

Richard, G. (avocat à la Cour royale de Paris). Faculté de droit de Paris. Des Droits du mari sur la personne et les biens de sa femme en droit romain, et de l'incapacité de la femme mariée en droit français. Thèse pour le doctorat... par G. Richard,..... 1865.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici pour accéder aux tarifs et à la licence](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

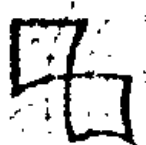
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.



FACULTE DE DROIT DE PARIS

INSTITUT NATIONAL D'ÉTUDES SCIENTIFIQUES ET LITTÉRAIRES

DES DROITS DU MARI

sur la personne et les biens de sa femme.

EN DROIT ROMAIN

DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

L'AGNE PÉTIT SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS SERA SOULENÉ

Le Mercredi 22 Janvier 1865, à une heure et demie,

ENTRESENEUR M. L'INSECTEUR GIRAUD

1^{er}

G. RICHARD

AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE DE PARIS.

PRÉSIDENT M. DEMANGEAT

MM. VALETTE

RONNIER

COLMET DE SANTERRE

GIDE

PROFESSEURS

VALETTE

SURVEILLANTS

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

PARIS

IMPRIMERIE RENOU ET MAITRE

100, RUE RIVOLI, 112

1865



FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES DROITS DU MARI

SUR LA PERSONNE ET LES BIENS DE SA FEMME

EN DROIT ROMAIN

DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Le Mercredi 22 Février 1865, à une heure et demie,

EN PRÉSENCE DE M. L'INSPECTEUR GÉNÉRAL GIRAUD

PAR

G. RICHARD

AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE DE PARIS

PRÉSIDENT : M. DEMANGEAT

MM. VALETTE

BONNIER

COLMET DE SANTERRE

GIDE

PROFESSEURS

AGRÉGÉ

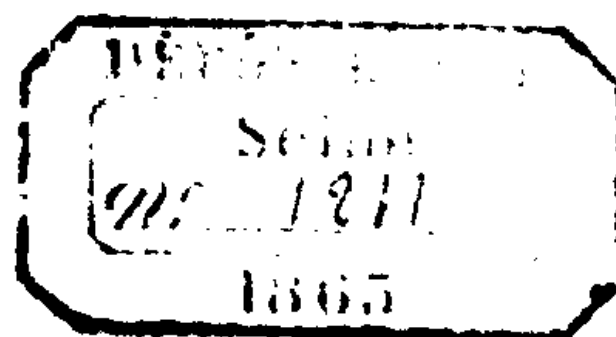
**Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.**

PARIS

IMPRIMERIE RENOU ET MAULDE

Rue de Rivoli, 144

1865



43475

(11)

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MON ONCLE

(C.)

INTRODUCTION

S'il est une institution qui ait varié avec le temps, et pris des formes diverses suivant les différents peuples chez lesquels on l'étudie, c'est certainement la capacité des femmes mariées. Rome ancienne nous apparaît avec sa *manus*, le Bas-Empire nous présente son mariage libre; et la Germanie a son *mundium*, première origine du système de protection qui règne encore aujourd'hui. Au milieu de ces variations, en face de législations si diverses, attestant des mœurs si différentes, on est porté à pénétrer jusqu'au fond des choses et à rechercher quelle doit être, devant la simple raison, la capacité de la femme mariée.

C'était un principe généralement admis chez les Romains, que la femme devait être frappée d'incapacité à cause de sa faiblesse naturelle et de son ignorance des affaires, « *propter fragilitatem sexus et rerum forensium ignorantiam.* »

Principe absurde et qui ne peut se soutenir en raison, suivant l'expression d'un jurisconsulte romain lui-même. Car enfin est-il vrai de dire que la nature ait été peu généreuse envers la femme, qu'elle lui ait départi moins de raison qu'à l'homme? L'intelligence est-elle donc l'apanage de ce dernier, et l'énergie est-elle un don qui n'ait été fait qu'à lui? L'expérience a depuis longtemps prouvé qu'il n'en était pas ainsi. Si l'on permet d'ailleurs aux femmes d'être propriétaires, créancières, et, pourrait-on ne pas le leur permettre? d'avoir une personnalité civile, sujet actif et passif des droits, pourquoi leur en refuserait-on l'exercice? Quelle raison pourrait l'autoriser? On comprend que l'on soumette à des mesures protectrices ceux dont la folie a troublé la raison, ou ceux chez qui un âge encore trop tendre empêche son complet développement : aucune raison semblable ne peut faire imposer aux femmes cet asservissement. Leur intelligence n'est point si bornée qu'elles ne puissent s'occuper de ces modestes détails d'administration qui ne demandent qu'un peu de bon sens, uni à un peu de savoir-faire.

Si nous ne reconnaissons pas contre la femme d'incapacité naturelle, nous n'irons cependant pas jusqu'à dire que la femme mariée doive jouir d'une capacité pleine et entière. Il est quelquefois des nécessités de position qui réduisent au

rang d'incapable celui qui a été jusque-là dans l'exercice de tous ses droits : c'est ainsi que le majeur de vingt-un ans, qui peut se marier sans le consentement de personne, s'il n'a aucun ascendant, ne le peut plus, s'il a encore son père ou sa mère ou l'un de ses ascendants ; c'est ainsi encore que l'individu, capable d'adopter, ne peut, s'il se marie, exercer ce droit qu'avec le consentement de son conjoint. Semblable est la position de la femme mariée. Comme toute association de personnes, la famille ne peut exister sans une direction unique, sans une volonté prépondérante, sans un chef en un mot. Ce chef ne doit être et ne peut être que le mari : c'est lui que désigne le plus simple bon sens, et tel fut l'arrêt suprême sorti de la bouche de Dieu aux premiers jours de l'humanité : *Et eris sub potestate viri* (Genèse, ch. iv). La femme doit donc obéissance à son époux, et de cette soumission découle nécessairement pour elle une incapacité civile. Comment, en effet, l'autorité du mari serait-elle sérieuse et efficace, si les actes les plus importants lui échappaient ? Ne serait-elle pas un vain nom, si la femme pouvait, libre maîtresse de sa fortune, vendre, donner ses biens, en dissiper le prix en folles dépenses ? Le chef de famille pourrait-il remplir son devoir de protection vigilante sur la personne de sa femme et aussi sur ses intérêts pécuniaires ? Assurément non, les législations qui accordent à

la femme mariée cette indépendance dange-
reuse, lorsqu'il y a auprès d'elle un tuteur naturel
et dévoué, ne comprennent pas les véritables ca-
ractères du mariage ; elles mettent en péril l'unité
si désirable et si nécessaire qui doit toujours pré-
sider à la direction de la famille. Si elles lui
reconnaissent un chef, ce n'est que pour lui en-
lever tout pouvoir, et elles ne lui laissent même
pas la possibilité de veiller à la conservation de
ce qui doit être un jour le patrimoine des enfants
communs. Telle fut la législation romaine : chez
elle la femme mariée put tout ou ne put rien, et,
pour étudier ce qui concerne sa capacité, nous
sommes forcés d'étudier les droits du mari sur la
personne et les biens de la femme. Les Germains
apportèrent un tout autre principe, et c'est ce
principe qui pénétra dans notre ancienne législa-
tion française et qui, quoique modifié, forme en-
core le fond de notre législation actuelle.

