qui s'ensuit ; mais, quand il s'agit de l'adultère du mari, on se contente de considérer le fait seul que la femme trompée ne risque nullement de se voir attribuer des enfants qu'elle n'aurait point mis au monde, sans se préoccuper jamais de ses conséquences. Or, veut-on se placer, oui ou non, sur un terrain véritablement social ? Si oui, il convient d'envisager la société sous un angle large et non pas étriqué, et

de peser à leur juste valeur les conséquences de l'infidélité du mari en dedans et en dehors du foyer conjugal.

L'adultère, même isolé, de l'homme, peut avoir une dangereuse répercussion sur la famille. C'est ce qu'a très bien vu M. Morizot-Thibault et je ne peux mieux faire que de le citer encore : « De ce que l'adultère de la femme est désastreux pour l'ordre public, en résulte-t-il que celui du mari ait des effets beaucoup moindres ? Il ne faut jamais oublier que la loi civile l'a institué pour être le directeur de sa femme et, qu'ayant une mission spéciale de protection, il sera plus coupable de la trahir. Chargé d'écarter de son épouse les périls et les séductions, il exposera de plus haut à ses yeux le fait démoralisateur de l'exemple. Comme il préside aux intérêts matériels, son inconduite sera plus dangereuse parce qu'elle pourra entraîner la ruine du ménage (1).

La démoralisation de l'exemple ! Voilà une conséquence de la violation de la foi conjugale, dont on n'a guère l'habitude de se soucier, et qui n'est cependant que trop certaine. Bedel prétendait, ai-je dit, que l'adultère de la femme allumait des scènes sanglantes entre l'époux trompé et l'amant de l'infidèle. Cette assertion contient une assez grande part de vérité ; mais une observation psychologique non moins exacte est que, si l'époux trahi est plus porté que la femme à s'abandonner à la violence, l'épouse désabusée, plus que l'homme, va souvent chercher

(1) MORIZOT-THIBAUT, *op. cit.*, p. 252.

sa vengeance dans sa propre infidélité (1). Quant à la conséquence pécuniaire de l'adultère du mari, elle est un fait trop fréquent pour qu'il soit nécessaire d'y insister.

Mais maintenant, au lieu de considérer la famille de l'époux adultère, jetons les yeux au dehors et voyons ce qui résulte de l'infidélité maritale, ne serait-ce qu'une infidélité exclusivement sensuelle.

De deux choses l'une. Ou bien des unions extra-légales, que contracte l'homme, naissent des enfants. Or l'adultère du mari, « commis avec une femme libre, jette des bâtards dans la société » et commis « avec une femme mariée, il introduit des bâtards au foyer d'autrui et le mal est par conséquent le même » (2). Ou bien les liaisons du mari restent stériles, qu'elles durent assez longtemps ou qu'elles soient des unions momentanées avec des femmes de mauvaise vie. Et dans ce cas, l'adultère du mari est compliqué de débauche ou de vice, et est aussi nuisible à la société que la procréation d'êtres illégitimes.

La vérité est que les partisans de l'inégalité du Code, lorsqu'ils parlent de conséquences sociales, n'ont en vue que les conséquences familiales de l'adultère. Or, si la société a intérêt à ce que la tranquillité des familles légalement constituées ne soit point troublée par les infi-

(1) Cette vengeance, peu chrétienne, mais très naturelle, a été finement observée et mise agréablement en action dans une pièce récente, susceptible d'ailleurs de bien des critiques, *L'Amour veille*, de MM. R. DE FLERS et CAILLAVET.

(2) MORIZOT-THIBAUT, *loc. cit.*

délités conjugales, elle a un intérêt également impérieux à ce que, à côté des familles, il s'en forme le moins possible d'illégitimes et aussi à ce que dans son sein l'on ne cultive pas de ferments de dépravation. La société doit se protéger au dehors aussi bien qu'en dedans des familles (1).

B. — *La suppression des peines.*

Les adversaires de la répression pénale de l'adultère protestent également contre l'inégalité de traitement établie par le Code entre le mari et la femme (2). « Nous avons beaucoup avancé vers l'égalité de la femme et de l'homme depuis la confection du Code et une semblable proposition fait sourire, déclare M. Coulon, elle fait même rire tout à fait, lorsqu'on voit des législateurs, qui ont inscrit dans une loi du divorce l'égalité de l'homme et de la femme en matière d'adultère, venir défendre lorsqu'il s'agit de la loi pénale une disposition absolument contraire. » C'est encore cette inégalité que M. Bridel consi-

(1) Quelles ont été les raisons exactes sur lesquelles le législateur de 1810 a basé l'inégalité de répression? Il est certain que la différence des conséquences sociales engendrées par l'adultère a eu un grand poids dans son esprit et les travaux préparatoires le prouvent. Seulement il semble bien aussi qu'en punissant cet acte, il voulait avant tout sanctionner la simple violation de la foi conjugale. Une des meilleures preuves en est que la *conception* n'est pas un élément constitutif du délit; qu'importe que l'âge ou les infirmités de la femme ou de son complice empêche toute procréation. V. GARÇON, *op. cit.*, art. 336 et 337, n. 8.

(2) H. COULON, *op. cit.*, p. 61 et s.; MARGURRITE, *op. cit.*, p. 43.

dère, pour employer sa propre expression citée déjà plus haut, comme « révoltante et d'un ridicule achevé. »

Mais ce n'est point seulement cette critique qui les détermine à réclamer la disparition du délit d'adultère. Il y en a de beaucoup plus graves sur lesquelles ils basent leurs prétentions. Quelques-unes de ces raisons n'ont qu'une valeur apparente ; les autres sont beaucoup plus sérieuses et doivent faire l'objet d'une discussion attentive et minutieuse. Je vais les prendre une à une et les examiner.

I. — D'abord il est un argument spécieux, qu'il faut s'empresse de rejeter. On invoque quelquefois le passé et, pour dénier à la loi toute action efficace en matière d'adultère, on se base sur ce fait que toujours il a existé beaucoup d'époux infidèles, que l'adultère a suivi le mariage monogamique de quelques heures, et que les législations, incapables de régler l'amour, n'ont jamais pu arriver à empêcher les conjoints de violer leur foi : en cette matière elles sont superflues et insuffisantes.

C'est là une raison de sceptique aussi peu décisive ici que dans d'autres débats où l'on aime à s'en prévaloir. Est-ce donc une raison suffisante, parce que la loi est dans l'impossibilité de faire disparaître, d'une façon complète, un acte, considéré moralement et socialement comme mauvais, pour demander la suppression des pénalités qu'elle édicte ? Si l'on prétend que oui, c'est déclarer par là même, la faillite de toute répression criminelle. Le Code pénal contient de rigoureuses dispositions contre le meurtre, le vol, la fausse monnaie, l'escroquerie, l'abus de

confiance ; ces délits non plus ne sont point de date récente ; depuis longtemps aussi les nations cherchent à en diminuer le nombre : peut-on se flatter cependant d'y être arrivé d'une manière très satisfaisante ? Tout le monde s'accorde à reconnaître au contraire qu'il existe actuellement une inquiétante augmentation de la criminalité et pourtant nul esprit sage ne songe à remédier à cette aggravation par une suppression du Code pénal. La loi répressive ne peut en effet avoir la présomption de n'être violée par aucun individu ; on peut prévoir qu'il y aura toujours des assassins, des voleurs et des escrocs ; de même elle ne présente aucune utilité pour l'élite de la société, qui, si elle n'existait pas, n'enfreindrait pas plus pour cela les principes moraux qu'elle consacre actuellement. Mais, par ses dispositions comminatoires, la loi pénale est une indispensable direction pour les individus qui, sans elle, troubleraient l'ordre social ; elle est, comme on l'a dit bien souvent, la conscience des gens qui n'en ont pas (1). Quant

(1) Cette objection est une de celles que les sceptiques aiment à adresser en toute matière aux personnes qui travaillent à quelque réforme morale, économique ou sociale. Vous n'arriverez point, répète-t-on constamment, à faire de la terre un paradis ; les vices ou les maux que vous combattez subsisteront toujours. L'alcoolisme, la prostitution, la pornographie, les méchancetés humaines ne disparaîtront jamais malgré tous vos efforts. — Cette objection peut être décourageante pour certains esprits ; elle n'en a pas pour cela plus de valeur. Elle est la justification de toutes les iniquités ; elle émascule les énergies ; elle conduit au fatalisme et à la stagnation morale et sociale par la substitution de la loi du moindre effort à celle du plus grand effort. Cette tendance a été très bien mise en évidence

à savoir si elle peut produire contre l'adultère un effet utile, c'est une question que je réserve pour le moment.

II. — Les articles 336 et suivants du Code pénal, ajoutés-on, ne sont du reste plus appliqués en fait ; jamais plus on ne condamne à la prison la femme poursuivie pour adultère ; les juges prononcent contre les coupables des peines dérisoires, grâce aux circonstances atténuantes, — amende de vingt-cinq francs au plus, — et dont en outre l'exécution est suspendue par application de la loi Bérenger ! (1) Cette inapplication des textes existants en prouve bien l'inutilité (2).

La constatation, que pratiquement l'adultère n'est plus guère réprimé ou qu'il l'est d'une façon dérisoire, est tout à fait incontestable ; mais la conclusion qu'on en tire n'est pas du tout fondée, ainsi que l'a déjà montré M. Cauvière en termes brefs, mais péremptoires, et je ne peux mieux faire que de les reproduire. « La magistrature, nous en convenons, frappe faiblement l'épouse infidèle. Mais n'a-t-elle pas le même parti pris à l'égard d'autres infractions, et n'est-il pas devenu banal, parmi les criminalistes, de se plaindre de l'abus des courtes peines ? La jurispru-

dans un livre récent par Ch. FIESSINGER, *Science et spiritualisme*. En outre, l'observation sociologique en démontre la fausseté.

(1) V. Trib. Château-Thierry, 11 nov. 1904. (*La loi*, 27 déc. 1904), qui a condamné les deux prévenus au minimum des peines de simple police : un franc d'amende avec sursis.

(2) C'est l'avis de M. Sere de Rivières, exprimé dans une lettre adressée aux frères Margueritte, qui l'ont reproduite, *op cit.*, p. 164.

dence est d'ailleurs sujette à variations. Il est des matières où l'on attend des juges ou des jurés un retour de sévérité et cela avec une patience vraiment surprenante (1). »

L'indulgence systématique des tribunaux ne prouve point l'inutilité d'une loi.

III. — On adresse encore au Code un ensemble de critiques qui portent toutes sur la nature même du délit d'adultère et qui méritent d'être examinées de très près.

L'adultère, prétend-on, ne devrait pas être réprimé par la loi, car il constitue un *délit privé*, et non pas un délit social. Dans l'antiquité l'infidélité de la femme, — on raisonne généralement sur celle-ci, — constituait une violation de propriété ; depuis longtemps et de nos jours, elle est une offense à l'honneur du mari (2). C'est bien cette idée-là que Monseignat exprimait aussi au Corps législatif en disant que l'adultère était moins un délit contre la société que contre l'époux qu'il blesse dans son amour-propre (3), et les législateurs de 1810 se sont également inspirés de cette conception, en subordonnant l'action publique à la plainte du conjoint intéressé, en permettant à ce dernier d'arrêter la poursuite par son désistement, et en accordant au mari le droit d'empêcher par son pardon l'exécution de la peine d'emprisonnement prononcée contre

(1) CAUVIÈRE, *loc. cit.*

(2) G. FERRERO, *Le crime d'adultère ; son passé, son avenir* (*Archives d'Anthropologie criminelle* 1894, t. 9., p. 392. L'auteur commet une inexactitude : l'adultère n'est plus un crime.

(3) LOCÉRÉ, *loc. cit.*

sa femme. Cette conception est juste : c'est l'intérêt de l'époux trompé qui est atteint par l'infidélité de l'autre. Mais c'est précisément pour cela que la loi ne devrait point édicter de peines contre ce délit privé. Certes l'adultère est un acte profondément immoral ; rien de plus beau et de plus fécond qu'une union indissoluble, dont les deux membres se gardent une fidélité sans défaillance. Mais la loi ne doit cependant pas outrepasser ses pouvoirs, qui lui permettent de réprimer seulement les faits contraires à l'intérêt social. Or « l'adultère est un acte secret qui n'intéresse pas le monde. Aucun intérêt public n'est engagé dans l'infidélité de la femme ou de l'homme (1). » L'adultère ne nuisant que fort médiocrement à l'organisation sociale, sa seule sanction doit être le divorce (2). Il est donc temps que l'on fasse table rase de dispositions surannées et que l'on en supprime par là même les conséquences injustes. Le Code pénal, en effet, qui donne au conjoint trompé seul le droit de mettre l'action publique en mouvement et qui permet au mari, une fois celle-ci exercée, de l'arrêter par son désistement ou même d'empêcher l'exécution de la peine par sa grâce, a créé ainsi, selon l'expression de M. Coulon, un *délit relatif*. Suivant

(1) *Abolition des articles du Code concernant l'adultère*, par un Homme de Peuple.

(2) H. COULON, *op. cit.*, p. 3 et 56 et s.; E. FERRI, GAROFALO, FOREL, *loc. cit.*; LE NORMANT, *op. cit.*, p. 254 et ss; J. JOLLY, *Chron. judic.*, (*Rev. pénit.*, 1905, p. 379); Trib. Château-Thierry, 11 nov. 1904, préc.

l'humeur, le caractère et les sentiments de l'époux intéressé, suivant même son honnêteté; un fait identique sera ou non poursuivi; la justice est l'instrument des vengeances privées (1). « Pourquoi, demande M. Coulon en parlant de la Société, va-t-elle flétrir comme une voleuse la femme prise entre mille, entre cent mille, et qui, très iniquement, paiera pour toutes? Pourquoi condamne-t-elle comme un voleur le « complice » pris, lui aussi, entre cent mille autres, et chargé pour tous, du rôle de victime, de bouc émissaire (2). » La même injustice peut se produire avec le pardon (3). Enfin le châtement, laissé à la discrétion de la victime, est susceptible de devenir, outre une arme de vengeance, un instrument de chantage (4). Que l'on ajoute la compensation ridicule de délits que consacre l'article 336 (5), et l'on se convaincra sans peine que tous les inconvénients de notre système pénal ne sont pas de nature à le faire supporter plus allègrement (6).

Contrairement aux précédents, ces arguments présentent une sérieuse valeur et transportent la discussion sur un terrain vraiment acceptable. Il convient maintenant de les

(1) J. JOLLY, *loc. cit.*

(2) H. COULON, *op. cit.*, p. 51.

(3) H. COULON, *op. cit.*, p. 59; LE NORMANT, *op. cit.*, p. 255.

(4) A. GAUTIER, *op. cit.*, p. 367.

(5) H. COULON, *op. cit.*, p. 58.

(6) Ces différents arguments avaient été clairement résumés dans l'exposé de motif présenté par la Commission chargée de la rédaction du Code pénal des Pays-Bas de 1880, V. dans le *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1877-1878, p. 292; une étude de M. Pierre DARESTE sur ce projet.

examiner scrupuleusement en étudiant deux questions auxquelles ils se rapportent tous : l'adultère constitue-t-il rationnellement un délit ? Le divorce est-il une sanction satisfaisante ?

1. L'adultère constitue-t-il rationnellement un délit ?

On prétend que l'infidélité conjugale ne touche qu'à des intérêts particuliers, personnels, et non sociaux, qu'il est un fait purement privé, qu'il ressortit à la morale et non à la loi ; qu'il constitue donc un délit privé et non pas un délit social.