PREMIÈRE PARTIE

DES DROITS DU MARI

SUR LA PERSONNE ET LES BIENS DE SA FEMME

EN DROIT ROMAIN

Les droits du mari, soit sur la personne, soit sur les biens de sa femme, ont beaucoup varié suivant les différentes époques qui se partagent l'histoire du droit romain. Etendus au delà de toute expression dans l'antique Rome, ils s'amoindrirent peu à peu, et, marchant de restrictions en restrictions, finirent par devenir presque nuls sous le Bas-Empire. Au commencement la *manus* met la femme dans la même situation que si elle était la fille de son mari ; mais bientôt la *manus* n'accompagne pas nécessairement le mariage : le mariage libre apparaît, se multiplie et d'exception finit par devenir la règle. Le mari dès lors n'a plus de pouvoirs que sur les biens dotaux ; la femme, quant à sa personne et quant à ses paraphernaux, jouit de la plus grande indépen-

dance. Nulle autorisation ne lui est nécessaire, nulle autorité ne domine la sienne : assurément, les textes parlent de la soumission dans laquelle elle doit être vis-à-vis de son mari, mais la facilité avec laquelle elle peut divorcer fait de ces textes une lettre morte et de ce devoir d'obéissance une loi sans sanction. Enfin, le faible pouvoir qui reste au mari est encore restreint par la loi Julia : défense lui est faite d'aliéner le fonds dotal, malgré son droit de propriété. Telles sont les différentes phases qu'ont parcourues les droits du mari sous l'empire de la législation romaine. Nous les étudierons dans deux périodes distinctes : dans la première, qui nous conduira depuis la fondation de Rome jusqu'à la fin de la République, nous étudierons l'institution de la *manus*, l'origine du mariage libre et la première apparition de la dot et de la paraphernalité. Dans la seconde, qui nous conduira jusqu'à Justinien, nous nous occuperons des pouvoirs du mari sur les biens dotaux, et des droits conservés par la femme sur ces mêmes biens.

PREMIÈRE PÉRIODE.

Le droit romain de cette époque distinguait deux sortes de mariages : le mariage avec *manus*, et le mariage sans *manus*, que les commentateurs ont appelé le mariage libre. Ce serait une erreur de croire que cette distinction portât sur le fait même du mariage, et que le *justum matrimonium*, tantôt produisît la *manus*, tantôt ne la produisît pas. La

manus ne découlait pas du mariage lui-même, elle naissait à son occasion ; mais elle naissait de certains faits qui s'ajoutaient au mariage, qui le complétaient en quelque sorte, mais sans lesquels il pouvait exister. Ces faits sont d'après Gaius la *coemptio*, l'*usus* et la *confarreatio*.

§ 1^{er}. — *Coemptio*.

« La *coemptio* a lieu au moyen d'une vente simulée, faite en présence de cinq témoins et d'un porte-balance : la femme est vendue et le mari l'achète. » (Gaius, *Comment.* 1, § 113.)

Certains auteurs ont prétendu qu'il y avait acte réciproque, et que, dans le but d'établir l'égalité entre les deux époux, la femme achetait son mari tout aussi bien que celui-ci achetait sa femme. Deux textes ont été présentés à l'appui de cette opinion : l'un de Nonius, de *Proprietate* (*Sermon.* 12-50), est ainsi conçu : « Dans l'ancienne loi romaine, la femme avait coutume d'apporter au mari trois *as* : l'un qu'elle prenait à la main était livré au mari, *tanquam emendi causâ*..... » L'on en conclut que la femme en donnant un *as* à son mari était censée l'acheter. — Mais, si Nonius parle d'un achat, il ne dit point quel est l'objet qui doit être acheté : cela peut être la protection du mari ; de même que la femme était censée acheter, au moyen des deux *as* restant, la protection des dieux lares de la famille, dans laquelle elle entrait, de même elle pouvait

feindre d'acheter celle de son mari. Quant au mari lui-même, il ne peut être question de lui dans la phrase de Nonius. Ce texte, en effet, se rapporte à tous les mariages, même à ceux qui ne sont pas accompagnés de *coemptio*. Or, peut-on dire que, pour rétablir l'égalité, la femme achetât son mari, alors que celui-ci ne l'achetait pas elle-même ?

Le second texte est de Boece (*Comment. des Topiques de Cicéron*). Il est entièrement contradictoire avec le texte si simple de Gaius, auquel il est du reste postérieur : Boece paraît avoir fait une confusion manifeste et n'avoir pas bien compris ce qu'était la *coemptio*. Nous pensons donc qu'il n'y avait dans la *coemptio* qu'un seul achat, l'achat de la femme par son mari.

La *coemptio* DUT ÊTRE employée dans la très-ancienne Rome ; l'achat de la femme fut en effet la première formule de mariage du genre humain ; il se retrouve chez tous les peuples à leur origine et dans leur période d'enfance, et il est peu probable que les Romains, qui connurent plus tard la *coemptio*, aient fait exception à une règle aussi générale.

La *manus* dut donc accompagner toujours les premiers mariages des Romains. Combien de temps dura cet état de choses ? nous l'ignorons, et aucune date précise ne peut être fixée. Toujours est-il que lors de la loi des Douze Tables, le mariage libre était déjà connu. Cette loi, en donnant à la femme un moyen d'échapper à la *manus* que le mari pourrait acquérir par l'*usus*, prouve en effet que, depuis longtemps déjà, la *coemptio* n'accompagnait pas toujours

le mariage, et que l'*usus* avait déjà joué un autre rôle.

La *coemptio*, dans les premiers temps, dut avoir lieu sans le consentement de la femme, si les parents consentaient. Mais dès que le mariage libre fut connu, et que la femme, en s'absentant du domicile conjugal pendant trois nuits, put se soustraire à la puissance maritale, nous croyons que son consentement devint nécessaire. La *manus*, en effet, produisait bien plutôt les effets de l'adoption que ceux du *mancipium* : or si le père de famille avait le droit de vendre ses enfants, il ne pouvait les donner en adoption sans leur consentement au moins tacite.

Mais ce consentement n'était pas suffisant si la femme était en tutelle : il devait être accompagné de celui des tuteurs. Cette solution découle des principes mêmes de la tutelle, et Cicéron nous le dit de la manière la plus formelle dans son discours *pro Flacco*.

§ 2. — *Usus*.

L'*usus* était une sorte d'usucapion qui faisait que le mari acquérait la *manus* sur sa femme par un certain laps de temps.

« De même que l'on acquiert par l'usage, si l'on
« a la possession annale, nous dit Gaius, de même
« la femme entre dans la famille de son mari et
« tombe sous sa puissance, si après son mariage
« elle passe une année entière au domicile de son
« mari. Pour éviter cette *conventio in manum* elle

« doit chaque année s'absenter pendant trois nuits. »

On comprend que l'acquisition de la *manus* par l'usage ne pouvait avoir lieu alors qu'il y avait eu *coemptio*. Ce n'était que lorsque la puissance maritale ne lui appartenait pas en vertu d'un achat, que le mari pouvait encore l'usucaper. Dans les premiers temps, où nous pensons que la *coemptio* était la règle générale, il ne pouvait y avoir place pour l'*usus*; mais lorsque la *coemptio* cessa d'accompagner toujours les mariages, alors l'usucapion de la *manus* prit naissance. Le texte de Gaius nous montre qu'elle existait même avant la loi des Douze Tables, et que les décemvirs ne firent que réglementer les délais, afin d'éviter les incertitudes qui pouvaient s'élever sur le temps plus ou moins long nécessaire pour l'*usurpatio* (1).

L'*usucapio* ne pouvait avoir lieu sans le consentement des agnats ou du père (Cicer., *pro Flacco*). Le consentement de la femme était aussi nécessaire, et si le mari avait voulu l'empêcher par violence de découcher pendant les trois nuits entières fixées par la loi, sa position aurait été regardée comme vicieuse et n'aurait produit aucun effet.

§ 3. — *Confarreatio*.

La *confarreatio* était une cérémonie religieuse,

(1) « Lege duodecim Tabularum cautum erat, si quo nollet eo modo (usu) in manum mariti convenire, ut quotannis trinoclio abesset, atque ita usum cujusque anni interromperet. » Gaius, c. 1, § 3.

une espèce de sacrifice, pour me servir des expressions de Gaius. Elle avait lieu en présence de dix témoins; un pain de farine de froment était, ou bien émiellé sur la tête de la victime, ou bien partagé par les époux qui le mangeaient comme une sorte de communion, et l'on y prononçait certaines paroles solennelles qui ne sont pas parvenues jusqu'à nous. « Rien de plus religieux parmi les *sacra* que « la *confarreatio*, » écrit Pline dans son *Histoire naturelle*.

Mais pourquoi ce sacrifice, ces paroles solennelles, alors que la *manus* pouvait être acquise par une simple *coemptio*? D'après Gaius (*Comment.* 1, § 112), les grands flamines : Diales, Martiales, Quirinales, et les rois des sacrifices ne pouvaient être choisis que parmi des personnes nées *ex nuptiis confarreatis*; et Tacite (*Histoire*, liv. IV, chap. 53) nous apprend que pour les cérémonies qui accompagnèrent la reconstruction du Capitole sous Vespasien, ce furent des enfants *patrimi* et *matrimi*, c'est-à-dire dont les parents étaient *confarreati*, qui vinrent jeter l'eau lustrale avec les vestales (1). La *confarreatio* avait donc une portée tout à fait religieuse. Sous la république elle devait être exigée pour tous les sacerdoces spéciaux, et l'on comprend dès lors que les patriciens dont les enfants étaient appelés à remplir ces sacerdoces durent l'employer de préfé-

(1) « Quod jus etiam nostris temporibus in usu est, nam flamines majores, id est Diales, Martiales, Quirinales, sicut reges sacrorum, nisi sint confarreatis nuptiis nati inaugurari non videmus. » Gaius, c. 1, § 112.

rence à la *cocemptio*. Il n'en est pas de même des plébéiens; pendant toute la république ils ne furent point appelés aux fonctions de flamines majeurs ou de rois des sacrifices; la *confarreatio* leur fut donc inutile, et très-probablement ne fut pas employée par eux.

Pour la *confarreatio* comme pour la *mancipatio* et pour l'*usus*, il fallait non-seulement le consentement du chef de famille ou des agnats, mais il était encore nécessaire de celui de la femme.

CHAPITRE II.

EFFETS DE LA *MANUS*.

La femme entre par la *conventio in manu* dans la famille de son mari; elle vient y prendre place soit en qualité de fille, soit en qualité de petite-fille, suivant que son mari est *sui juris* ou *filiusfamilias*; et désormais elle se trouve soumise à la puissance du chef de sa nouvelle famille : situation curieuse qui peut faire que la femme soit soumise, par le fait de son mariage, à la puissance de toute autre personne que son mari. Nous supposerons pour plus de clarté que le mari est lui-même chef de famille et exerce par lui-même la *manus*, et nous examinerons successivement quels sont ses droits sur la personne de sa femme, et quels sont ses droits sur ses biens.

§ 1^{er}. — *Droits du mari sur la personne de sa femme.*

Nous avons dit que la femme venait prendre dans la famille de son mari la place de fille; celui-ci acquiert donc sur elle tous les droits qui découlent de la puissance paternelle : son autorité est absolue.

Il est son juge : il peut la condamner et la mettre à mort. On a dit que ce droit du mari ne s'exerçait que dans un tribunal composé des parents de la femme. On en trouve en effet des exemples, et la législation en s'adoucissant a bien pu apporter ce tempérament aux pouvoirs du mari; mais il est à peu près certain que dans le principe ce droit énorme appartenait au mari sans partage; plusieurs exemples prouvent même qu'il a été exercé dans toute sa rigueur. Egnatius Metellus, qui vivait sous Romulus, fit expirer sa femme sous le bâton pour avoir bu du vin, et ce fait ne trouva, dit Valère-Maxime, personne qui le blâmât. On pensa unanimement que c'était un excellent exemple : *optimo exemplo*. On a pu dans la suite créer un tribunal domestique, présidé par le mari, à la place de l'autorité de ce dernier. (Tacite, *Annales*, l. XII, ch. xxxii.) Mais l'exemple d'Egnatius, son impunité, l'approbation de ses contemporains, tout prouve que dans le principe le droit du mari n'avait pas de contre-poids.