Pour justifier cette assertion, on s'appuie sur un certain nombre de raisons tirées soit du système même du Code pénal, soit de considérations psychologiques ou biologiques, soit des rapports de la loi et de la morale.

a) Les règles particulières à l'application des peines contre l'adultère prouvent, dit-on, que ce fait constitue un délit privé et non social. Ce qui revient à dire en somme que la loi réprime et des *délits privés* et des *délits sociaux* et que l'adultère fait partie des premiers ; or le Code ne devrait pas sanctionner de tels délits.

Dans le Code, on pourrait évidemment trouver les éléments d'une telle distinction, bien que les termes propres n'y soient pas employés. D'un côté, on rencontre en effet *les crimes et délits contre la chose publique*, tels que la trahison, le complot, la dévastation ou le pillage publics, la coalition de fonctionnaires, la fausse monnaie, la contre-

façon des sceaux de l'État et des billets de banque, la rébellion envers l'autorité publique, la dégradation de monuments publics, le vagabondage etc.,... ; d'un autre côté *les crimes et délits contre les particuliers*, par exemple le meurtre, le vol, les attentats aux mœurs, le faux témoignage, l'escroquerie, l'abus de confiance. Les premiers sont considérés comme lésant directement les intérêts de la société, ou si l'on préfère de l'ensemble des membres qui composent la société ; le second comme atteignant directement les intérêts individuels. Sans doute cette distinction bien tranchée n'est pas à l'abri de toute critique ; néanmoins, dans ses grandes lignes elle est claire et exacte.

Mais, en parlant d'intérêts particuliers, veut-on dire que la société soit désintéressée des actes qui la lèsent ? Pas du tout. Bien que de tels actes ne nuisent directement qu'à un très petit nombre d'individus, la loi ne laisse point les victimes se venger elles-mêmes ou composer avec les auteurs de ces actes, comme cela avait lieu primitivement à Rome ou chez les Francs ; lorsqu'ils se commettent, elle intervient, avec toute sa puissance, pour punir ceux qui ont fait tort, matériellement ou moralement, à des particuliers. Et pourquoi cela ? Parce que, pour la loi, la Société n'est pas une abstraction ; elle n'est que l'ensemble d'un nombre plus ou moins grand d'individus.

Or, ainsi comprise, la société peut souffrir de deux façons : ou collectivement ou individuellement. Elle est lésée *collectivement*, lorsqu'un fait ne nuit point d'une manière directe à un particulier déterminé, mais nuit ou est susceptible de

nuire au groupement tout entier, (crimes ou délits contre la chose publique); elle est lésée *individuellement*, lorsque c'est au contraire l'un de ses membres, qui se trouve être atteint directement dans sa vie, sa propriété ou son honneur (crimes et délits contre les particuliers). Mais que l'on remarque bien, — et ceci est extrêmement important, — que même dans ce cas *l'intérêt général* de la Société est en jeu et que c'est cela précisément qui explique l'intervention légale. Si l'ensemble de la collectivité ne souffrait pas de l'acte incriminé, qui nuit directement à un particulier, celui-ci n'aurait comme ressource que de se faire justice à lui-même, ce qui est un principe d'anarchie, ou de réclamer devant la juridiction civile réparation du préjudice causé. Mais un tel acte a pour conséquence de léser aussi l'intérêt général plus ou moins gravement par le trouble qu'il produit, par la possibilité de se répéter et par la répercussion sociale dont il est suivi; en un mot la société estime, pour des raisons diverses, qu'il est de son intérêt éminent que certains faits, dont sont victimes les particuliers, ne soient point commis, et, pour en empêcher la perpétration, elle édicte des châtiments contre ceux qui enfreignent ses défenses. D'où cette conclusion que tout acte accompli au détriment d'un particulier et réprimé pénalement présente deux caractères : il constitue d'une part un délit *privé*, en tant qu'il cause un préjudice personnel à un individu; d'autre part un délit *social*, en tant qu'il nuit à l'intérêt général. De délit privé à proprement parler, il n'en existe point dans notre Code pénal, à moins que l'on ne considère

comme tel tout délit appelé par la loi « contre les particuliers ». Mais alors, dans ces conditions, il s'agit d'une question de mots et l'on peut adresser les mêmes critiques à tous les faits prévus par les articles 295 à 462 du Code pénal.

Cependant en admettant le concept que tout délit réprimé légalement est contraire à l'intérêt général et constitue par là même un délit social, le Code par ses dispositions relatives à l'adultère, n'avoue-t-il pas implicitement qu'il a fait exception pour cet acte? Le principe, formulé dans l'article 1 du Code d'instruction criminelle, est que « l'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi ». De plus, l'action publique une fois exercée, ces fonctionnaires seuls ont le droit d'abandonner l'accusation. Enfin l'exécution de la peine prononcée ne peut être arrêtée que par l'effet de la grâce ou de l'amnistie. Comment se fait-il alors, si l'infidélité conjugale est véritablement un délit social, qu'il soit dérogé pour elle à ces trois principes? La mise en mouvement par le plaignant de l'action publique, le désistement du poursuivant, le pardon du mari..., n'est-ce point là la meilleure preuve que, à la différence de la bigamie, l'adultère n'intéresse nullement la société (1)?

Cette déduction, que l'on tire de la dérogation faite par la loi, pour l'adultère, aux règles générales de procédure et d'exécutions pénales, n'est pas fondée. Les règles parti-

(1) H. COULON, *op. cit.*, p. 3.

culières, établies en notre matière, s'expliquent par des considérations spéciales. La loi voit dans l'adultère un acte répréhensible, parce qu'il est la violation de la foi conjugale, qui est la garantie la plus sûre de la stabilité familiale, et que la famille est l'une des bases de la société. Mais elle pense, d'un autre côté, que l'intérêt général exige la subordination de l'exercice de l'action publique à certaines conditions et que l'époux outragé doit être juge de l'opportunité de la poursuite, parce que lui seul, plus que tout autre, est à même d'estimer s'il convient ou non, pour la paix du foyer, de punir l'infidélité de son conjoint (1). L'union conjugale est une association *sui generis* qui nécessite des règles *sui generis*. Qu'y a-t-il d'incohérent à ce que le législateur regarde l'adultère comme un acte antisocial et qu'en même temps il reconnaisse à l'époux offensé seul le droit de mettre en mouvement l'action pénale ? Ne l'eût-il pas été bien plutôt de permettre au ministère public de requérir une condamnation contre le conjoint coupable, alors que l'autre l'aurait peut-être déjà absous dans un intérêt familial, dont lui seul est le meilleur juge (2) ?

(1) GARRAUD, *op. cit.*, n. 1884 ; GARÇON, *op. cit.*, art. 336 et 337, n. 37 et ss. ; CAUVIÈRE, *loc. cit.*

(2) On adresse encore deux autres critiques au système légal. D'abord, on craint que le privilège de l'époux outragé ne soit un moyen de chantage vis-à-vis de l'autre ; il menacera son conjoint et pèsera sur sa volonté, afin qu'il n'oppose pas une défense sérieuse à la demande en séparation de corps ou en divorce ou pour se faire consentir des avantages pécuniaires au moment du partage des biens communs en cas de séparation de corps ou de biens. A cette crainte, M. Cauvière répond très justement : « Au législateur de proclamer

Cette appréciation, que la partie lésée est considérée par le législateur comme seul capable de faire, se retrouve aussi en d'autres matières et l'on s'étonne en vérité que les détracteurs des articles 336 et suivants ne s'élèvent pas avec autant d'ardeur et pour les mêmes motifs contre l'article 60, parag. 4 et 8, de la loi du 29 juillet 1881. Au cas, en effet, de diffamation ou d'injure publique envers un particulier, la poursuite n'a lieu que sur la plainte de la personne diffamée ou injuriée et le désistement du plaignant arrête la poursuite commencée. N'y a-t-il pas là similitude exacte entre le délit d'adultère et le délit de diffamation ? Comment se fait-il que l'on ne proteste pas contre la loi sur la Presse ? Comment se fait-il qu'on ne lui adresse point la même critique de s'occuper d'un délit purement privé ? En réalité la diffamation, comme l'adultère, est un

que l'adultère est un délit social, à la Justice de déjouer les calculs de la cupidité de la haine ». Ensuite, on prétend que l'époux outragé se laisse plus guider par son humeur vindicative que par le souci de la justice, qu'il agit avec colère et exaspération au lieu de considérer le fait « avec le calme et la tranquillité du justicier », qu'il est « juge et partie dans son propre cas ». V. H. COULON, *op. cit.*, p. 57. Cette critique contient une confusion et une observation psychologique insuffisante. En premier lieu le plaignant n'a pas à faire office de justicier ; son pouvoir se réduit à porter plainte, ce qui n'assure point une condamnation. En second lieu, il n'y a pas qu'en matière d'adultère que la partie lésée cède à son ressentiment. Quelle est la victime d'un délit quelconque, meurtre, escroquerie ou vol, qui en avertit le parquet dans un but de pure justice ? Il est au contraire malheureusement trop vrai que c'est la vengeance personnelle qui promeut en général les individus et que l'intérêt social est loin d'être suffisant pour les décider à agir dans des cas où ils pourraient s'attirer quelques ennuis sans recueillir aucun profit.

acte nuisible à l'intérêt social ; mais la loi a pensé à juste titre que cet intérêt même exige, pour l'exercice de l'action publique, une plainte préalable de la victime.

b) Mais ne peut-on m'adresser une autre objection.

On veut bien être encore plus large dans les concessions. On admet que la répression de l'adultère, telle que le Code l'a organisée, ne prouve point à elle seule le caractère privé de ce fait. Mais est-ce à dire pour cela que le législateur soit infaillible, qu'il n'ait pu se méprendre dans son incrimination et sortir de son domaine limité en voulant prononcer des peines, du reste inefficaces, contre un acte qui ne relève que de la morale ? Examinons ce double point.

α) Toute peine, remarque-t-on en premier lieu, est *inefficace* contre l'adultère, autrement dit elle ne possède point de pouvoir d'intimidation à l'égard des individus tentés d'accomplir cet acte tenu pour délictueux ; et l'on se fonde sur deux considérations.

D'abord, sur une constatation sociale dont il a déjà été question plus haut : les adultères, malgré le Code pénal, n'ont fait que s'accroître en nombre. Mais cette observation se retourne contre ceux mêmes qui l'émettent. L'augmentation des adultères est un fait trop évident pour qu'on puisse le nier. Des statistiques qui seront plus loin produites en feront foi et mettront à découvert les rapports de l'infidélité conjugale et du divorce. Je sais bien que l'on pourra objecter que l'accroissement du nombre des adultères poursuivis ne prouve point que l'ensemble des

adultères commis et non poursuivis ait augmenté ; que d'ailleurs il faut tenir compte de l'intérêt que peut avoir un jugement de condamnation pour l'obtention du divorce. Cela est possible, malgré certaines réserves qu'une telle assertion permet de faire. Mais, en tous cas, il serait inadmissible de soutenir que le nombre des adultères ait diminué, et l'argument présenté conserve toute sa force. Il la perd, au contraire, singulièrement, quand on le rapproche d'une autre constatation que font ceux-là mêmes qui l'avancent, à savoir que la loi pénale est en notre matière de moins en moins appliquée ou d'une façon dérisoire. Comment juger en vérité de l'efficacité d'une loi, si on n'en fait pas état ? « Plus une pratique criminelle est répandue, plus elle est dangereuse pour l'ordre social, plus elle met la société en péril, il faudrait donc défendre contre elle la société avec une vigueur rigoureuse (1). » Mais les magistrats et le jury sont loin de comprendre toujours la justesse de cette observation au grand préjudice de l'intérêt général.

D'autre part, on s'inspire d'une considération d'ordre psychologique, qui peut se résumer par une phrase de M. le président Seré de Rivières : « La police n'est pas ce qui règle l'amour (2). » L'amour est en effet un sentiment impérieux et obsédant que l'on ne maîtrise pas à son gré, et qui commande plus qu'on ne lui commande. Toute menace pénale ne saurait avoir de réelle efficacité pour

(1) FONSEGRIVE, *loc. cit.*, p. 457.

(2) MARGUERITTE, *loc. cit.*

empêcher une telle passion de s'assouvir ; l'amour est aveugle et ne voit clair qu'une fois satisfait. C'est ce que disait M. Lintilhac au Sénat à propos de l'abrogation de l'article 298 du Code civil et en réponse à ceux qui prétendaient que cette disposition était excellente, pour prévenir l'adultère, en retenant la femme prête à succomber par l'idée qu'elle ne serait jamais la compagne avouée de celui qui l'a séduite. « Le spectacle de la vie, disait-il, et la psychologie la plus élémentaire nous avertissent assez que la passion qui veut s'assouvir ne trouvera cette idée « affreuse » qu'après s'être assouvie (1). » C'est ce que pense aussi une remarquable femme de lettres suédoise : « Une grande passion ne demande jamais si elle est légitime (2). » C'est enfin, pour n'en point citer d'autres, l'avis d'un éminent psychiatre suisse. « Ces amères leçons de choses que la pratique a données aux partisans de la monogamie obligatoire prouve à quel point il est absurde de vouloir tenir en bride par la force et par les digues artificielles les appétits naturels normaux de l'homme (3). » L'amour omnipotent, placé par quelques-uns sur un piédestal royal ou divin, régnant en tyran sur le cœur et sur les sens, ne saurait donc trouver de frein sérieux ni dans la conscience, ni dans la raison, ni dans le sentiment religieux, et encore moins dans la législation répressive.

La passion est-elle en réalité si puissante que rien ne

(1) *Journ. off. Docum. parlam.*, Sénat, Fév. 1905, p. 19.

(2) ELLEN KEY, *De l'amour et du mariage*. p. 256.

(3) FOREL, *op. cit.*, p. 434.

puisse lui résister ? Qu'elle rétrécisse le champ de la conscience, qu'elle s'oppose aux décrets de la raison, qu'elle fasse oublier les devoirs religieux, qu'elle transgresse les prohibitions de la loi positive, tout cela est fort vrai. Mais vouloir conclure de là, que les législations, qui nous occupent particulièrement ici, parce qu'il leur est « impossible d'empêcher entièrement les désordres que peuvent causer dans la société les passions humaines (1) », ne peuvent, par suite, avoir aucune action sur les penchants nocifs d'un grand nombre d'individus ; c'est faire preuve d'un jugement par trop expéditif. Si une telle déduction s'impose pour l'amour, il faut aussi l'admettre sans restriction pour tout autre désir violent ; et, si la nature est maîtresse chez l'homme, que les caprices sensuels échappent à l'action coercitive, il n'y a pas de raison pour ne pas nier également l'efficacité de toute répression pénale, qu'il s'agisse d'un attentat à la vie, à la propriété, à l'honneur ou aux mœurs. Sentiment obsédant, en effet, celui qui anime le vengeur ; passion ineffable, celle qui harcèle le satyre ou le nécrophile ; et, ne peut-on pas soutenir aussi ? désir impérieux de lucre, celui qui pousse le brasseur d'affaires malhonnêtes, le spéculateur véreux, voire même le vulgaire voleur ou le bandit de profession, toujours à l'affût des biens d'autrui qu'ils cherchent à s'approprier par des moyens plus ou moins violents et sans effort laborieux. Ces conséquences ne peuvent être rejetées

(1) BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, § XXIII.

par un esprit vraiment logique. Car, en vertu de quelles considérations, distinguerait-on entre les impulsions des adultères et les mobiles déterminants des autres délinquants ? L'époux qui trompait son conjoint sous l'empire de l'article 298 du Code civil, ne savait-il vraiment pas, au moment de l'acte délictueux, qu'il lui serait impossible d'épouser plus tard son complice ? Et actuellement encore, l'infidèle ignore-t-il plus que son adultère est passible de certaines peines, qu'il contrevient à la loi, qu'il est illégitime ? Si, assurément. La passion sait, au moment où elle s'assouvit, si elle est ou non licite ou morale.