Il est son maître : et son droit de propriété sur elle est aussi incontestable que son droit de pro-

priété sur ses enfants (Troplong, *Rev. de législation*, tom XXI, p. 155). Ainsi, il a le droit de la vendre. Quelques auteurs lui ont, il est vrai, refusé ce droit par des motifs de pudeur publique : mais Gaius est formel là-dessus : « Le même droit existe sur les
« personnes que nous avons *in manu*, car les
« femmes peuvent être mancipées par leurs coemp-
« tionators, de la même manière que les fils peuvent
« l'être par leurs pères. Le plus souvent les coemp-
« tionators et les parents n'usent de ce droit que
« pour affranchir ces personnes de leur puissance. »
— *Comm. 1, § 118 (1)*. — En face d'un texte aussi précis, le doute n'est pas possible : le droit de vendre sa femme appartenait au mari, mais il est reconnu par Gaius lui-même que le plus souvent il n'en usait que pour l'émanciper (2).

Il suit de là que si la femme commet un délit et engage ainsi son mari pour la réparation de ce délit; si elle cause un dommage qui puisse donner lieu à une action contre lui, le mari peut se libérer de cette obligation en abandonnant sa femme noxale-

(1) « Omnes liberorum personæ, quæ in potestate parentis
« sunt, mancipari ab hoc modo possunt, quo etiam servi manci-
« pari possunt. — Idem juris est in earum personis quæ in manu
« sunt, nam feminae a coemptionatoribus eodem modo manci-
« pari possunt, quo liberi a parente mancipantur. Plerumque a
« parentibus et a coemptionatoribus mancipantur cum velint
« parentes coemptionatoresque eas personas suo jure dimittere. »
Gaius, c. 1, § 117-118.

(2) Voici un nouveau texte de Gaius qui prouve la proposition que nous avançons : « A parentibus et a coemptionatoribus man-
« cipati mancipataeve servorum loco constituentur. » Gaius, c. 1, § 123.

ment. Ce droit est en effet une conséquence directe de la puissance paternelle et dominicale.

Comme conséquence encore de son droit de propriété, le mari a l'action de vol si on lui enlève sa femme, « car il peut y avoir vol d'une personne » libre, par exemple, si quelqu'un nous enlève les « enfants que nous avons en notre puissance ou « l'épouse que nous avons *in manu*. » — Gaius, *Comm.* 3, § 119.

C'est enfin le mari, investi de la *manus*, qui doit consentir à l'adoption de la femme. (Ulpien, *Fragm.*, titre 8, § 2, 5.) C'est encore lui qui règle, pour le moment où il ne sera plus, la tutelle à laquelle elle sera soumise, en lui laissant sur le choix du tuteur ou une liberté complète, ou une liberté restreinte par la désignation d'un certain nombre de personnes : *optio plena vel angusta*. Ce pouvoir est mentionné dans un texte de Tite-Live où cet historien parle de récompenses qui furent accordées à une certaine Hispala l'ecennia *ob prodita bacchanalia* ; parmi elles se trouve celle-ci : « *Tutoris optio ei esset quasi ei vir testamento dedisset.* » (Lib. XXXIX, XIX, Tite-Live.)

Tels sont les pouvoirs du mari sur la personne de sa femme, pouvoirs exorbitants et qui ne se retrouvent nulle part ailleurs. On voit percer dans ces institutions la rude sévérité des premiers Romains. Pour eux le chef de famille est tout : à l'intérieur, maître, pontife et magistrat ; au dehors, représentant seul sa maison : lui seul semble exister. Le mariage n'est point l'association de deux personnes égales, et l'on

ne saurait y appliquer la belle définition que nous en donne Modestin : « *Viri atque mulieris conjunctio* »
« *individuum vitæ consuetudinem continens, divini* »
« *atque humani juris inter conjuges communicatio.* »
Mais quelle que soit la savante combinaison des institutions, les sentiments naturels de l'humanité reprennent toujours le dessus. La *manus* avait soumis l'épouse romaine à une dépendance voisine de l'asservissement ; les femmes s'y dérobèrent en adoptant la forme du mariage libre. « On avait organisé »
« la tyrannie, dit M. Troplong, on recueillit la li- »
« cence. Telle est la marche ordinaire des choses »
« humaines. »

§ 2. — *Droits du mari sur les biens de sa femme.*

La *conventio in manum* faisait éprouver à la femme une *minima capitis deminutio* ; il y avait ouverture d'une *successio per universum* avec toutes ses conséquences ordinaires. Le mari devenait propriétaire de tous les biens qui appartenaient à sa femme ; il les acquérait de la même manière qu'il acquérait la puissance maritale sur son épouse, et cela en sa qualité de chef de famille (1). Il s'ensuivait que n'ayant pas traité envers les créanciers de sa femme, il n'était point tenu envers eux : il prenait les biens, mais ne payait pas les dettes. La femme cependant, en sortant

(1) « *Ipsa igitur manum conventio, omnia quæ mulieris fuere* »
« *virî facit nomine dotis, non procedente tempore sed statim* »
« *propria vi naturæ.* » Boece, *Topiques*, 2, p. 200.

de la famille naturelle pour entrer dans celle de son mari, perdait son ancienne personnalité. Ce n'était plus la même personne au point de vue du droit : ses créanciers avaient perdu leur débiteur et par suite leur créance : disposition injuste à laquelle le prêteur chercha bientôt à remédier. Il reconnut à la charge de la femme une obligation naturelle préexistante : et, agissant comme si la *deminutio capitis* n'avait pas eu lieu, il donna contre elle l'action qui, dans ce cas, eût été donnée contre la femme. Le mari était alors obligé de répondre à l'action dirigée contre sa femme, sinon une *bonorum possessio* était accordée aux créanciers, qui pouvaient ainsi arriver à une vente dans les formes voulues par la loi. (Gaius, *Comm.* 3, § 84.)

Non-seulement le mari acquérait les biens qui appartenaient à la femme au moment même où celle-ci entraît sous sa puissance, mais encore tous les biens acquis par elle dans la suite soit par contrat, soit par succession, soit de toute autre manière, entraient dans son patrimoine. La femme appelée à recevoir un legs ne pouvait, du reste, faire adition sans le consentement du chef de la famille et celui-ci, lorsqu'il l'avait donné, était chargé des dettes dont était grevée la succession qu'il acquérait du chef de sa femme (1).

(1) Sed e diverso quod debet is qui se in adoptionem dedit, vel quæ in manu convenit, ad ipsum quidem coemptionatorem, aut ad patrem adoptivum pertinet hereditarium æs alienum, proque eo, quia suo nomine ipse pater adoptivus aut coemptionator heres fit, directo tenetur jure, non vero is qui se adop-

Le mari, on le comprend, avait dès lors les droits les plus absolus sur les biens de sa femme : il pouvait les aliéner même à titre gratuit ; il pouvait les dégrader, les détruire suivant son bon plaisir ; ces biens étaient sa propriété et rien ne limitait son droit. Il n'était pas, en effet, tenu de les restituer à la dissolution du mariage : la femme ne reprenait les biens qu'elle avait apportés qu'en qualité d'héritière du mari, et elle ne venait qu'en concours avec les héritiers du même degré.

L'on sentit par la pratique quels étaient les inconvénients d'un pareil système. Les biens de la femme pouvaient être dissipés follement par le mari. Étaient-ils conservés, ils ne revenaient pas en entier à la femme, et ne rentraient pas dans sa famille au cas où elle était morte avant son mari. Pour écarter un pareil résultat, on en vint à assurer au moyen de conventions la restitution des biens apportés par la femme ; mais ce ne fut qu'après le divorce de Carvilius Ruga (*Aulu-Gelle*, lib. IV, chap. III) que ces conventions commencèrent à se répandre (1). Les inconvénients que nous avons signalés s'augmentaient, en effet, par l'habitude qui s'introduisit alors de divorcer : la *manus* était encore en pleine vigueur,

« tandem dedit, quæve in manum convenit, quia desinit jure
« civili heres esse. De eo vero quod prius suo nomine ex personæ
« debuerint licet neque pater adoptivus teneatur neque coemp-
« tionator, neque ipse qui se in adoptionem dedit, vel quæ in
« manum convenit, mancat obligatus, obligatave quia scilicet per
« capitis diminutionem liberatur, tamen in eum eamve utilis
« actio datur, rescissa capitis diminutione. » *Galus*, c. III, § 84.

(1) V. aussi Denys d'Halicarnasse.

le mari, qui avait acquis ainsi tous les biens de sa femme, pouvait la renvoyer et garder sa fortune. L'accroissement du mal fit naître le remède ; rien de plus simple du reste : le consentement des tuteurs et des pères était exigé, ils pouvaient dès lors mettre à ce consentement telle condition qu'il leur plaisait. Il n'y avait là ni dotalité ni paraphernalité, ce n'est que dans le mariage libre que l'on peut trouver ces deux institutions, mais il y avait quelque chose qui y ressemblait en certains points.

CHAPITRE III.

MARIAGE LIBRE OU MARIAGE SANS *manus*.

Nous avons dit que, suivant nous, tout mariage avait dû dans le principe être accompagné de la *manus*, parce qu'alors il avait dû y avoir toujours *coemptio*. Cependant, la *coemptio* cessa bientôt d'être la compagne inséparable du mariage et le mariage libre prit naissance. C'est alors que le mari commença à acquérir par usucapion les pouvoirs qu'il n'avait pas acquis par mancipation : c'est alors que naquit l'*usus*. Ce phénomène s'était déjà produit à l'époque de la loi des Douze Tables : déjà avant cette loi les femmes avaient cherché à éviter les conséquences de l'*usus*, comme elles avaient repoussé la *coemptio* : mais il n'y avait encore rien de fixe ; il fallait une règle générale : la loi des Douze Tables la donna.

Le mariage était libre lorsque la *manus* n'était acquise ni par *coemptio* ni par *confarreatio* et que la femme n'avait pas pris soin de s'absenter du domicile de son mari au moins pendant trois nuits entières chaque année.

§ 1^{er}. — *Effets du mariage libre : droits du mari sur la personne de sa femme.*

La femme ne sortait pas de sa famille. Était-elle sous la puissance paternelle de son père ou du chef de la famille à laquelle appartenait son père, elle y restait. Était-elle en tutelle, suivant la loi qui voulait que toute femme *sui juris* fût perpétuellement en tutelle, elle restait sous l'autorité de ses tuteurs (1). Ainsi, le père, qui conservait sa puissance paternelle sur sa fille mariée, pouvait malgré son mariage la juger, la condamner à mort ou la céder noxalement. La femme restée sous sa puissance est prêtée plutôt que cédée au mari ; et le père conserve

(1) La tutelle perpétuelle des femmes avait, à Rome, un but politique; malgré les raisons diverses données par les jurisconsultes romains, on voit toujours percer ce but unique : empêcher que la femme ne puisse faire sortir les biens de la famille en les aliénant. Cette tutelle sévère inspira aux femmes le désir de tourner la loi, et elles y parvinrent, au moyen d'une *coemptio fiduciae causâ*. Les vieux Romains s'en inquiétèrent, et Cicéron s'écriait dans son discours *pro Muræna* : « Les lois avaient établi de grandes et belles choses, l'esprit des jurisconsultes a tout corrompu, tout déplacé. Les femmes, à cause de la faiblesse de leur intelligence, reçurent de nos ancêtres des tuteurs en la puissance desquels elles furent placées, et ceux-ci ont imaginé des espèces de tuteurs qui sont en la puissance des femmes. »

le droit de la revendiquer. L'action en restitution d'enfants (*Interdit, de Liberis exhibendis*) lui permet de rompre à son gré l'union conjugale ; et on le voit imposer bien souvent le divorce à des époux unis par les liens de l'amour le plus tendre. La législation vint corriger plus tard, comme nous le verrons bientôt, ces abus révoltants de l'autorité paternelle : mais ce ne fut qu'assez tard ; sous Antonin le Pieux seulement, et dans la période où nous nous trouvons, cette autorité a conservé toute sa force.

Il ne faudrait pas en conclure cependant que le mari fût entièrement étranger à sa femme : il y avait entre eux certains rapports constatés par des textes et qui se rapprochent assez des rapports qui existent de nos jours entre deux époux.

Ainsi, la femme doit toujours respect à son mari ; elle lui doit obéissance en tout ce qui n'est point malhonnête : son devoir est de le suivre partout où il jugera convenable d'aller résider, excepté cependant dans les lieux où il serait envoyé en punition de ses crimes (c. 14, Code, 5, 16). Elle est, de plus, tenue à certains services domestiques : aucun texte, il est vrai, n'établit cette obligation d'une manière directe ; mais cela résulte évidemment de la loi 48, *Dig.*, lib. XXXVIII, tit. 1. Le jurisconsulte Hermogenianus y dit : « Le patron qui a donné son consentement au mariage de son affranchie perd tout droit aux services de cette affranchie ; car ces services elle les doit à son mari. » Pouvait-il en être autrement, en effet, et cette conséquence ne doit-elle pas découler naturellement du mariage ?