Ce que l'on peut seulement soutenir, c'est qu'elle entraîne l'individu qu'elle possède, malgré lui, à l'encontre de la loi positive ou morale. Et cela, soit parce qu'il ne voudra pas réagir ou qu'il sera malade, diront les antidéterministes ; soit parce que sa puissance inhibitoire ne sera pas assez forte pour arrêter son impulsion, diront de leur côté les déterministes. Mais là encore, qu'importe ! Quelle que soit l'opinion que l'on professe sur le libre arbitre, on sera d'accord pour reconnaître la nécessité d'une disposition pénale, soit comme châtiment, selon les uns, soit comme contrepoids, selon les autres. A moins que l'on ne considère l'adultère comme « un appétit naturel normal », qui ne peut se contenir sous la menace d'une peine. Mais alors, dans ce cas, je le répète, on ne sait où l'on peut s'arrêter. Puisqu'en effet l'on veut ravalier l'homme à l'état de simple animal, réfractaire pour la vie sexuelle à toute discipline légale il n'y a plus de raison alors pour ne point

accepter sans sanction les manifestations les plus bestiales de son instinct et toutes leurs conséquences, plus de raison non plus, d'une façon générale, de ne point regarder l'homme comme un esclave impuissant de ses désirs et de ses passions pour tous ses autres actes anti-sociaux. Toute distinction entre le désir d'aimer et toute autre passion devient un *a priori* arbitraire (1).

Les arguments tendant à prouver l'inefficacité de la répression criminelle en matière d'adultère ne me paraissent donc pas justifiés. Est-ce à dire pour cela qu'il faille voir dans la loi pénale un agent souverain de moralisation sociale ? Absolument pas. D'elle, au contraire, je n'attends qu'un concours modeste, mais pourtant un concours nécessaire.

β) L'assertion la plus grave n'est pas celle-là. Elle consiste à déclarer que rationnellement l'adultère constitue un fait d'ordre purement privé, *ressortissant à la morale* et non pas à la loi et, dès lors que le législateur a excédé ses pouvoirs en le réprimant.

Cette critique soulève l'importante question des rapports de la loi et de la morale, qui peut se formuler de la façon suivante : n'y a-t-il pas certains faits qui, par leur nature même, échappent à toute action légale répressive ? Et particulièrement, l'adultère ne doit-il pas être compris dans cette catégorie ?

La distinction entre la loi sociale et la loi morale est

(1) V. une excellente petite brochure de M. le docteur MULLER, *Homme ou animal ?* Lausanne, 1897.

une des moins contestées qui soient parmi les criminalistes contemporains. Rien, en effet, ne semble plus naturel ni plus rationnel que de ne point confondre la *faute morale* avec le *délit social* et par suite de ne reconnaître au législateur que le droit de réprimer ce dernier ; il y a là deux domaines absolument différents (1).

Cependant cette séparation bien tranchée, qui empêcherait la loi de sanctionner les actes exclusivement immoraux, bien qu'elle possède pour la plupart des juristes la valeur d'un postulat, n'en est pas moins en réalité tout à fait fausse (2).

Le magistrat et le législateur, comme l'a très judicieusement expliqué M. Fonsegrive, « ne peut juger qu'un social », car « les intentions dernières, reculées, profondes, sont inattingibles » par l'homme (3). Il est en effet évident que ce dernier ne peut prononcer des décisions conformes à la justice absolue. Néanmoins, tout en se plaçant à un point de vue social, il doit s'appliquer à s'en rapprocher le plus possible (4) et le législateur ne doit

(1) V. not. GARRAUD, *op. cit.*, t. V, p. 1799 et ss.

(2) Cette réfutation mériterait de longs développements. Malheureusement, je ne puis ici que donner une rapide argumentation.

(3) FONSEGRIVE, *op. cit.*, p. 156 et ss.

(4) Tout en approuvant M. Fonsegrive dans son affirmation que l'homme ne peut juger qu'à un point de vue social, car il lui est impossible de pénétrer les consciences, je ne puis admettre par contre cette autre assertion que « *la société n'a pas le souci d'être juste, mais uniquement de vivre, de se préserver, de se défendre* ». V. p. 157. Si l'on souscrit à une telle conception, on est conduit à cette conséquence révoltante, que la société peut, si elle le juge à

à aucun prix confectionner des lois qui violent la morale.

Mais, lorsqu'il s'agit pour le législateur d'apprécier un fait immoral, il lui appartient de se poser une double question primordiale : ce fait lèse-t-il l'intérêt général, d'une façon telle que le pouvoir social doive intervenir ? Sa répression pourra-t-elle produire un effet utile et avantageux ?

Du moment qu'un acte immoral produit des conséquences antisociales, soit par le trouble qu'il engendre directement, soit par sa possibilité d'être imité par un grand nombre d'individus et de se multiplier ainsi au grand détriment de l'intérêt général, le législateur a le droit de s'en émouvoir et d'édicter des pénalités. Il n'y a pas à tenir compte de cette distinction factice entre la faute morale et le délit social : tout acte antisocial (et ne pourrait-on pas dire que tout fait immoral est en même temps antisocial ?) doit pouvoir être réprimé. Ce n'est pas une raison parce qu'il est commis d'une façon tout à fait secrète, ni parce qu'il touche à des intérêts privés qu'il

propos dans son propre intérêt, commettre des injustices. Oui, il est incontestable que les hommes ne rendent pas des arrêts conformes à la *justice absolue*, car cela leur est impossible. Mais cela pourtant ne les dispense pas de s'inspirer, dans leurs lois et dans l'application de celles-ci, de l'idée de justice qu'ils conçoivent, bien plus, c'est un devoir qui s'impose à eux, que de tendre, par tous leurs efforts, à la réaliser dans la société. Il est vrai que l'auteur atténue sa pensée par une phrase subséquente, p. 164. « *Il leur (aux législateurs et aux juges) suffit de n'être pas véritablement et foncièrement injustes* ». La première affirmation n'en reste pas moins pour cela malheureuse.

ne puisse être l'objet de sanction légale. La société, comme je le disais antérieurement, est intéressée à ce qui intéresse l'ensemble de ses membres et certains actes dits privés lui sont plus néfastes que tout autre.

Mais, répliquera-t-on sans doute, cette conception fait de la société un justicier moral, comme elle le fut jadis jusqu'au xviii^e siècle, où, sous l'influence de Beccaria, des idées nouvelles apparurent. Or, la société, voulant juger au moral, s'attribue un droit qu'il lui est impossible d'exercer.

L'objection n'a aucune valeur, car, en disant que tout acte immoral est susceptible de répression, je dis qu'il l'est seulement en tant qu'antisocial et la bonne répression n'est pas celle qui veut se proportionner exactement à la faute morale du délinquant, mais celle qui est la plus fructueuse au point de vue social.

Mais comment se fait-il alors que certains actes, qui peuvent être considérés comme immoraux, ne sont cependant pas punis par la loi ?

Cela s'explique par différentes raisons.

Lorsque les législateurs font d'un acte contraire à la morale un délit ou un crime, ils sont obligés de se livrer à une appréciation personnelle. Or celle-ci doit porter nécessairement sur deux points : L'acte est-il immoral ? Blesse-t-il en outre un intérêt social ? Or, par le fait même que cette appréciation s'exerce, elle varie fatalement suivant les individualités qui la portent. Tel législateur concevra la morale selon une façon plus ou moins diffé-

rente, plus ou moins rigide que tel autre ; et d'un autre côté un acte immoral pourra sembler antisocial au premier sans le sembler au second.

Ces diversités d'appréciation existent non seulement entre nations, mais aussi entre membres d'un même groupe. C'est ainsi que, dans tels pays, certains actes sont incriminés par la loi, — les Codes Allemands et Hongrois punissent l'inceste et les délits contre nature ; quelques-uns et le Code Danois entre autres, répriment les actes d'omission qui, au contraire, ne sont aucunement punis par tels autres. C'est également ainsi que, chez un même peuple, certains faits sont ou non, suivant les époques, objets de répression et que, bien plus, à un même moment, ils partagent l'opinion des individus.

Alors même qu'un acte serait considéré par le législateur comme nuisant à l'intérêt général, il peut se faire pourtant qu'il ne soit pas puni et cela pour deux autres raisons.

D'abord, le législateur peut être retenu par la distinction que je critique en ce moment et à laquelle il donne tout son crédit. Mais ensuite et aussi, il peut avoir les meilleurs motifs pour refuser de sanctionner certains faits. Pour qu'une peine se justifie, il convient qu'elle soit de nature à produire un effet utile, c'est-à-dire qu'elle puisse exercer sur les individus une certaine intimidation, qu'elle soit un frein plus ou moins puissant pour arrêter dans leurs tendances malfaisantes un nombre suffisant d'entre eux. Quand peut-on dire qu'une pénalité répond à cette condition ? C'est là encore, assurément, une grande question

d'appréciation qui incombe au législateur, comme celle, par exemple, de fixer le taux des peines. Disons seulement qu'il faut être circonspect dans cette appréciation et bien se garder de conclure d'une statistique, qui prouve l'augmentation de certains délits, que la peine édictée est sans utilité ; car celle-ci, n'aurait-elle pour effet que de retenir encore un assez grand nombre d'individus, dont le nombre est évidemment difficile à déterminer, ne devrait point disparaître du Code.

Ce n'est pas tout. Le législateur peut se refuser à punir certains actes, parce qu'il estime que les moyens d'investigation pour les rechercher et les poursuivre seraient défectueux et même dangereux pour l'ordre social, ou qu'ils aboutiraient à des preuves douteuses ; que, d'autre part un certain nombre de principes, qu'il tient à maintenir, dans un intérêt général en faveur des citoyens pris individuellement, serait inévitablement violé par la répression de tel ou tel acte, par exemple le principe qu'il est indispensable de laisser à chaque individu une assez grande liberté d'action et cela en vue même du plus grand bien de tous (1) ; qu'enfin il est inutile pour l'harmonie

(1) A dessein je n'emploie pas l'expression : *liberté individuelle*, car le sens et la portée qu'on lui donne en général me paraissent aussi extrêmement sujets à caution. On a l'habitude de faire de la liberté individuelle un dogme sacro-saint, auquel il faut bien se garder de toucher sous peine des plus épouvantables cataclysmes. En réalité, il y a là une ivresse de mots, à laquelle les Révolutionnaires de 1789 n'ont pas échappé, et qui trouble encore à notre époque les « libéraux ». En fait et à chaque instant, la soi-disant

sociale de sévir contre certains faits immoraux, dont leurs auteurs sont en quantité négligeable. Et tout cela explique admirablement pourquoi la loi en réalité, soit qu'elle ne le veuille point à tort ou à raison, soit qu'elle ne le puisse pas, est inactive devant des faits innombrables, qui, bien que n'étant pas châtiés, n'en sont pas moins des plus funestes à la vitalité sociale : « Les lois pénales punissent le vol, le meurtre, l'incendie, observe l'un des plus fins sociologues de notre époque, mais elles ne punissent pas le dérèglement des mœurs : l'ivrognerie, l'adultère, l'abandon des enfants, la cupidité, le malthusianisme, et elles ne punissent plus qu'en théorie, l'infanticide et l'avortement ; et pourtant ni le vol, ni l'incendie, ni le meurtre n'ont jamais fait périr aucune société, tandis qu'au contraire on ne compte plus celles dont les autres méfaits ont amené la ruine (1) ». Mais, il faut le répéter, cette inaction de la loi n'est pas une obligation, résultant d'un

liberté individuelle est violée pour des raisons diverses ; en raison, il convient qu'elle s'incline devant l'intérêt général ; et quand elle s'exerce réellement, c'est que celui-ci ne s'y oppose pas. Il est vrai que cet intérêt général est conçu de mille façons différentes et varie suivant les individus. Il y a là, sans doute encore, une question d'appréciation, sur laquelle il ne faut pourtant pas désespérer de se mettre d'accord. Mais je suis convaincu que cet accord pourra se faire d'autant plus facilement que l'on aura rejeté au préalable certaines notions erronées, comme celle dite la liberté individuelle.

(1) P. BUREAU, *La crise morale des temps nouveaux*, p. 266, note. L'auteur commet un lapsus involontaire en mettant l'adultère, l'ivrognerie et l'abandon des enfants au nombre des actes que la loi ne punit point. Il aurait dû y placer l'ivrognerie privée et ranger l'adultère parmi ceux que la loi ne punit plus qu'en théorie.

prétendu respect de frontières entre le domaine moral et le domaine social. Si le législateur français était sûr de pouvoir édicter des dispositions répressives vraiment efficaces et applicables contre le néo-malthusianisme, l'inceste, les vices contre nature, la débauche, les spéculations honteuses, pourquoi donc serait-il paralysé dans son pouvoir et ne légiférerait-il pas? Violerait-il la morale? Non certes, pour ceux qui jugent ces actes immoraux. Alors, en vérité quelles raisons, pourraient bien l'empêcher de servir la cause morale en même temps que la cause sociale (1) ?

La critique, tirée des rapports de la loi et de la morale par ceux qui voudraient que l'adultère disparut comme délit du Code n'est donc aucunement fondée.

Une discussion vraiment intéressante et raisonnable ne peut s'ouvrir que sur les deux questions suivantes. Une répression de l'adultère peut-elle produire des effets utiles? L'adultère est-il par lui-même un acte immoral? Si non, pour le premier ou le second point, les critiques que l'on adresse au Code sont justifiées. Au contraire, si on estime qu'une peine peut être efficace, il faut maintenir le principe du Code pénal, sous réserve de profondes modifications. Mais, si l'on considère l'adultère comme

(1) Dans une de ses conférences de procédure criminelle, qu'il faisait à la Faculté de droit de Paris, en 1905, M. le professeur Garçon, constatant l'augmentation terrible des suicides, émit une opinion identique : « Je ne vois pas pourquoi, disait-il, la loi ne réprimerait pas les suicides, si elle était capable d'enrayer le mal ».

immoral, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il importe de le sanctionner pénalement.

Dès maintenant, je tiens seulement à faire remarquer combien il est regrettable que *certain*s adversaires de la répression de l'adultère n'aient pas la franchise de déclarer ouvertement et sans équivoque que pour eux l'infidélité conjugale constitue un acte parfaitement moral. MM. Marguerite feraient mieux, et leurs adversaires loyaux ne pourraient que les en féliciter, d'émettre sans réticences une telle affirmation, plutôt que d'écrire des préfaces élogieuses et approbatives pour les gravures satiriques d'un dessinateur, qui, pour un peu, verrait dans la trahison conjugale l'acte le plus pur qui soit ! (1)

2. — *Le divorce est-il une sanction satisfaisante ?*

On a pu voir précédemment que tous ceux, qui demandent la suppression des peines d'adultère, se montrent néanmoins partisans d'une sanction civile : le divorce.

Déjà des législations étrangères ont consacré leur manière de voir : quelques-unes, en effet, ne font point de l'adultère un délit, mais permettent cependant pour cette cause la rupture du lien conjugal.

Celles, par contre, qui refusent le divorce, punissent

(1) *L'Assiette au beurre*, 19 mai 1906, *Les Vœux perpétuels*, dessins de HERMANN-PAUL, préface de P. et V. MARGUERITE.

l'infidélité entre époux. Il n'y en a point qui ne voient dans l'adultère qu'une cause de séparation de corps, sans pour cela en faire un délit. Cette solution, ne serait pas inconcevable ni déraisonnable ; mais elle est loin de satisfaire les adversaires de la répression pénale et le peu de faveur, qu'elle trouve auprès d'eux, prouve abondamment, combien la question de l'adultère et celle du divorce sont étroitement liées.

La séparation de corps est, en effet, de nos jours assez discréditée ; elle est pour beaucoup une solution bâtarde, antinaturelle, tyrannique, absurde. Elle est pour eux profondément immorale ; elle est, suivant l'expression virulente de M. le D^r Forel « la source la plus fertile de l'adultère à jet continu (1). » Et, comme l'Église n'admet qu'elle, elle apparaît comme plus hideuse encore. Un jugement de M. le président Magnaud est fort intéressant à cet égard. On y rencontre cet attendu : « que, quand elle n'est pas imaginée par l'un des époux dans le but de troubler indéfiniment l'existence de l'autre, elle est, dans la plupart des cas, en raison de son caractère confessionnel, imposée par l'influence néfaste de personnes vouées au célibat et n'ayant pour tout foyer que celui des autres (2).

Le divorce au contraire est la solution rationnelle, intelligente, dans le vrai sens du mot, en même temps que respectueuse de la liberté individuelle. La personne humaine

(1) FOREL, *op. cit.*, p. 434.

(2) H. LEYRET, *Nouveaux jugements du président Magnaud*, p. 91, Château-Thierry, 5 févr. 1903.

est inaliénable, a déclaré hautement la Révolution française, qui délivra les époux malheureux de leur « bastille » conjugale. Le mariage est en effet un contrat civil, par lequel il ne doit pas être permis de s'engager à vie ; les vœux perpétuels, quels qu'ils soient, ne doivent pas être reconnus par la loi. La loi de 1884 a été déjà un grand progrès, mais il ne faut pas s'arrêter en chemin ; il faut revenir au droit révolutionnaire, c'est-à-dire, aérer le mariage, élargir le divorce. Consentement mutuel, divorce même sur la demande d'un seul pour incompatibilité d'humeur, peuvent seuls garantir le principe de la liberté individuelle (1).

En ce qui concerne spécialement l'adultère, le divorce est la véritable solution. L'adultère n'est en somme que l'inexécution de l'obligation de fidélité, et doit donc entraîner la résiliation du contrat. Le divorce lui est en somme un véritable « substitutif pénal », selon l'expression de M. Enrico Ferri. De plus le divorce apporte un élément de moralité dans la société ; il moralise la famille, au lieu de lui nuire, comme on le prétend. Où il existe, il y a moins de bâtards, de concubins, de débauchés et d'adultères, car il atténue considérablement la tendance à la progression de l'union libre (2).

Ainsi donc les deux questions de l'infidélité conjugale

(1) H. COULON, *op. cit.*, *passim* ; MARGUERITE, *op. cit.*, p. 29 et 101 ; *Assiette au Beurre*, 19 mai 1906, préface des MARGUERITE ; A. VALENSI, *La réforme du divorce* (*Rev. polit. et parlem.*, sept. 1907).

(2) MARGUERITE, *op. cit.*, p. 57 ; A. VALENSI, *loc. cit.*

et du divorce ne peuvent être séparées l'une de l'autre. Je ne peux cependant pas reprendre et examiner de près spécialement celle du divorce, qui a fait déjà l'objet de tant de controverses. Je ne peux me contenter ici que d'un certain nombre d'observations.

Tout d'abord il est indispensable de faire remarquer que, si l'on prétend discuter utilement, il ne faut point porter le débat sur le terrain religieux, comme l'ont fait malheureusement la plupart de ceux qui jusqu'à présent y ont pris part. Il est regrettable que trop de catholiques s'obstinent à vouloir convaincre leurs adversaires avec des arguments qui ne le peuvent point, puisqu'ils s'adressent à des non-croyants; il n'est pas moins fâcheux que les apôtres du divorce, qui se croient affranchis de tout préjugé, laissent transpirer chez eux une certaine animosité contre l'Église, et semblent dénier à leurs contradicteurs le droit de se placer à un point de vue exclusivement social qui n'a rien d'opposé au point de vue religieux.

Au point de vue catholique, la question ne peut pas se poser; aucun véritable catholique ne peut se déclarer partisan du divorce, ni à plus forte raison y avoir recours le cas échéant, sous peine d'agir contrairement aux principes mêmes de sa religion. Ainsi que nous l'avons vu, l'Église a varié de solution dans l'histoire; durant assez longtemps un texte de saint Matthieu, a été l'objet de deux interprétations différentes. Mais le concile de Trente et, depuis, la tradition catholique, tranchèrent

la question dans un sens absolu: point de divorce possible au cas même d'adultère. Si donc toute une nation ne se composait que de catholiques, on comprendrait qu'adversaires du divorce, ceux-ci fissent valoir leurs considérations religieuses. Mais on ne peut oublier qu'en ce moment la France est composée de nombreux citoyens, qui professent des religions différentes, qui n'ont même point de religion et qui ne peuvent donc que rejeter les arguments de cet ordre. Or, sans cesse, les catholiques protestent contre la loi du divorce, que de jour en jour on élargit, comme une atteinte à la liberté de conscience. J'avoue vraiment ne pas bien comprendre la portée de cet argument, qui me paraît difficile à justifier. Que peut leur importer au point de vue religieux que la loi humaine permette un acte défendu par la loi divine; pour eux, celle-ci prime toutes les autres; pourvu toutefois qu'une loi humaine ne les contraigne pas à la violer, leur conscience n'est pas blessée. Pour ce qui concerne particulièrement le divorce, en tant que fils de l'Église, ils ne doivent point s'émouvoir de son extension légale; ils ne sont point forcés de se remarier si leurs conjoints les abandonnent, et ils n'ont qu'à se conformer eux-mêmes aux préceptes de leur religion. Une telle loi pourra certes les faire souffrir souvent dans leurs affections humaines; ils ne doivent cependant pas confondre, si pénibles qu'elles puissent être, les souffrances avec la violation de la liberté de conscience. Ces douleurs éventuelles, qui peuvent être pour eux l'effet du divorce, sont au contraire

une raison très forte pour qu'ils contractent les mariages moins à la légère, et se préoccupent plus dans leur choix de la sincérité religieuse des futurs conjoints que des questions de situation pécuniaire, mondaine ou autres.

C'est au point de vue social et moral, que la question peut se poser et se discuter, et à cet égard, les catholiques ont le droit de critiquer le divorce comme une institution nuisible à la société. Après seulement, il leur est loisible de faire remarquer que la loi de l'Église est éminemment sociale et rationnelle.

Mais, de leur côté, les partisans du divorce ne sont pas moins critiquables, lorsqu'ils mêlent la question religieuse à la question sociale. Il leur semble que l'on ne puisse défendre l'indissolubilité du mariage sans être nécessairement catholique en même temps; et cependant des non catholiques, des incroyants même, des positivistes se sont élevés également contre la loi du divorce, non parce que pour eux le mariage était une institution divine, « une sorte d'inspiration bizarre », selon l'expression du D^r Forel, mais parce qu'ils considéraient le divorce comme mauvais pour la société (1). Ils ne sont que trop souvent hantés par le spectre épouvantable de la religion qui leur fait perdre toute impartialité et même tout bon ton. On eut su gré à MM. Margueritte, avant d'écrire la

(1) David HUMER, *The philosophical works*, Essay, XIX, vol. III, t. V, p. 214 et s.; Aug. COMTE, *Cours de philosophie positive*, t. V, p. 310 et s., 418 et s.; P. GRIMANELLI, *La crise morale et le positivisme*, 3^e part., VI, p. 173 et s. V. aussi DURKHEIM, *Le suicide*, p. 290 et s.

préface signalée, de prier le dessinateur d'employer comme moyen de conviction un crayon plus respectueux des croyances de leurs adversaires.

D'autre part, lorsque l'on discute la question du divorce, on a le tort trop souvent de raisonner sur des cas particuliers et d'en tirer une conclusion générale. C'est ainsi que l'un des arguments, qui se trouve être le plus prodigué par les uns et par les autres, est l'intérêt de l'enfant. Et en réalité les partisans aussi bien que les adversaires du divorce ont raison; le malheur d'Olivier Champdieu (1) ne prouve pas plus que le bonheur de Gégé (2) contre ou pour le divorce; ce sont là deux conséquences de cette institution aussi vraisemblables l'une que l'autre. Deux époux vivant ensemble, mais en désaccord constant, peuvent être un exemple plus désastreux pour leur enfant que s'ils étaient séparés; par contre, un enfant peut souffrir terriblement des tiraillements subséquents à la rupture de ses parents. La question, examinée à ce point de vue ne peut fatalement recevoir que des solutions contradictoires et inconciliables.

C'est qu'en effet la question du divorce est susceptible d'être envisagée à deux points de vue et, suivant que l'on se place à l'un ou à l'autre, on aboutit à des conclusions tout à fait différentes, mais dans les deux cas absolument logiques.

On peut invoquer, comme le font les défenseurs du

(1) LÉON DAUDET, *Le partage de l'enfant*.

(2) F. VANDEREM, *La victime*.

divorce, le grand principe de liberté individuelle et lui attribuer une valeur considérable. On fait bien des protestations d'admiration pour l'union indissoluble, pour la conception de « deux êtres rapprochant leurs destinées, mettant en commun le meilleur de leur cœur, l'intimité de l'âme et de la chair, se prenant pour la joie et l'adversité, la pauvreté et la richesse, la santé et la maladie, la vie et la mort (1). » Mais c'est là un idéal, et nous sommes bien loin de cet idéal (2). En réalité, il en est tout différemment; trop souvent la douce union que devrait être le mariage n'est qu'un effroyable foyer, où la discorde, la haine et la tromperie remplacent la fusion des cœurs, l'amour et la confiance. Comment refuser à l'époux malheureux, maltraité et outragé, le droit de se libérer et de chercher le bonheur où il peut s'offrir à lui!

Beaucoup, parmi les partisans du divorce, les modérés, ne veulent l'autoriser que dans quelques cas particuliers, bien spécifiés par la loi, et laisser aux tribunaux le soin d'apprécier les demandes. Cette conception fait ainsi de la rupture du lien conjugal une sorte de punition civile prononcée judiciairement contre l'époux qui remplit mal ses obligations. Sans être un bien ni un mal, c'est un remède nécessaire. Mais d'autres vont beaucoup plus loin. Le divorce doit être un droit dont peut se prévaloir tout conjoint, fût-il le coupable au point de vue moral. « Qui dit

(1) P. et V. MARGUERITTE, *op. cit.*, p. 45.

(2) H. COULON, *op. cit.*, p. 43.

mariage, dit divorce. » Le mariage, étant un contrat comme un autre, doit pouvoir se résoudre de même au gré de l'époux qui le désire, en dehors de toute appréciation judiciaire. Notre législation ne permet de s'engager que pour un temps et non pour toute la vie; elle ne doit pas faire d'exception même pour le mariage. C'est contraire à la liberté individuelle. Tout individu, en effet, a le droit naturel de revendiquer le bonheur, de vivre sa vie, de se développer le plus largement possible, et non pas d'étier péniblement son existence dans « la plus épouvantable des geôles quand elle n'est pas la plus douce des prisons. » Et c'est, partant de ce point de vue, que l'on arrive à condamner le système légal de répression de l'adultère; on voit dans cet acte non pas un délit, mais une simple inexécution d'obligation. Inexécution du reste fort naturelle et très compréhensible. L'amour est un sentiment dont on n'est pas maître; il est la garantie de l'union, tant qu'il subsiste. Une fois la flamme éteinte, il ne reste plus que des cendres qui se dispersent et qu'il serait insensé de vouloir maintenir rassemblées; ainsi la fidélité conjugale disparaît avec l'amour; elle peut durer longtemps, aussi longtemps que dure ce sentiment; mais on ne peut l'imposer à qui ne peut plus aimer. Et M. Garofalo constate pour la femme, ce qu'on n'a même point besoin de mettre en relief pour l'homme, que « la *unico gaudens mulier marito* que Juvénal cherchait inutilement n'a jamais été qu'une exception en tous temps et en tous lieux (1). »

(1) GAROFALO, *op. cit.*, p. 19.

A côté de ce point de vue individuel, les adversaires du divorce opposent le point de vue social. Toute société ne peut durer et prospérer que moyennant le sacrifice d'un assez grand nombre d'individus. Les souffrances les plus cruelles peuvent en effet résulter du mariage et on ne le nie point. Mais ce qui est vraiment nécessaire, ce n'est pas le divorce, cette soi-disant panacée des maux; c'est au contraire le respect pratique de l'indissolubilité conjugale, qui sera peut-être pénible à quelques-uns, mais qui sera salutaire pour la société. L'époux trompé sera-t-il donc condamné à être malheureux toute son existence? Certains faits réservent sans doute des deuils intimes et personnels et l'adultère d'un conjoint peut être fort douloureux pour l'autre. Mais c'est pour cela justement que les pénalités du Code contre l'adultère répondent à une nécessité et ne peuvent être que bienfaisantes par leur exemplarité, si toutefois elles sont souvent inefficaces (1).

De ces deux points de vue, individuel et social, quel est le vrai? Toute la question du divorce est là. Les discussions passionnées, dont elle est l'objet, proviennent précisément de ce fait que l'on ne se place pas sur la même position. Les uns prétendent que des bonheurs individuels résulte le bonheur social; les autres sont convaincus que, tout en laissant une assez grande liberté aux citoyens pour certains actes, la société a intérêt que pour d'autres une discipline rigoureuse soit observée, dût-elle coûter de durs

(1) Je souscris complètement à la conception sociale que M. Fonsgrive a exposée dans son beau livre, *Mariage et Union libre*.

sacrifices personnels. Quels sont ceux qui ont raison? Je n'ai pas à examiner ici la question; je ne puis que l'effleurer pour l'utilité du sujet et donner mon sentiment sans développement.

D'abord j'estime que toute discussion est stérile entre personnes partant chacune d'un point de vue différent. Or, comment l'intérêt de la société peut-il être satisfait? C'est là un problème des plus délicats, dont la solution peut se baser sur des considérations de psychologie sociale, mais dont elle dépend, beaucoup aussi, d'une appréciation, d'un sentiment personnel. Toujours est-il qu'il est une vérité qui s'accrédite de plus en plus, c'est qu'il ne doit pas y avoir de moyen terme entre le *mariage libre*, nom de présentation donné à l'union libre, et l'*indissolubilité absolue*. Au point de vue pratique, les faits ont prouvé que la fameuse liquidation des mauvais ménages qui devait suivre la loi de 1884 avait été un leurre et qu'on ne pouvait se contenter d'entrebailler la porte du divorce, qu'il fallait la tenir toute grande ouverte. Au point de vue rationnel, le système modéré est ridicule et inique. Ridicule, parce que ceux qui veulent se séparer sans motifs légaux jouent toutes sortes de comédies, où tout le monde y perd sa dignité, les parties, la loi et le tribunal. Inique, parce que, si le divorce a pour but de libérer les époux battus, outragés ou trompés, il n'y a pas de raison de le refuser au conjoint lassé de l'autre ou sous l'empire d'un nouvel amour. Sa souffrance morale est tout égale (1).