§ 2. — *Pouvoirs du mari sur les biens.*

Là où la *manus* n'existait pas, cessait toute conséquence relativement aux biens. Le patrimoine de la femme ne subissait aucun changement par le fait du mariage. Était-elle sous la puissance de son père, ses biens continuaient à lui appartenir; avait-elle un pécule, il lui restait propre; était-elle sous la tutelle de ses agnats, elle continuait à administrer seule sa fortune, et à faire, avec l'autorisation de ses tuteurs, ce qu'elle ne pouvait faire seule. En un mot, rien n'est changé. Les deux époux sont aussi étrangers l'un à l'autre, quant à leurs biens, qu'ils le sont quant à leurs personnes. Le mari a action contre sa femme, pendant le mariage, pour le dommage qu'elle pourrait avoir apporté, par sa faute dans des objets de toilette, ou de luxe qu'il lui aurait prêtés (1); et réciproquement, la femme a contre son mari, même avant la dissolution du mariage, l'action *de damno ou in factum*, aussi bien qu'elle l'aurait contre la personne la plus étrangère et la plus indifférente (2). Enfin, comme leurs patrimoines sont entièrement séparés, ils ont le droit de passer entre eux toute espèce de contrats, tels qu'une vente, un louage, etc.

Tel fut certainement le principe relatif aux biens,

(1) *Digeste*, ad legem Aquiliam. Loi 27, § 30. — *Ibid.*, loi 56.

(2) *Code*, Rerum amatorum. Loi 1^{re}. « Cum igitur apud competentem judicem ex stipulatu conveniaris, apud eundem doceatui juris res ablatae. »

dans les premiers temps, lorsque l'habitude des mariages libres commença à s'introduire. Mais la femme ne contribuait ainsi nullement aux charges du ménage. Un tel système était inique, et l'on en vint bientôt à stipuler un apport conventionnel et à titre particulier, qui serait donné par la femme à son mari à titre de dot. Les biens, ainsi donnés, passaient au mari d'une manière irrévocable; il en devenait propriétaire incommutable. Dès lors, il pouvait exercer sur eux les pouvoirs qu'il exerçait sur son patrimoine propre, et ses droits se résumaient dans cette formule : *Jus fructu, utendi et abutendi*. Rien ne vint restreindre ces droits absolus, jusqu'à l'époque où le divorce de Carvilius Ruga (an 520 de Rome) inaugura, dans les mœurs romaines, une ère nouvelle. Mais alors, et alors seulement, s'introduisirent les actions en restitution, connues sous le nom de *cautiones* et d'*actiones rei uxoriæ*. « L'on rap-
« porte, lisons-nous dans Aulu-Gelle, que pendant
« les 500 ans qui suivirent la fondation de Rome,
« on ne connut ni à Rome ni dans le Latium aucune
« action, aucune *cautio rei uxoriæ*. En effet, elles
« n'étaient pas nécessaires, n'y ayant aucun divorce.
« Aussi Servius Sulpicius, dans son livre sur la
« *Dot*, a-t-il écrit que les *cautiones rei uxoriæ* ne
« parurent nécessaires que lorsque Spurius Carvi-
« lius, homme noble, eut divorcé avec sa femme en
« l'an de Rome 523 » (1).

L'on stipula d'abord la restitution de la dot au cas

(1) Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, liv. IV, chap. III.

de divorce ; bientôt le prêteur suppléa à ces conventions lorsqu'elles n'étaient pas faites , et la jurisprudence établit l'action *rei uxoriæ*. Elle n'était accordée d'abord qu'au cas de divorce : plus tard, on l'appliqua au cas de dissolution du mariage par le prédécès du mari, et déjà au temps des Gracques elle s'étendait à ce cas. Une application remarquable en fut faite par le jurisconsulte Scévola à la dot de Licinia, épouse de Caius Gracchus. Après la mort de ce dernier, la dot de Licinia ayant été confisquée par le peuple, Scévola décida que si la dot avait été perdue, elle l'avait été par la faute du mari, non par force majeure , et que la restitution en était due par conséquent par les héritiers de Caius Gracchus.

Ce ne fut que sous Justinien que cette règle fût appliquée au cas de dissolution du mariage par prédécès de la femme. Jusqu'à cette époque, la dot ne dut être restituée, dans cette hypothèse, qu'au cas où elle avait été constituée par le père, en la puissance duquel se trouvait la femme, si ce père existait encore (1).

Ces restitutions n'avaient pas toujours lieu en entier : le mari pouvait quelquefois opérer certaines retenues. A l'époque où nous nous trouvons, le droit de retenir une portion de la dot n'appartenait au mari qu'au cas de divorce, et qu'autant que la faute de la femme motivait ce divorce. La retenue était alors une certaine partie de la dot, proportion-

(1) Digeste, *Loi unique* : De rei uxoriæ actione. — Ulpien, *Frag.*, ch. vi, § 4-5.

née au nombre des enfants. Le mari pouvait encore retenir les dépenses nécessaires qu'il avait faites pour la conservation de la dot (1).

A côté de cette dot, apportée au mari pour supporter les charges du ménage, se trouvaient les autres biens de la femme, conservés par elle entièrement libres, et que les Romains appelèrent d'un mot grec : *παρά-γεγνη* (hors de la dot), biens paraphernaux. Les femmes tâchaient de se constituer en dot la plus petite partie de leur fortune, et de se réserver la plus grande à titre paraphernal. C'était pour elles l'indépendance. Capables de contracter avec leurs maris, elles leur prêtaient leur argent comme elles auraient fait à un étranger ; et quand la mauvaise humeur les prenait, elles fatiguaient le pauvre mari de leurs réclamations (2), et mettaient à ses trousses un esclave paraphernal pour le sommer de se libérer. Ces mœurs bouleversaient les idées des vieux Romains, admirateurs de la *manus* ; ils se récriaient contre l'humiliation des maris, l'arrogance des femmes, la dégradation de la vertu romaine ; mais leurs déclamations se perdaient dans le vide, et tout conspirait à l'émancipation des femmes et à la chute

(1) Cicéron, *Topiques*, § 4.

(2) Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, 17, 6. Cet auteur nous rappelle les gémissements de l'austère Caton : « Lors de notre mariage, « notre femme nous apporta une dot satisfaisante : depuis, elle « a reçu des sommes considérables qu'elle n'a pas confiées à la « toute-puissance du mari : cet argent, elle le prête à son époux, « moyennant intérêt, puis, dès qu'elle est de mauvaise humeur, « la voilà qui envoie quelque esclave paraphernal poursuivre le « pauvre mari. »

des institutions aristocratiques. Le régime de la dot a vaincu le régime de la *manus*, la rançon d'une dot a racheté les femmes de la puissance maritale.

Ce n'est pas encore assez, le progrès de la législation va consister à altérer les droits du mari sur la dot même. Mais, en attendant, un fait domine dans la littérature, c'est la liberté que le régime dotal assure à la femme, c'est l'absence de puissance maritale dans les unions où figure la dot. « J'ai reçu une dot, s'écrie un personnage d'une comédie de Plaute; c'en est fait, j'ai vendu mon pouvoir marital pour cet argent :

« Argentum accepi, dote imperium vendidi... »

Nam quæ indotata est, ea in potestate est viri,

Dotatæ mactant et malo et damno viros.