(1) V. la nouvelle pièce de Paul BOURGER, *Un divorce*. On pourrait

Pour ma part j'estime qu'une société ne saurait prospérer où s'améliorer sans sacrifice de la part d'un nombre plus ou moins considérable de ses membres. Tout sacrifice inutile est absurde ; mais tout sacrifice en vue d'assurer l'application d'un principe nécessaire à la vitalité d'une société, et aussi à sa moralité, est par là même fécond et indispensable (1).

Mais, s'écrie-t-on, autant le sacrifice spontané est admirable, autant, imposé, il est une infamie !

Cette objection s'explique, à mon sens, par la fausse conception que l'on se fait des rapports de la loi et de la morale, et à laquelle, déjà plus haut, j'ai adressé une grave critique. Il convient de préciser.

1° J'ai eu précédemment l'occasion de le dire, et c'est un point sur lequel je m'étendrai bientôt plus longuement, une loi ne peut avoir d'utilité véritable et recevoir une réelle application que si elle répond à un certain état d'esprit général, si les consciences sont suffisamment disposées à l'observer ; autrement dit, les mœurs font la loi, qui à son tour ne peut produire de réaction sur celle-ci que s'il

souhaiter que, pour la question de divorce, la loi donne satisfaction aux antagonistes en établissant, à côté de l'union indissoluble, un mariage inférieur et ne présentant pas tous les avantages de celle-ci, bien qu'étant cependant supérieure au simple concubinage. Mais les partisans du mariage libre accepteraient-ils que ce mariage soit inférieur ? J'en doute fort. Alors, il faut que l'un des deux systèmes succombe, car la coexistence de l'union indissoluble à côté d'un mariage libre qui offrirait une situation égale serait une insanité.

(1) Cette notion du sacrifice, qui est l'une des bases même du catholicisme, est en même temps une vérité sociale.

existe un assez grand nombre de citoyens prêts à la respecter. Cette relation entre les mœurs et la législation me paraît indubitable, mais ne saurait être opposée aux adversaires du divorce. Un observateur éclairé peut expliquer judicieusement comment à un moment donné, — en 1884, par exemple, — une loi, — celle du divorce — ait été rendue presque inévitable soit par l'état moral de l'époque, soit sous certaines influences, soit encore pour diverses raisons. Si juste cependant que puisse être une telle constatation, elle ne peut, à elle seule, fonder le jugement du sociologue qui apprécie cette loi, pas plus qu'elle ne saurait refroidir le zèle du réformateur social. Elle peut seulement prouver à ceux-ci, s'ils considèrent la loi comme mauvaise, la nécessité d'en dénoncer à l'opinion le caractère dangereux ou nocif pour la société et, avant d'en demander l'abrogation à l'autorité législative, de travailler préalablement à une réforme morale.

Mais le jour où une institution ne répond plus à l'état général des mœurs, qu'une majorité suffisante, s'inspirant de considérations sociales, en réclame la suppression ou la modification, il est fort naturel et même nécessaire que le Parlement réalise la réforme légale qu'on attend de lui. Certes, telle loi sera désapprouvée par la minorité qui pourra en souffrir ; celle-ci se plaindra peut-être d'une atteinte à la liberté individuelle. Mais de telles doléances doivent-elles arrêter le législateur ? Quelle est la loi qui n'entre pas en conflit avec ce qu'on appelle la liberté individuelle de quelques-uns ? Lois protectrices du travail, loi sur le

repos hebdomadaire, lois encore moins contestées et cependant plus rigides et plus générales, celle par exemple sur le service militaire, ne restreignent-elles pas le libre-vouloir de nombreux individus? Sans doute aussi on est en droit de se demander jusqu'à quel point la liberté individuelle peut être entravée; mais cette question d'appréciation ne doit se trancher qu'à un point de vue social: il importe de se demander s'il n'est pas de l'intérêt de la société qu'on laisse aux individus une liberté d'agir plus ou moins large et non pas s'il existe d'une façon absolue des droits individuels, auxquels la société n'aurait pas le droit de toucher, la lèseraient-il profondément (1).

On dit, suivant la *Déclaration des droits du 24 juin 1793* (art. 18), que la personne humaine n'est pas une propriété aliénable et que par suite la prohibition du divorce contredit ce principe, en interdisant de rompre son engagement. Cette contradiction est possible, mais prouve-t-elle pour cela que le principe soit juste? M. Fonsegrive a mis en relief ce qu'il contenait d'irrationnel (1) et M. le professeur Tissier a montré, dans un excellent rapport, combien il est peu juridique: « Quiconque s'engage, disait-il, aliène sa liberté (2). » Mais, répond-on, un engagement ordinaire n'est que pour une certaine durée; du reste il peut être rompu par la volonté d'un seul. Malheureuse-

(1) V. p. 198, note 1.

(2) FONSEGRIVE, *Mariage et union libre*, p. 263 et ss.

(2) A. TISSIER, *Rapp. sur la question de l'extension des causes du divorce* (Bull. Soc. Études législat., 1906, p. 117 et s.).

ment cette comparaison est trompeuse. On veut assimiler le mariage à un contrat quelconque et, en réalité, on ne donne à ce contrat que le nom, sans lui en reconnaître les caractères. Oui, une convention peut être rompue par la volonté d'un seul, mais à la condition de payer au créancier des dommages et intérêts compensatoires *pour le seul fait d'inexécution*. MM. Margueritte et les partisans de l'élargissement du divorce admettent-ils cette conséquence? Oui encore, on peut s'engager par une convention ordinaire pour un temps seulement, mais non pour toute sa vie. Mais ce temps peut être trois, dix, trente, soixante ans. Or, MM. Margueritte n'acceptent point une assimilation aussi complète, puisqu'ils aiment à déclarer que ce qui fait le mariage c'est « le consentement jailli du cœur, renaissant de lui-même tous les jours de la vie (1) ». Bien plus cet inconscient aveu, constitue la meilleure preuve que le mariage n'est point pour eux un contrat juridique ordinaire. En effet de deux choses l'une: ou bien le mariage est un contrat à durée indéterminée et le Code n'oblige les parties d'aucune convention à ne la passer que sous cette condition; ou bien le mariage est un contrat que les parties peuvent conclure soit pour un temps fixé à l'avance, soit sans durée déterminée, et c'est là offrir une option aux contractants, que les partisans de l'élargissement du divorce ne peuvent accepter, puisqu'ils tendent au contraire à une législation uniforme.

(1) P. et V. MARGUERITTE, *op. cit.*, p. 10.

Mais les défenseurs du divorce pour griefs déterminés et par consentement mutuel peuvent opposer l'argument avec plus d'autorité. Suivant eux, en effet, le mariage apparaît bien comme un contrat synallagmatique résiliable par accord des parties ou en cas de non exécution de l'une des parties.

On doit l'avouer loyalement : l'argument ainsi présenté est sans réplique. Mais, pour ma part, je considère comme tout à fait défectueuse cette façon de raisonner. Elle se comprendrait fort bien s'il était démontré que, *par sa nature même*, le mariage permet l'application des principes généraux du Code. Mais justement toute la question est là. Or qu'importe que le mariage puisse se concevoir comme répondant aux conditions des contrats ordinaires. Ce qu'il importe de savoir, c'est si l'on doit le considérer comme tel, si sa nature, si ses conséquences sociales et morales permettent semblable assimilation. Deux parties capables, par exemple, veulent passer entre elles une convention. Leur obligation a une cause et un objet. Seulement cet objet est tenu par la loi pour immoral et il est impossible qu'il puisse fonder une obligation civile. On doit bien voir par cet exemple qu'un contrat, pour pouvoir se former suivant les règles légales, ne doit pas seulement réunir des conditions de formes, mais aussi et surtout de fond (licéité de l'objet, nature du contrat). Si donc le législateur estime qu'un accord de volontés ne doit pas être soumis, pour des raisons sociales ou morales aux principes généraux des contrats, la liberté individuelle,

telle qu'on la comprend, est un argument de bien faible portée. Le mariage n'a-t-il pas précisément une nature *suis generis*? Ne crée-t-il pas des rapports et des obligations toutes spéciales, non seulement entre les deux époux, mais encore entre eux et des êtres futurs? La société n'est-elle pas intéressée aux unions conjugales d'une façon toute particulière, et autrement plus qu'à une tradition d'immeubles ou à un contrat de louage? Sa prospérité vitale n'exige-t-elle pas qu'elles soient indissolubles et que ce principe ne soit l'objet d'aucune dérogation? Telles sont les véritables questions qui doivent nécessairement précéder toute discussion juridique.

Au lieu de se demander si la prohibition du divorce par la loi restreint la liberté individuelle, il conviendrait bien plutôt de rechercher si cette prohibition est ou non contraire à la loi morale. A cet égard, les partisans du divorce ont une conception également erronée sur les rapports de celle-ci et de la loi.

2° Les partisans du divorce, en effet, ai-je dit précédemment, réclament également la suppression des peines d'adultère, parce qu'ils déniaient à la loi le droit d'ériger cet acte en délit. Au contraire quand il s'agit de discuter la question du divorce, ils attribuent à la loi une puissance extraordinaire. Elle devient créatrice de morale!

Un argument en effet bien courant contre les adversaires du divorce, est que, lorsque celui-ci n'existe point dans une législation, il n'en est pas moins connu dans les mœurs, qui lui substituent la séparation de fait, et

qu'alors, comme le dit M. le D^r Forel, l'adultère y est pratiqué « à jet continu ». Trouve-t-on donc ces liaisons extralégales plus morales que le divorce ? « L'adultère est né avec le mariage, est-il donc plus moral, interrogent MM. Margueritte, que la possibilité de se remarier ? Seuls répondront oui, ceux qui, fuyant la responsabilité de leurs actes, préfèrent la honte du plaisir obscur au sérieux du devoir, ceux dont on a dit plaisamment qu'en se cachant leurs vices rendaient encore hommage à la vertu. Le « cynisme » du divorce, affirme M. Coulon, vaut encore mieux que le cynisme des mauvais ménages ou l'hypocrisie de la séparation (1) ». Avec moins d'acribité et de mordant, c'est ce qu'avait déjà dit en 1882 M. Jolibois, à la Chambre des députés : « Le divorce provoqué et prononcé pour cause d'adultère, c'est la volonté et le moyen de faire cesser un état scandaleux. Or, si vous éditez d'une manière définitive que celui contre lequel le divorce a été prononcé pour adultère ne pourra épouser sa complice, c'est comme si vous écriviez dans la loi que le scandale ne peut cesser, qu'il peut se perpétuer (2) ». C'est encore et enfin la même idée qui fut exprimée à la Chambre, en 1904, dans le rapport de M. Cruppi en faveur de l'abrogation de l'article 298 du Code civil. Cette disposition, disait ce député « annule la possibilité de régulariser des situations anormales et douloureuses (3) ».

(1) P. et V. MARGUERITTE. *op. cit.*, p. 50.

(2) *Journ. of.*, 9 mai 1882, *Débats parlem.* Chambre, p. 73.

(3) *Ibid. Docum. parlem.*, sept. 1903, p. 867. On pourrait ajouter

A la vérité, plus encore que les partisans du divorce, nous réprouvons moralement l'adultère ; comme eux, nous déclarons que celui-ci ne vaut pas mieux que la possibilité de se remarier. Mais, ce qui est tout-à-fait injustifiable, c'est que nos contradicteurs jugent parfaitement moral un acte qui, avant la reconnaissance légale, leur apparaît comme immoral. En quoi la loi peut-elle bien moraliser ce qui est foncièrement immoral ? Parce que les pouvoirs publics autorisent certaines institutions scandaleuses, donnent de prétendues garanties à d'infâmes vices, et y apposent ainsi en quelque sorte leur estampille, — les loteries, le pari mutuel, la prostitution, — peut-on dire que ces vices et ces institutions soient plus recommandables ? Si l'on regarde l'adultère comme immoral, ce n'est certes point la loi, qui lui infusera un caractère de moralité. Le législateur ne fait, comme je l'ai déjà montré, qu'enregistrer et affermir les mœurs ; ce n'est pas lui qui moralise ; le divorce est et ne pourra jamais rester qu'un *adultère légal*.

Les partisans du divorce pour causes déterminées seulement, tout en se refusant à un élargissement de celui-ci, prétendent que pratiquement le divorce est un mal nécessaire que le législateur substitue à un mal plus grave, le désaccord des époux et le scandale public (1). C'est la

à ces citations, certains passages d'éminents juristes, tels que M. le professeur Planiol, qui pensent que le divorce par consentement mutuel « serait plus simple et plus franc que les comédies qui se jouent ». V. PLANIOL, *op. cit.*, t. I, n. 1156.

(1) PLANIOL, *op. cit.*, t. I, n. 1140 et 1145.

jambe de bois qui remplace le membre gangrené. Cette comparaison imagée n'empêche cependant pas la loi qui autorise le divorce ainsi limité de mériter la même critique que je viens de lui adresser. Bien plus même, tout en n'intervenant que dans des situations exceptionnelles et malheureuses, elle fait entrevoir des perspectives avantageuses aux personnes mariées, et, au lieu de resserrer, par l'application ferme de ses principes, les autres liens conjugaux qui tendent à se briser, elle provoque le mal même auquel elle prétend remédier. Et, voulant moraliser des cas particuliers, elle démoralise la société.

A l'appui de cette affirmation, il est intéressant de soumettre quelques résultats chiffrés du divorce.

Avant la loi de 1884, M. Bertillon disait : « Les divorces, après avoir été nombreux la première année, après avoir diminué rapidement pendant les années suivantes, cesseront, à un moment donné, de devenir plus rare, et reprendront la marche ascensionnelle que les séparations de corps suivent depuis 1837 » (1).

Le pronostic de M. Bertillon s'est-il réalisé ? Voyons la statistique des divorces et des séparations de corps (2) :

(1) J. BERTILLON, *Étude démographique*, 1^{re} part., ch. XL, p. 101.

(2) Les statistiques, que je produis, sont tirées de P. BUREAU, *op. cit.*, et de FONSEGRIVE, *op. cit.*

	Années	Séparations de corps affaires jugées	Divorces transcrits	Total général
Moyennes quinquennales	1850-55	1.529	»	»
	1856-60	1.913	»	»
	1861-65	2.395	»	»
	1866-70	2.833	»	»
	1871-75	2.647	»	»
	1876-80	3.264	»	»
	1884	»	1.657	»
	1885	2.910	4.227	7.137
	1886	3.017	2.950	5.967
	1887	2.549	3.636	6.185
	1888	2.170	4.708	6.878
	1889	2.194	4.786	6.980
	1890	2.041	5.457	7.498
	1891	2.059	5.752	7.811
	1892	2.094	5.772	7.866
	1893	2.171	6.184	8.355
	1894	2.405	6.419	8.824
1895	2.446	6.751	8.197	
1896	2.586	7.051	9.637	
1897	2.657	7.460	10.117	
1898	2.859	7.238	10.097	
1899	2.941	7.179	10.120	
1900	2.994	7.157	10.151	
1901	3.018	7.741	10.759	
1902	2.281	8.431	10.712	
1903	2.320	8.919	11.239	
1904	»	9.860	»	
1905	»	10.019	»	

Que ressort-il de ces chiffres ?

Avant la loi du divorce, les séparations de corps avaient doublé en 30 ans, (1.529 en 1850-1855 contre 3.264 en 1875-1880). En 1890, six ans après la loi, le nombre des séparations avait diminué très sensiblement, mais à côté on

comptait déjà 5.457 divorces, soit au total 7.498 ménages désunis, c'est-à-dire plus du double de ruptures qu'en 1880. Si nous poursuivons l'examen, et que nous nous placions en 1903 (13 ans plus tard), nous trouvons d'un côté 2.320 séparations, d'un autre côté 8.919 divorces, soit 11 239 désunions, soit à peu près un tiers de plus qu'en 1890. Et enfin depuis 1903, les divorces n'ont pas cessé d'augmenter, 10.019 en 1905, c'est-à-dire deux fois plus de ruptures définitives qu'en 1885. Il a donc fallu 20 ans aux divorces pour doubler, tandis qu'avant la loi de 1884, il fallait 30 ans aux séparations de corps pour faire le même saut.

Que faut-il alors conclure ?

Que, contrairement à ce que prophétisaient les apôtres du divorce, la liquidation légale des mauvais ménages met fort longtemps à s'effectuer ; que les divorces sont loin de suivre la marche doucement ascensionnelle que suivaient, depuis 1837 et avant la loi, les séparations de corps, et que le nombre de celles-ci n'a pas diminué depuis la restauration du divorce en France. Je sais bien que l'on peut discuter sur la notion de temps et soutenir que nous sommes encore dans les premières années pendant lesquelles doit se faire la liquidation des anciennes querelles familiales. Mais on est, je crois, encore plus fondé à craindre que ces premières années aient une durée indéfinie.

Avant la loi de 1884, on prétendait aussi que « le nombre des liaisons clandestines irait en diminuant et, avec elles, le nombre des enfants que cette clandestinité

prive de toute garantie (1). » Voyons encore les statistiques et d'abord celle des naissances hors mariage.

Années	Naissances illégitimes	Proportion pour cent naissances
1888	74.919	8,05
1889	73.561	8,05
1890	71.086	8,05
1891	73.936	8,05
1892	73.785	8,06
1893	76.562	8,08
1894	76.451	8,09
1895	73.278	9,15
1896	76.278	8,81
1897	75.989	8,84
1898	74.586	8,83
1899	74.970	8,84
1900	73.121	8,83
1901	74.693	8,71
1902	74.071	8,76

Le pronostic de M. Naquet reçoit un démenti tout à fait formel. Le nombre des naissances illégitimes est resté le même, bien plus, avec une légère augmentation chaque année. En 1895, seulement la proportion s'est élevée fortement.

Le nombre des unions clandestines est évidemment impossible à relever, mais toutefois il est intéressant de savoir les variations du chiffre des mariages.

Années	Nombre de mariages	Années	Nombre de mariages
1875	300.427	1901	303.469
1884	289.555	1902	294.786
1890	269.332	1903	295.996
1895	282.915	1904	278.721
1900	299.084	1905	302.623

(1) A. NAQUET, *loc. cit.*

Il ne semble vraiment pas, par cette statistique, que le divorce ait eu la moindre influence sur la nuptialité. La hausse de 1905 ne permet guère de conclure à une augmentation durable du nombre des mariages, celle de 1901 n'ayant pas eu de lendemain. D'ailleurs, serait-elle à désirer? M. Bureau me semble faire une observation pleine de justesse, lorsqu'il dit : « Le premier effet d'une régénération morale concernant le mariage et la famille serait de diminuer transitoirement le nombre des célébrations de mariage (1). » A l'heure présente, en effet, où le plaisir, exclusif de responsabilité et de devoir, constitue le but de la plupart des unions, et où le divorce permet aux époux blasés de chercher ailleurs une meilleure fortune, le mariage exige moins de prudence et de réflexion que s'il était un acte sérieux et grave, par suite il serait fort naturel que ses amateurs se multipliasent. Il est à présumer que, si les réformes réclamées par les frères Margueritte, aboutissaient un jour ou l'autre, la nuptialité aurait un regain extraordinaire.

Enfin, les statistiques attestent-elles une augmentation du nombre des adultères? Si on lisait les chiffres sans réserve c'est ce que l'on constaterait.

Années	Nombre des affaires	Nombre des prévenus
1846-1850	191	321
1851-1855	272	460
1856-1860	338	626

(1) P. BUREAU, *op. cit.*, p. 37, note.

Années	Nombre des affaires	Nombre des prévenus
1861-1865	408	760
1865-1870	336	632
1871-1875	378	705
1876-1880	431	824
1881-1885	546	1.038
1886-1890	938	1.758
1891-1895	963	1.838
1896-1900	1.143	2.214

Mais ces chiffres ne prouvent point en réalité ce que l'on serait tenté de croire. M. Valensi le remarque assez justement. D'abord, beaucoup d'époux, étant donné que l'adultère est une cause de divorce, hésitent moins à faire connaître au public leurs infortunes conjugales; de plus une instance correctionnelle peut faciliter ou hâter l'obtention du divorce. Mais M. Valensi commet une notable confusion, quand il explique aussi l'augmentation du nombre des adultères poursuivis par ce fait que la loi de 1884 a supprimé, au point de vue civil, la différence existant auparavant entre l'infidélité de l'homme et celle de la femme comme cause de séparation de corps : qu'il soit un acte isolé commis au domicile conjugal ou bien en dehors, l'adultère de l'homme peut désormais faire l'objet d'une demande en divorce (1). En effet, les affaires, dont le nombre est relevé ci-dessus, sont des affaires correctionnelles, et l'on sait que devant les tribunaux répressifs, après comme avant la loi de 1884, l'homme n'est punis-

(1) A. VALENSI, *L'application de la loi du divorce en France*, p. 173.

sable que s'il entretient une concubine au domicile conjugal.

Ensuite, cette augmentation graduelle constatée ne prouve point qu'en fait les adultères soient plus nombreux. On ne connaît que ceux qui sont poursuivis, et ils ne le sont que sur la plainte de l'époux outragé. A cet égard il est possible que les partisans du divorce disent vrai.

Toutefois, bien que la statistique ne soit pas très convaincante, elle laisse à penser que l'augmentation des adultères, traduits devant la juridiction correctionnelle, correspond bien à un accroissement réel ; déjà avant la loi de 1884, cette augmentation était observée. Tout ce que l'on peut dire c'est que le divorce n'en est pas la cause. Mais à cela on peut répondre justement que c'est une influence inverse qu'on était en droit d'attendre d'une institution qui se présentait comme moralisatrice au plus haut point.

A ces statistiques, qui montrent que divorces et adultères poursuivis ne cessent de s'accroître, les partisans de la loi « libératrice » opposent un argument qui leur est cher. Avant 1884, disent-ils, les séparations de fait, les désunions et les infidélités conjugales n'étaient pas moins fréquentes qu'aujourd'hui ; seulement il était interdit de régulariser les relations extralégales qui existaient en fait, ce qui était profondément immoral. Le législateur, en permettant le divorce, a été moins hypocrite en même temps que plus moral et plus humain. Bien

plus, il procède à des réformes nouvelles ; il élargit l'institution dans un sens plus rationnel. Il a autorisé le mariage de l'époux adultère avec son complice, il a décidé récemment qu'au bout de trois ans, la séparation pourrait désormais être convertie de plein droit en divorce, sur la demande de l'un quelconque des conjoints ; il a permis dans certains cas la légitimation des enfants adultérins par mariage subséquent et il est à la veille de supprimer le délit d'adultère. Enfin un jour viendra certainement où il permettra le divorce par consentement mutuel et même sur la demande de l'un des époux, sans motifs déterminés : dès lors le Code sera conforme à la morale et les statistiques n'illusionneront plus ceux qui les déchiffreront.

Oui, et je le répète encore, les défenseurs du divorce élargis sont des logiciens émérites et ne s'arrêtent point arbitrairement en chemin comme les partisans modérés. Oui, l'abrogation de l'art 298 du C. civ. n'a été qu'une « pierre qui s'effrite de la vieille geôle des lois (1) » ; oui, le divorce conduit d'une façon inéluctable à la suppression de l'adultère, car l'adultère « n'est autre chose qu'un divorce anticipé, un divorce avant la lettre. (2) » Mais il n'en reste toujours pas moins vrai que la logique la plus impeccable n'arrivera jamais à transmettre à la loi le pouvoir souverain de moraliser un acte en lui-même immoral.

(1) P. et V. MARGUERITE, *op. cit.*, p. 22.

(2) P. BUREAU, *op. cit.*, p. 41.

C. — *L'identité de répression.*

Certains, au contraire, estiment que la répression de l'adultère s'impose, mais qu'elle doit être la même pour les deux époux.

Dans des pages précédentes, j'ai essayé de montrer combien était critiquable l'inégalité de traitement consacré par le Code pénal entre le mari et la femme. Je n'y reviendrai pas ici.

Il reste à se demander si la répression de l'adultère peut se justifier.

J'ai dit, à propos de la distinction que l'on fait communément entre le délit privé et le délit social, qu'une loi, d'une façon générale, doit répondre à plusieurs conditions pour se légitimer. D'abord elle ne doit point violer les principes moraux ; ensuite elle doit être de nature à ne pas frapper dans le vide, c'est-à-dire à produire quelque effet utile.

La première condition ne me semble pas exiger, pour notre sujet, de bien longs développements. La loi, par le fait même qu'elle méconnaîtrait la morale ou édicterait des peines démoralisantes, disposerait contre l'intérêt de la société, qu'elle a au contraire pour mission de protéger. C'est pourquoi rien n'était plus critiquable jadis que les châtimens prononcés par nos anciennes coutumes contre les adultères, tels que la « course des battus » ou la flagellation publique administrée sur le corps nu des coupables. Quant aux principes moraux que la loi doit respecter, ils

varient forcément suivant l'éthique du législateur. Mais toujours est-il que ce dernier n'a pas le droit de transgresser ceux qu'il admet.

La deuxième condition demande quelques explications. Savoir si une loi est susceptible de produire des effets utiles, si elle est capable d'intimider et de réfréner les individus enclins à perpétrer l'acte qu'elle réprime, si par suite la société en retirera un sérieux profit, c'est évidemment là une grande question d'appréciation. On peut faire état d'abord de quelques statistiques, dont il ne faut pourtant se servir qu'avec une excessive circonspection, étant donné que bien souvent elles peuvent s'interpréter de façons tout à fait différentes. On doit aussi s'appuyer sur certaines observations de psychologie, qui permettront d'examiner le résultat de la loi à un point de vue individuel et social. Mais, comme on ne peut pénétrer jusqu'au fond de la conscience des individus et discerner exactement l'effet frénateur que des textes pénaux sont de nature à produire sur eux, comme il est impossible de savoir si, sans la loi, tel homme eût agi ou non de la même manière, le champ de l'appréciation est infiniment large et oblige donc très souvent à s'en rapporter à son propre jugement, basé sur une expérimentation très relative. Mais c'est justement à cause de cette difficulté d'appréciation, que, lorsqu'un acte est considéré comme mauvais pour la société et qu'il peut être l'objet de constatations suffisamment précises, il est nécessaire de l'ériger en délit et de prononcer des peines contre lui, si peu nombreuses que puissent en être les poursuites.

Aussi importe-t-il de ne point se livrer à de fausses considérations pour juger de l'effet d'un fait délictueux. Souvent, pour dénier à une loi son existence, on se base sur l'augmentation des actes qu'elle punit. J'ai déjà dit que l'extension de la criminalité ne prouve point une action totalement inefficace de la loi; il faut tenir compte de certains événements, de l'état des individus plus ou moins réfractaire à cette action, de l'insuffisante sévérité des textes législatifs, ou aussi de l'indulgence trop grande des tribunaux. On n'est pas en droit non plus de demander l'abrogation d'une disposition légale, pour le seul motif que les juges ne l'appliquent plus avec assez de fermeté, sinon ne serait-on pas obligé de conclure à la suppression de tous les articles du Code relatifs au meurtre et au vol, à tous les délits contre lesquels il n'est prononcé que trop souvent des peines dérisoires? Enfin la difficulté que, les parquets et les juges d'instruction peuvent rencontrer dans leurs recherches et dans la réunion des preuves, ne suffit point pour dénier à la loi le droit de sévir. Certains délits se commettent d'une façon flagrante; d'autres au contraire, par leur nature, sont moins aisés à découvrir et à prouver; cela ne veut pas dire cependant que les derniers ne doivent faire l'objet d'aucune sanction utile, car l'on sait parfaitement combien de meurtres et de vols, perpétrés en secret, attirent de condamnations à leurs auteurs.

Mais, pour que la loi puisse produire un effet appréciable, il existe une condition indispensable: c'est que les mœurs aient pour l'acte réprimé suffisamment de réprobation. La loi n'est que le soutien des mœurs et, lorsque

les consciences défont, elle chancelle avec elles et n'exerce plus aucune autorité. C'est ce que M. Bureau traduit en ces termes: « L'action répressive des tribunaux est radicalement impuissante à arrêter la progression d'un délit social, toutes les fois que cette action n'est pas vigoureusement soutenue par un groupe organisé et suffisamment nombreux de citoyens capables d'entraîner derrière eux l'opinion publique (1). » C'est la même idée qu'exprime M. Durkheim à propos de la législation matrimoniale. « Mais, dira-t-on, est-ce que, là où le divorce ne tempère pas le mariage, l'obligation étroitement monogamique ne risque pas d'entraîner le dégoût? Oui, sans doute, ce résultat se produira nécessairement, si le caractère moral de l'obligation n'est plus senti. Ce qui importe, en effet, ce n'est pas seulement que la réglementation existe, mais qu'elle soit acceptée par les consciences. Autrement, si elle n'a plus d'autorité morale, elle ne se maintient plus que par la force d'inertie, elle ne peut plus jouer de rôle utile. Elle gêne sans beaucoup servir (2). »

Ces observations me paraissent très judicieuses. Une loi n'est pas seulement la cristallisation nécessaire de l'opinion publique; elle réagit aussi fortement sur les mœurs; mais cette réaction ne peut se produire qu'à la condition d'être favorisée par l'état de celles-ci.

Si l'on examine la question matrimoniale sous le jour de

(1) P. BUREAU, *op. cit.*, p. 26, *in fine*.

(2) DURKHEIM, *op. cit.*, liv. II, ch. v, § 4, p. 306 note.

ces considérations, que faut-il conclure ? Des pénalités peuvent-elles être effectives, en principe, contre les adultères ? Actuellement peuvent-elles l'être ?

a) Si l'adultère est regardé comme un acte dont l'immoralité nuit à la société, une répression pénale ne me semble pas inutile. Sanction de l'article 212 du Code civil, cette répression est de nature à rappeler efficacement aux époux leur obligation de fidélité et à les retenir dans leur propension à la violer. Et cet effet est susceptible de se produire tant par la crainte qu'elle peut engendrer, que par l'état d'esprit qu'elle peut créer. « La loi et la jurisprudence dit fort bien M. le professeur Tissier, exercent une grande influence par les idées qu'elles répandent dans l'opinion publique, les perspectives qu'elles font entrevoir, les formules qu'elles fixent dans le langage courant (1). »

Aussi des pénalités contre les époux adultères et leurs complices me paraissent devoir être édictées par notre législation ; seulement il convient que ce système répressif ne soit pas sur tous les points celui qu'a consacré le Code pénal.