(Plaut., *Comédies.*)

DEUXIÈME PÉRIODE.

Droits du mari sur la personne de sa femme.

La *manus* est devenue de plus en plus rare; elle subsiste bien encore, mais le mariage libre prédomine et tend à régner seul. L'autorité maritale s'est ainsi affaiblie; elle est loin de la rude sévérité des premiers temps, et elle s'en éloigne de jour en jour davantage, jusqu'à ce que l'habitude des divorces vienne lui porter le dernier coup. Dès que la femme put envoyer le divorce à son mari, selon son bon plaisir, sans qu'aucun motif sérieux vint appuyer sa

détermination, sans qu'aucune solennité fût exigée, l'autorité maritale ne fut plus qu'un pouvoir précaire, que la femme voulait bien concéder momentanément à son mari. Tel fut cependant l'état de la législation dans les temps de discordes qui virent l'avènement de l'empire (1).

Trois personnes peuvent envoyer le *repudium* : le mari, la femme et le père de cette dernière. Celui-ci le peut contre le consentement des époux, contre la volonté bien formelle de sa fille. Aucune solennité, aucune forme particulière n'est exigée. Dans la pratique seulement, la femme remet au mari les clefs qu'elle a reçues en entrant dans la maison. Aucune condition n'entrave la liberté de divorcer; la seule sanction consiste dans des retenues que peut faire le mari sur la dot ou dans la perte du délai qui lui est accordé pour la restituer, suivant qu'il y a faute de l'un ou de l'autre époux. Une telle facilité ne pouvait donner lieu qu'à de nombreux abus, et bientôt le mariage, dissous au gré d'un caprice, n'eut plus rien de fixe ni de stable. C'est ce qui fait dire à Juvénal :

Sic crescit numerus, sic fiunt octo mariti
Quinque per autumnos : titulo res digna sepulcri.

(Satires.)

Débarrassées en même temps d'une tutelle sévère,

(1) « Un ami de Cicéron lui écrit froidement : « Paula Valeria, sœur de Triarius, a divorcé sans motifs, le jour même où son mari revenait de la province; elle doit épouser Brutus. » Cicéron, *ad. Div.*, VIII, 7.

maîtresses de leur fortune et passant brusquement de l'asservissement au pouvoir de tout faire, les matrones romaines se livrèrent, sans mesure, à tous les excès d'un luxe scandaleux. Elles ne connaissent aucun frein, rien ne les retient, dit le poète :

Nil non permittit mulier sibi, turpe putat nil.

(Juvénal, *Satires*.)

Un mari est pour elles un voisin qu'elles tourmentent plus ou moins et qu'elles changent à volonté :

Nulla viri cura interea, nec mentio fiunt
Damnorum; vivit tanquam vicina marito.....

(*Ibid.*)

Un tel état de choses devait attirer l'attention du législateur. La loi Voconia (an 585 de Rome) avait cherché à porter un remède à ce mal corrupteur de la vertu publique, en restreignant pour les femmes le moyen d'acquérir de grandes fortunes. La loi Julia de *Adulteriis* vint plus tard opposer une digue à la fureur des divorces en les soumettant à certaines solennités ; vaines mesures qui furent impuissantes à conjurer le mal et qui n'apportèrent aucun frein à la corruption qui dévorait la société romaine. La famille privée de son chef n'était rien, le mariage était méprisé, et le législateur se trouvait réduit à édicter ses tristes lois caduques : preuve évidente que là où il n'y a pas de famille, il ne peut y avoir de société bien constituée, et que, sans une autorité respectée, obéie, il ne peut y avoir ni famille ni ordre social.

Une religion divine était cependant venue régénérer la vieille société païenne : son influence civilisatrice avait pénétré doucement les institutions romaines ; sa morale sublime releva la femme de la dégradation dans laquelle elle était tombée ; les empereurs chrétiens cherchèrent à réglementer le divorce et à ramener la stabilité dans les mariages. Théodose et Valentinien énumérèrent les causes du divorce : la femme pourra quitter le mari homicide, adultère, voleur ; le mari pourra répudier la femme homicide, adultère, empoisonneuse, ou celle qui, malgré son mari, court les cirques, les arènes et les théâtres. La femme qui divorce en dehors de ces cas, perd sa dot et sa donation anténuptiale ; pendant cinq ans, elle ne peut se remarier, sous peine d'infamie. Le mari qui répudie sa femme sans motifs, perd sa donation anténuptiale (1). Justinien sanctionne de peines plus sévères la défense de divorcer sans motifs : la femme est renfermée dans un monastère ; ses biens sont attribués, deux tiers à ses enfants, un tiers au monastère qui la reçoit. Le mari, d'abord soumis seulement à une peine pécuniaire, est aussi renfermé dans un cloître et privé de ses biens (2). La femme peut envoyer le divorce, sans encourir les peines prévues par ces constitutions, si le mari a conspiré contre le pouvoir ; s'il a attenté à la vie de sa femme ou n'a point dénoncé ceux qu'il savait vouloir y attenter ; s'il a tenté de

(1) Loi 8, § 2, 3, 4. Code, liv. V, tit. xvii.

(2) Nov. 117, ch. xiii. — Nov. 134, ch. ii.

porter sa femme à l'adultère; si, accusant sa femme d'adultère, il n'a pu faire sa preuve; s'il a vécu avec d'autres femmes dans la maison conjugale qu'il habite avec sa femme, ou s'il est convaincu d'avoir eu fréquemment des relations dans une autre maison avec d'autres femmes; enfin s'il est retenu en captivité pendant longtemps, ou s'il veut se retirer et vivre dans un monastère (1).

§ 2. — *Droits du mari sur les biens de la femme.*

Les droits du mari sur les biens de sa femme varient suivant que ces biens lui ont été apportés en dot ou ont été réservés à la femme. Les premiers sont dits dotaux, les seconds paraphernaux.

1° *Quels biens sont dotaux, quels biens paraphernaux.*

La dot est ce que la femme ou quelqu'autre personne pour elle donne ou promet au mari afin de l'aider à soutenir les charges du mariage. Il n'y a donc de dotaux que les biens constitués en dot, tous les autres biens appartenant à la femme sont paraphernaux.

La dot, nous dit Ulpien (*Reg.*, titre vi, § 1) est constituée ou par dation, ou par diction, ou par promesse. La dation s'opère par les modes habituels de translation de la propriété, par la mancipation pour les choses *mancipi*, par la tradition pour les choses *nec mancipi*, par la *cessio in jure* pour les deux

(1) Nov. 117, ch. ix et xii.

classes de choses, sauf pour les fonds provinciaux qui n'admettent que la tradition.