D'abord la double inégalité entre l'homme et la femme doit disparaître ; le mari doit pouvoir être punissable comme la femme pour adultère isolé commis au dehors du domicile conjugal et la peine applicable doit être la même au cas de faute de l'un ou l'autre des deux époux. Le double corollaire de cette réforme est nécessairement, d'un côté, d'accorder à la femme à l'égard de son mari le

(1) A. TISSIER, *loc. cit.*

même droit de pardon qu'à celui-ci vis-à-vis d'elle ; d'un autre côté, d'étendre l'article 338 à la complice du mari.

Il serait ensuite nécessaire de supprimer la compensation des délits. Lorsqu'un époux coupable rend plainte contre l'autre, on ne voit vraiment pas pourquoi tous deux ne seraient pas punis également : l'intérêt de la société est doublement atteint. Il est vrai que l'adultère n'est poursuivable que sur la plainte de l'époux offensé. Mais cette considération ne peut se justifier dans l'hypothèse présente ; la condition est au contraire doublement remplie.

Quant à la nature des pénalités et à leur taux, j'apporterais volontiers au Code une double modification. Le maximum de deux ans d'emprisonnement me semble bien excessif. Il serait bon, je crois, d'imiter sur ce point les législations étrangères et d'abaisser ce maximum à une année, ce qui ferait en réalité neuf mois avec le régime cellulaire. Mais, par contre, il importerait aussi d'ajouter la déchéance des droits civiques, civils et de famille, en s'inspirant à cet effet du système, indiqué plus haut (1) et proposé par M. Franck. Une certaine amende, proportionnée à la situation du coupable, ne me paraîtrait pas convenir, car elle ne se comprendrait que contre l'homme. Au cas, en effet, où ce serait une femme, qui y serait condamnée, ce ne serait en général pas elle qui aurait à la déboursier. Je sais bien que plus tard, au moment de la liquidation de la communauté par exemple, le montant

(1) V. p. 151 et s.

de cette amende serait dû à la part du mari. Mais n'empêche toutefois que, dans bien des ménages pauvres où les économies sont presque nulles, le mari risquerait souvent de n'être jamais remboursé, et cela à cause de l'adultère de sa propre femme ! Mais, l'interdiction et la déchéance de certains droits me paraissent s'imposer. Il suffirait d'autoriser ou d'ordonner par une disposition particulière de la loi l'application de l'article 42, du Code pénal et de comprendre l'adultère parmi les faits prévus par l'article 2 de la loi du 24 juillet 1889. Sans doute l'homme pourrait être plus puni que la femme, celle-ci ne jouissant pas d'autant de droits que son mari ; mais cette inégalité résulterait de la situation inférieure de la femme que lui a faite le législateur au point de vue politique et civique. Sans doute aussi, — les exceptions sont possibles, et l'homme peut avoir des défaillances, — il y a des maris infidèles qui peuvent être « d'excellents pères (1). » Mais Dieu sait aussi combien il en existe qui, non content de tromper leur épouse, se désintéressent de la vie morale et même matérielle de leurs enfants et sont pour eux le plus détestable exemple ! Du reste, c'est pour cela qu'il conviendrait de n'appliquer à l'adultère que la déchéance facultative.

Il va sans dire que l'excuse de meurtre pour adultère devrait disparaître de l'article 324.

En conséquence, voici à peu près comment il serait à

(1) ELLEN KEY, *op. cit.*, p. 316.

souhaiter que la législation relative à l'adultère se modifiât.

Code pénal. — Art. 336 : « *L'adultère de l'un des époux ne pourra être dénoncé que par l'autre époux.* »

Art. 337 « *Le conjoint adultère subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et un an au plus.* »

En outre ou en remplacement de la peine d'emprisonnement, le tribunal pourra prononcer contre le coupable l'interdiction des droits mentionnés en l'article 42 du présent Code, pendant deux ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où il aura subi sa peine, ou du jour du jugement.

L'époux outragé restera maître d'arrêter l'effet de la condamnation, en consentant à reprendre la vie conjugale.

Art. 338 : « *Le complice de l'époux adultère sera puni des mêmes peines.* »

Les seules preuves qui pourront être admises contre le prévenu de complicité seront, outre le flagrant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu. »

Art. 324 — Abrogation pure et simple.

Loi du 24 juillet 1889, article 2 : « *Pourront être déclarés déchus des mêmes droits :*

7° « *Les pères et mère, condamnés pour adultère ou même en dehors de toute condamnation ».*

Quant aux enfants adultérins il n'est pas douteux qu'il conviendrait d'être plus humain que le Code civil, et de leur accorder des droits plus étendus.

Mais que l'on se garde bien de se laisser entraîner, à leur reconnaître des droits exagérés. La loi doit être humaine, mais il ne faut pas qu'elle suscite l'immoralité et

travaille d'elle-même à la désagrégation sociale. Combien il est bon de s'associer à MM. Margueritte quand ils s'exclament hautement : « Le sort fait aux enfants adultérins est tout simplement monstrueux ! (1) ». Mais combien aussi on regrette qu'en parlant de droit ils infusent dans l'esprit de leurs lecteurs des notions absolument fausses, bien plus qu'affirment des erreurs.

« Même si leur père et mère peuvent se marier, disent-ils, eux ne sont *jamais* reconnus, ils n'ont aucun droit à l'héritage, ils sont sans famille. » L'article 335 du Code civil déclare bien en effet que la reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit d'enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin. Mais que MM. Margueritte veuillent bien se reporter à un traité de droit civil et raisonnent quelques instants; ils se rendront compte que leur affirmation absolue n'est pas fondée. Certes il existe des cas où la filiation adultérine est légalement établie; mais dans beaucoup d'autres cas, rien n'empêche la reconnaissance de l'enfant, l'art. 335 ne recevant ainsi, comme le dit M. Planiol, qu'une *demi-application* (2). Ainsi, quand l'un des deux parents est libre et le reconnaît, la reconnaissance de l'enfant est valable et l'enfant est naturel simple.

Mais, je veux bien croire que les auteurs font en réalité allusion à l'enfant adultérin désavoué par le mari de la

(1) P. et V. MARGUERITTE, *op. cit.*, p. 53.

(2) PLANIOL, *op. cit.*, t. I, n. 1484.

mère; dans ce cas la reconnaissance est en effet impossible et la loi récente du 7 novembre 1907 ne l'a pas permis non plus, sauf dans un cas particulier (1). C'est cette interdiction qui fait dire à MM. Margueritte : « Rien de plus contraire à notre sentiment de l'équité moderne et à l'esprit de notre législation : les fautes sont personnelles, elles ne peuvent retomber sur des innocents ».

MM. Margueritte se trompent; les peines seules sont personnelles, et non pas les fautes. Le Code, contrairement au droit ancien, n'a pas voulu prononcer de peines contre la famille du délinquant; l'auteur d'un acte délictueux doit seul être frappé. Mais est-ce à dire pour cela que les fautes soient personnelles? Loin de là et la vie donne à cette assertion un constant démenti; sur les domaines économique, social et moral, les actes des uns ont une répercussion lointaine, dont profitent mais aussi dont souffrent profondément les autres. Une faillite ou un krach entraînent souvent après eux des ruines commerciales ou des débâcles financières; de formidables escroqueries ou de savantes mystifications peuvent mettre des familles entières dans la désolation; la violation de secrets, la diffamation, le parjure sont de nature à porter de graves préjudices. Dans la famille, il en est tout pareillement. L'insouciance, la témérité, ou le gaspillage d'un père peuvent jeter toute sa famille dans l'infortune la plus navrante; les débauches, l'alcoolisme d'un individu

(1) V. p. 128.

peuvent transmettre des tares affreuses aux générations qui naîtront de lui. Et, quand on sait contempler l'enchaînement de tous les faits sociaux et les conséquences infinies des actes individuels, on se rend compte combien est belle la solidarité humaine et aussi combien est nécessaire toute discipline morale.

Mais, objectera-t-on, la vérité de ces faits, n'est-elle donc pas que trop réelle, et le droit ne doit-il pas remédier aux situations fâcheuses, au lieu de les aggraver au contraire par des dispositions tyranniques et barbares? Ne pousse-t-il pas à « haïr la loi », en traitant comme des parias des êtres innocents des fautes de leurs procréateurs et qui, n'ayant pris, par conséquent, aucune part à l'acte incriminé, ne peuvent même pas être présumés coupables de la moindre imprudence?

On comprend assurément que l'on s'élève contre le Code qui fait une situation vraiment pénible aux enfants adultérins. Ce serait la plus élémentaire justice que de leur accorder plus que de simples aliments, auxquels ils ne peuvent même pas toujours prétendre (1). On pourrait assurément leur reconnaître un certain droit de succession, qui ne nuirait aucunement à ceux des enfants légitimes et naturels simples, par exemple une certaine part de l'hérité, qui serait prise sur la quotité disponible. Mais la situation inférieure, qu'ils ont actuellement et qu'ils auraient

(1) Lorsque le père ou la mère lui a fait apprendre un art mécanique! (art. 764, C. civ.)

nécessairement encore, ne prouve point que la loi prononce des peines non personnelles. La loi se place vis-à-vis des faits. Elle favorise la famille légitime et indissoluble, parce qu'elle la considère comme répondant aux vrais principes de morale sexuelle; aussi en compensation des obligations que les époux s'engagent à observer, elle assure à leurs enfants, issus d'une union légale, des *avantages* pécuniaires, elle leur fait une situation *supérieure*. Les enfants, nés au contraire d'un commerce illicite, ne se trouvent point dans les conditions exigées pour bénéficier des faveurs légales. Ce n'est pas là une peine; bien plus, il peut se faire que l'acte d'adultère, dont résulte un enfant, ne soit pas l'objet de poursuites pénales, et que l'époux trompé pardonne même à son conjoint.

Il n'en reste pas moins vrai, dira-t-on, que l'espèce de déchéance que subit l'enfant adultérin le rend responsable d'une faute de ses parents. Certes, il n'est pas responsable de sa propre naissance; il supporte seulement la conséquence d'un acte paternel ou maternel, malheureux en l'hypothèse, mais qui, au contraire, aurait pu être fort heureux. L'enfant, qui naît dans une famille riche, qui ne manque de rien, qui jouit même du superflu, doit-il plus à lui-même son bonheur que celui qui naît dans un taudis miséreux? On fera sans doute encore remarquer que cette différence de situations résulte de faits et de circonstances auxquels la loi ne peut rien. Mais il est juste de répondre à cela qu'il n'y a point de raison pour qu'elle n'intervienne point lorsqu'il est indispensable de sauvegarder certains

principes sociaux et moraux. Sinon, le raisonnement de MM. Margueritte, si on veut le pousser logiquement jusqu'au bout, conduit à cette conséquence : assimilation complète des enfants adultérins aux enfants légitimes, c'est-à-dire, en termes plus francs et plus lapidaires, consécration légale de l'union libre. Or, pour la loi actuelle et pour tous ceux qui approuvent le principe du mariage soumis à certaines conditions légales, cette solution n'est guère satisfaisante. Certes, elle est souverainement odieuse, l'opinion publique qui jette la pierre aux enfants nés hors mariage et qui pourtant s'amuse des adultères et qui encourage aux unions illégitimes. La naissance irrégulière d'un enfant ne doit point lui attirer de mépris ; c'est l'acte seul de ses auteurs que l'on est en droit de blâmer. Mais néanmoins, la loi serait aussi incohérente que l'opinion publique, si elle faisait à tous les enfants une situation identique.

b) Une réforme du système pénal de l'adultère, dans le sens que je viens d'indiquer, paraît-elle réalisable à l'heure présente, étant donné l'état de notre législation, les mœurs et les tendances générales ?

Dans un pays où le divorce est très répandu, il est peu rationnel que l'adultère soit l'objet d'une répression (1).

(1) Dans une étude très intéressante, M. Ferrero, *loc. cit.*, recherche quelle base on pourrait donner actuellement à une législation rationnelle de l'adultère. Il distingue plusieurs types d'adultères femmes : 1° les *vicieuses*, c'est-à-dire celles qui recherchent de nombreux amants et ressemblent ainsi aux prostituées. Ce sont des

Là, comme je l'ai dit plus haut, l'adultère n'est en réalité que la résiliation d'un contrat par la volonté d'un seul, c'est un divorce anticipé. On pourrait dire toutefois qu'au contraire il conviendrait de punir sévèrement l'infidélité conjugale, puisque le divorce permet de se libérer légalement. Ce serait s'attacher la à un formalisme bien étroit, peu conforme à notre époque. En France, alors que l'indissolubilité matrimoniale n'est plus guère qu'un vague idéal, il est tout à fait logique de réclamer la suppression des peines d'adultère en même temps que l'élargissement du divorce. On se leurrait certainement d'espérer un brusque revirement de notre législation en ces matières ; ce ne serait même point chose à souhaiter, si cela se pouvait. Avant de procéder à une réforme légale du mariage il est indispensable de travailler à une tâche autrement ardue, à une réforme morale.

déclassées, des dégénérées. Toute peine serait inutile contre elles. Il suffirait d'accorder à leurs maris le divorce et de donner leurs dots à leurs enfants ; 2° les *occasionnelles*, celles dont le « crime est l'effet des conditions anormales, pathologiques du mariage moderne. » On ne doit leur infliger également aucun châtement. Elles ne sont guère responsables ; 3° les *légères* et les *fantastiques*, qui ne sont pas foncièrement mauvaises, mais se laissent entraîner facilement ; leur sens moral n'est pas intègre. Pour elles, il faudrait renouveler les peines de Justinien et les enfermer dans un monastère pendant un ou deux ans ; le milieu religieux leur serait très profitable. Si après deux ans leurs maris ne les reprenaient pas, le divorce serait possible.

Cette division tripartite des adultères, est curieuse et juste en tant qu'étude de psychologie. Comme base d'une législation, elle paraît impraticable.

CONCLUSION

Par l'étude précédente, on a pu voir que, depuis la plus haute antiquité, l'adultère, tout au moins celui de la femme, a été considéré comme un acte répréhensible, et que les législations, dont le but est de réglementer la vie sociale, ont senti le besoin de donner à leurs prescriptions matrimoniales des sanctions pénales. Ces pénalités, à certaines époques ont été extrêmement rigoureuses et la mort ne semblait pas être un châtement disproportionné. Il en fut ainsi au moyen âge. Seul, le droit canonique fut humain, ne prononçant que des peines spirituelles ou la réclusion dans un monastère et donnant à la notion du pardon une portée particulière. Mais, peu à peu et déjà sous l'ancien régime, les pénalités s'atténuèrent, les juges ne les appliquèrent que très rarement, et l'on s'aperçut qu'une excessive sévérité ne les rendaient pas plus efficaces. On vit bien, en effet, qu'en matière d'adultère notamment, la loi pénale n'a qu'une action limitée et qu'il ne faut point attendre d'elle des résultats excessivement fructueux. Au xviii^e siècle, Fournel le faisait déjà remarquer. « L'ins-

titution des peines est une suite de l'imperfection des lois humaines. Il y aurait eu beaucoup plus d'habileté de trouver un moyen de prévenir les crimes; cette précaution serait surtout précieuse en fait d'adultère (1). Sous la Révolution, l'amour de la liberté individuelle conduisit logiquement à supprimer toute répression de l'infidélité conjugale, en même temps qu'à donner aux citoyens la facilité la plus large de dissoudre leurs unions légitimes. Le Code Napoléon conserva le divorce avec quelques notables restrictions cependant, mais le Code pénal, contrairement à la Révolution, fit de l'adultère un délit, qu'il considéra, comme toutes les législations antérieures, plus grave de la part de la femme que de la part de l'homme. Le divorce, supprimé en 1816, fut rétabli en 1884; et actuellement nous vivons encore sous l'empire de la législation criminelle de 1810. En fait, la loi du divorce est de plus en plus utilisée et, au contraire, les dispositions qui répriment l'adultère ne reçoivent qu'une application ridicule. On veut aller encore plus loin : la tendance du jour est d'élargir de plus en plus le divorce et de supprimer complètement les pénalités contre l'adultère.

Cette tendance n'est assurément pas générale. Beaucoup de français s'en émeuvent au contraire sincèrement et y opposent une certaine résistance. Mais malheureusement, un trop grand nombre d'entre eux ne comprennent point que le remède à une situation aussi critique ne peut

(1) FOURNEL, *op. cit.*, p. 391.

pas provenir de la loi, mais d'une profonde transformation morale des consciences. Ce n'est pas actuellement, étant donné l'état d'esprit général, que le législateur pourrait décréter à nouveau l'indissolubilité absolue et modifier la répression de l'adultère dans un sens rationnel et juste; et alors même qu'il le pourrait, une telle réforme légale ne tarderait pas à rester sans effets, les mœurs n'étant pas aptes à en comprendre la nécessité. Aussi, la chose à laquelle il importe de songer avant tout, c'est de procéder à une réforme morale. Mais il faut bien se convaincre que celle-ci ne peut se faire, si l'on cherche seulement à inculquer aux esprits les idées d'indissolubilité et de fidélité : il faut travailler, chacun individuellement, à une transformation complète de la morale sexuelle (1).

Rien de bien étonnant que l'adultère soit si répandu, quand on réfléchit à la conception que la plus grande partie des individus se font du mariage. Les époux ne cherchent neuf fois sur dix dans le mariage que des jouissances personnelles, physiologiques ou pécuniaires, le détournant de son véritable but et esquivant à toute espèce de sacrifice individuel. (2) L'égoïsme seul préside à l'union conjugale, qui ne doit être au contraire fondée que sur des sentiments d'amour, de dévouement, de sacrifice et de

(1) Je ne puis m'étendre longuement dans cette conclusion sur les causes de l'adultère. Une étude spéciale serait nécessaire pour cet examen.

(2) Ces idées ainsi que celles qui vont suivre, ont été déjà développées dans ma brochure, *Mariage et préjugés*.

respect, qui n'est pas une association, mais une fusion totale de deux êtres. On se supporte si on peut, mais on ne fait pas effort pour se supporter ; l'assouvissement de ses propres désirs prime le sentiment du devoir. Or la fidélité ne peut exister que si l'on a ce sentiment. On prétend souvent que la fidélité n'est possible que tant que dure l'amour, et cette idée vient de faire le sujet d'une pièce récente de MM. Caillavet et R. de Flers, *l'Amour veille*. L'amour serait le seul garant de l'union fidèle des époux. Mais M. Fonsegrive a montré très justement qu'une telle idée est fautive au plus haut point : « Il faut dire au contraire que, tant que dure l'amour, il n'y a pas à vrai dire de fidélité, car l'amour enchaîne les sens et la fidélité est une œuvre de la raison... Ce qui fait que deux époux constamment épris l'un de l'autre méritent vraiment le nom de fidèles, c'est que l'amour ne les absorbe pas tout entiers, c'est qu'ils peuvent raisonner leur état, s'y plaire et le vouloir en toute conscience et connaissance de cause (1). » Et, de son côté, M. Gabriel Monod affirme catégoriquement que l'amour ne peut durer que si l'on a le sentiment du devoir et la volonté de le faire durer (2). L'égoïsme dans le mariage se manifeste aussi d'une façon désastreuse par la réduction de plus en plus grande du nombre des enfants, par le néo-malthusianisme, depuis longtemps pratiqué en fait, mais qui à l'heure présente

(1) FONSEGRIVE, *op. cit.*, p. 295.

(2) ELLEN KEY, *op. cit.*, préface de Gabriel MONOD, p. XXII.

devient l'objet d'une propagande publique (1). Comment s'étonner que, ne craignant point de dévier le mariage de son but normal, on n'ait aucun scrupule de méconnaître l'une de ses conditions *sine qua non* de sa moralité : la perpétuation de la race !

D'autre part, l'éducation que reçoit la jeunesse n'est guère faite pour la préparer sainement au mariage.

Les parents, au lieu de mettre tout leur orgueil à imprégner l'esprit de leurs fils d'idées pures et élevées, osent rarement les entretenir d'une question aussi grave, leur en montrer toutes les responsabilités qui incombent aux époux bien avant le mariage, et les inciter à réagir contre le milieu pour se conserver chastes. Bien au contraire, suivant le préjugé de l'opinion publique que les jeunes gens ont besoin de s'amuser, ils les engagent expressément ou tacitement à passer leur jeunesse... Dieu sait comment ! On trouve ainsi tout naturel que les jeunes gens assouvissent leurs passions quand ils sont garçons, et l'on voudrait qu'ils ne conservent point souvent dans leurs unions légitimes leurs goûts de débauche et de changement, contractés bien longtemps auparavant. Quant aux jeunes filles, l'éducation étroite qu'on leur donne en général et qui entraîne trop souvent d'affreuses désillusions, n'est pas de nature à leur inculquer une conception élevée du mariage et à leur apprendre qu'il convient, dans le choix d'un fiancé, de se laisser influencer moins

(3) V. les pages vigoureuses et admirables de P. BUREAU, *op. cit.*, p. 53.

par des considérations de fortune ou de situation, que par des garanties de moralité.

Notre littérature contemporaine, romans ou pièces de théâtre, n'est pas non plus le moindre facteur de la démolition conjugale. « Derrière le brouillard des illusions philosophiques, écrit M. G. Séailles, regardez la réalité... une littérature détachée de la conscience populaire, qui, dans l'angoisse de tant de problèmes posés, ne se lassoient pas de conter les petits drames de l'entresol, l'avant, le pendant et l'après de l'adultère (1) ».

S'il n'y avait que cette littérature, le mal serait encore limité. Mais, on sait combien sont nombreuses et variées les productions honteuses de la pornographie, à laquelle, si vaillamment, M. le sénateur Bérenger s'est attaqué, combien sont néfastes les relations des crimes passionnels et immoraux, que la grande presse détaille de plus en plus pour tirer profit de la corruption de ses lecteurs (2).

Si l'on ajoute à ces causes les effets terribles de l'alcoolisme, l'affaiblissement du sentiment du devoir et de responsabilité, la disparition progressive de la notion de sacrifice, l'émasculation des énergies, la peur de l'effort et aussi la substitution du matérialisme jouisseur et insouciant à l'idéalisme fécond et désintéressé, on ne doute point que les mœurs actuelles soient un excellent bouillon de culture pour l'adultère.

(1) Gabriel SÉAILLES, *Les affirmations de la conscience moderne*, p. 150.

(2) V. la campagne par le *Relèvement social*.

Une réforme légale ne pourra donc s'effectuer en France que s'il s'opère préalablement une transformation profonde des mœurs. La loi, il est urgent de le répéter, ne peut produire d'effet utile, que si elle se trouve soutenue par un nombre suffisant de citoyens et approuvée par leur conscience. Mais si, au contraire, elle n'est qu'une simple inscription typographique discréditée auprès de l'opinion publique et même plus observée pratiquement par ceux qui théoriquement s'en déclarent les plus chauds partisans, elle n'a plus qu'un intérêt historique et n'est plus bonne qu'à placer dans un musée législatif.

Tous ceux qui sont intimement convaincus de cette vérité, que le mariage ne saurait être moral s'il n'est indissoluble et qu'une législation matrimoniale, qui admet le principe du divorce, aussi restreinte en soit l'application, doit s'attendre tôt ou tard à un effritement progressif sous la logique même des choses, tous ceux-là, quelles que soient leurs opinions politiques, leurs conceptions philosophiques et leurs croyances religieuses, doivent s'unir fraternellement pour réagir contre les effets déplorables du divorce.

Mais ils doivent bien se persuader qu'eux-mêmes ne persuaderont les autres et n'aboutiront à quelque succès ni par l'intolérance, ni par l'hypocrisie, ni par la force légale. Ils doivent être intransigeants dans leur conviction, mais tolérants à l'égard de ceux qui sincèrement ne pensent pas comme eux. Ils ne doivent point se contenter de paroles éloquentes ni de sombres prédictions ; ils doivent surtout travailler à apporter des faits personnels, et à conformer leur

vie à leurs principes, dussent-ils en souffrir et faire certains sacrifices. Ils doivent enfin, avant de réclamer des lois qui ne pourraient recevoir aucune utile application, se dépenser eux-mêmes et préparer par leurs propres efforts l'opinion publique. Alors, et cela dans un nombre indéterminé d'années, lorsque l'union indissoluble sera devenue un fait, et non plus un souhait, pratiquée par un nombre suffisant de citoyens, que l'opinion s'apercevra que le prétendu droit au bonheur individuel peut conduire une société à sa ruine, alors seulement la loi pourra être utile et fructueuse, soit qu'elle prohibe le divorce, soit qu'elle réprime l'adultère. Elle sera conforme en outre à la vraie morale sociale, celle de l'Évangile.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE	
Histoire.	
CHAPITRE I. — L'ADULTÈRE AVANT JÉSUS-CHRIST	13
CHAPITRE II. — LA MORALE ÉVANGÉLIQUE.....	23
CHAPITRE III. — LA LÉGISLATION CANONIQUE.....	37
1. — <i>Les principes</i>	43
2. — <i>La répression de l'adultère.</i>	
§ 1 ^{er} . — Compétence et procédure	48
§ 2. — Pénalités.. ..	52
CHAPITRE IV. — L'ANCIEN DROIT.....	62
I. — <i>Les sources</i>	69
II. — <i>La répression de l'adultère.</i>	
§ 1 ^{er} . — Compétence et procédure.....	70
§ 2. — Pénalités.....	73
A. — <i>Peines criminelles.</i>	
1. — <i>Peines contre la femme</i>	77
2. — <i>Peines contre le complice</i>	84

3. — <i>Peines contre le mari</i>	88
B. — Peines civiles.	
1. — <i>Peines contre la femme et le complice</i>	92
2. — <i>Peines contre le mari</i>	96
CHAPITRE V. — LE DROIT INTERMÉDIAIRE	98
SECONDE PARTIE	
Législations contemporaines.	
CHAPITRE I. — DROIT FRANÇAIS	105
§ 1 ^{er} . — Compétence et procédure	107
§ 2. — Pénalités	111
A. — Peines criminelles.	
1. — <i>Peine contre la femme</i>	112
2. — <i>Peine contre le complice</i>	114
3. — <i>Peine contre le mari</i>	115
4. — <i>Peine contre la concubine</i>	119
B. — Conséquences civiles.	
1. — <i>Rupture du lien conjugal</i>	120
2. — <i>Domages et intérêts</i>	122
3. — <i>Autres conséquences</i>	124
4. — <i>Ancienne prohibition de mariage</i>	126
5. — <i>Condition des enfants adultérins</i>	127
CHAPITRE II. — LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES	130
A. — Pays d'inégalité.	
1. — <i>Belgique</i>	131
2. — <i>Italie</i>	132
3. — <i>Espagne et Portugal</i>	134
B. — Pays d'égalité.	
1° Système : Délit pénal distinct.	
1. — <i>Autriche</i>	135
2. — <i>Pays-Bas</i>	135

3. — <i>Russie</i>	135
4. — <i>Cantons de Suisse</i>	136
3. — <i>Danemark</i>	137
2° Système : Délit pénal conditionnel.	
1. — <i>Allemagne</i>	137
2. — <i>Hongrie</i>	138
3. — <i>Cantons de Suisse</i>	138
4. — <i>Suède</i>	138
3° Système : Absence de délit pénal	139

TROISIÈME PARTIE**Tendances actuelles et critique.**

CHAPITRE I. — TENDANCES ET PROJETS DE RÉFORMES.

CHAPITRE II. — EXAMEN ET CRITIQUE.

I. — L'excuse de meurtre	153
II. — La répression de l'adultère :	
A. — Le Code pénal	159
B. — La Suppression des peines	175
C. — L'identité de répression	228

CONCLUSION	243
------------------	-----

APPENDICE

Depuis l'impression de cette étude, les « élargisseurs » du divorce ont donné une nouvelle preuve de leur logique indéfectible.

En premier lieu, une loi récente a été votée, le 5 juin dernier, par la Chambre des députés, qui l'avait renvoyée une première fois au Sénat pour modifications. Désormais « *lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement sera de droit converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux* ». Remarquez que le divorce peut ainsi être réclamé même par l'époux coupable. Ainsi, le droit que consacre le nouvel article 310 peut être considéré comme une répudiation embryonnaire.

En second lieu, dans sa même séance, la Chambre a voté une proposition de loi qui étend à tous les enfants adultérins le bénéfice de la légitimation. On a vu plus haut, page 129, que, grâce à une loi du 9 novembre 1907, les enfants adultérins pouvaient être, dans certains cas seulement, légitimés par mariage subséquent de leurs parents, (enfants désavoués par le mari ou nés plus de 300 jours après l'ordonnance du président prévue par l'art. 278 C. proc. civ.). La Chambre, quand elle avait eu à se prononcer la première fois, avait accepté que le bénéfice de la loi s'étendît à tous les enfants. Mais le Sénat avait exigé des modifications.

M. Violette est revenu à l'assaut et a proposé à la Chambre d'étendre la loi du 9 novembre 1907 à tous les enfants adultérins, quels qu'ils fussent, et la Chambre a acquiescé à sa demande par 375 voix contre 101, soit par 274 voix de majorité.

Que décidera le Sénat? S'il vote dans le même sens que la Chambre, l'union libre sera presque complètement substituée au mariage monogamique; il ne suffira plus que d'un léger coup de pouce pour renverser les derniers vestiges de l'ancienne institution matrimoniale et le geste suprême, je le répète à dessein, sera aussi logique que les précédents.

Je sais bien que M. Violette a déclaré à la Chambre que la nouvelle loi qu'il proposait, loin de porter atteinte au mariage, le renforçait bien au contraire en lui donnant un intérêt bien plus considérable. Mais un esprit réfléchi ne saurait se laisser égarer par une telle affirmation, qui n'est autre qu'une naïveté ou un trompe-l'œil. Qu'importe en effet que le mariage trouve de plus nombreux amateurs, s'il peut se rompre plus facilement! Encore une fois le mariage ne vaut et ne peut être respecté que s'il repose sur certaines conditions de moralité. Or, — pourquoi ne pas le dire avec franchise et loyauté? — le mariage légal, tel que le Parlement l'a transformé jusqu'à présent et tel qu'il le rêve pour l'avenir, est infiniment moins moral que le concubinage d'un homme et d'une femme qui se jurent mutuellement fidélité et en fait ne violent point leur serment.

ERRATUM

Sans relever les simples erreurs typographiques commises dans le présent ouvrage, il est bon toutefois de rectifier les principales fautes de nature à changer le sens des phrases. Ainsi il faut lire :

Page 147, ligne 18, *moral* au lieu de physique ;

Page 183, ligne 9, *les seconds* au lieu de le second ;

Page 183, ligne 14, *qui les lèsent* au lieu de qui la lèsent ;

Page 230, ligne 23, *et* au lieu de car ;

Page 248, note 2, *du* au lieu de par le.

Il faut également intercaler page 210, note 1, entre « M. Fonsegrive » et « a exposée », *se fait du mariage et qu'il.*



Angers, imprimerie Lachese et Cie, Siraudeau, successeur. 08 2150