La diction de la dot consiste en des paroles solennelles, par lesquelles la personne qui constitue la dot déclare au mari que telle ou telle chose lui sera en dot : « *Fundus Cornelianus doti tibi erit.* » Ces paroles étaient probablement suivies de l'acceptation du mari.

La *promissio dotis* n'est que l'application au cas de la dot de la forme générale de la stipulation : « Promettez-vous de me donner tel fonds en dot ? » demandait le mari au constituant; et celui-ci répondait : « Je le promets. »

Le premier mode transférait la propriété des choses constituées en dot : les deux autres ne donnaient qu'un droit de créance; mais de ce droit de créance découlait une action, au moyen de laquelle le mari pouvait se faire livrer la chose promise, dont il devenait alors propriétaire, comme nous le verrons plus bas.

La forme générale de la *promissio* et la forme spéciale de la *dictio*, toutes deux également solennelles, toutes deux exigeant présence personnelle et prononciation orale de la part des contractants diffèrent. 1° en la forme, en ce que, dans la première, la déclaration de la personne qui s'oblige est précédée d'une interrogation à laquelle elle sert de réponse; tandis que dans la seconde cette déclaration n'est provoquée par aucune interrogation; 2° au fond, en ce que la *dictio* est réservée à un petit nombre de personnes et ne peut être faite que par la femme qui

va se marier, par un débiteur de cette femme, s'il agit par son ordre, ou enfin par le père ou l'aïeul paternel. Toute personne, au contraire, peut constituer une dot par promesse.

Une dot pouvait encore se trouver constituée dans d'autres circonstances : ainsi le mari étant tenu d'une obligation verbale envers la femme ou un étranger, le créancier peut lui faire acceptilation, *dotis constituendæ causâ* (Loi 41, § 2, et loi 43 de *jure dotium*).

2^o *Droits du mari sur les biens dotaux.*

Le mari est propriétaire des biens dotaux, et cela n'est pas vrai seulement lorsqu'il y a eu *datio dotis*, c'est-à-dire, lorsque la femme ou toute autre personne transfère au mari, à titre de dot, une chose dont elle est propriétaire et qu'elle ne devait pas antérieurement. La même règle doit encore s'appliquer quand la dot a été constituée par *promissio* ou *dictio* : il existe alors une obligation sanctionnée par une action, et qui doit nécessairement donner lieu à un paiement ; or, dès qu'il y a paiement valablement fait, la chose payée qui appartenait au promettant devient dotale et se trouve transférée au mari.

Le mari acquiert donc les choses dotales comme un acquéreur ordinaire. Il s'ensuit que, dans certains cas, il ne peut les acquérir que par usucapion. Au temps des jurisconsultes, si, la chose étant *res Mancipi* la femme s'est contentée de la livrer, celle

tradition ne rend pas le mari propriétaire à l'instant même, elle ne met que la chose *in bonis suis* : à toute époque, même sous Justinien, si la femme a livré au mari une chose qui ne lui appartient pas, celui-ci n'en devient pas propriétaire, mais est seulement possesseur de bonne foi. Dans ces deux cas le mari peut arriver à la propriété par l'usucapion : « C'est, « en effet, un titre d'usucapion, et un titre très-« juste, nous dit Ulpien, que celui qu'on appelle à « cause de dot, et qui consiste en ce que celui qui « reçoit une chose en dot peut l'usucaper par le « temps fixé pour ceux qui usucapent à titre d'ache-« teurs. Peu importe qu'on donne en dot des choses « séparées ou une universalité de choses réunies « ensemble (1). » Le même Ulpien, dans un autre passage, ajoute que le mari peut joindre à sa possession le temps qu'a duré celle de sa femme (2). Tant que l'usucapion n'est pas accomplie, le mari n'a pas le *dominium* sur les biens apportés en dot, mais il tend à l'acquérir et, en attendant, il est traité soit comme un possesseur de bonne foi, soit comme celui qui possède des choses *in bonis*.

Ce principe posé, il est facile d'en tirer les conséquences nécessaires et de faire sortir de la nature même du droit du mari l'étendue et la portée de ce droit. Le mari, propriétaire de la dot, doit avoir sur elle le *jus utendi, fruendi et abutendi* que les Romains accordaient à tout propriétaire.

(1) Loi 1, Digeste, *Pro dote*.

(2) Loi 7, § 3. Digeste, *De jure doli*.

A. *Jus utendi*. — Le mari a le droit de s'en servir à tous les usages auxquels elle est propre. Est-ce une maison, il peut l'habiter; est-ce une villa, il peut aller y passer ses étés, se promener dans ses allées, jouir de ses jardins. Mais il est une manière de se servir de sa chose qui présente plus de difficulté : on peut, en effet, l'employer comme un moyen de crédit, sans cependant s'en dessaisir, soit en l'engageant, soit en l'hypothéquant : hypothéquer sa chose, c'est s'en servir. Mais cet usage peut être dangereux, aussi a-t-il toujours été restreint par le législateur. Cet usage de la chose dotale appartenait-il au mari ? On sait que l'hypothèque n'a été véritablement établie qu'assez tard en droit romain. A une certaine époque, le débiteur qui voulait fournir à son créancier une sûreté réelle devait lui transférer la propriété même de la chose, sauf à ce créancier à prendre l'engagement, par le contrat de fiducia, de retransférer cette propriété une fois qu'il aurait été payé. Or cette époque a duré jusqu'au temps de Gaius et même de Paul, comme il résulte du passage suivant : « S'il a été fait un contrat de fiducia avec un créancier pour constituer un gage, et si la dette n'a pas été encore payée, le débiteur peut usucaper le bien objet du contrat, pourvu qu'il ne l'ait pas affermé au créancier ou qu'il ne le tiennne pas de sa part à titre de précaire (1). » Sous l'empire de ce droit notre question était facile à

(1) Gaius, c. II, § 60. — *Id.*, Paul, *Sent.*, lib. II, tit. XIII, § 1-7.

résoudre. Tant que le mari put aliéner la chose dotale, il put la donner en gage. Lorsque la loi Julia lui eut enlevé le droit d'aliénation, ce pouvoir lui fut enlevé. La loi Julia, d'après ce qu'en rapporte Justinien (Loi 4, Digeste, *De fundo dotali*) (1), contenait une disposition expresse et défendait formellement d'obliger le fonds dotal aussi bien que de l'aliéner. Quoique ne reconnaissant pas au mari le droit d'obliger le fonds dotal, après la loi Julia, nous ne pouvons admettre que cette prohibition résulte d'une mention spéciale introduite dans cette loi. Deux autres textes, qui ne peuvent être soupçonnés d'interpolation comme le texte de Justinien, nous en donnent la disposition. L'un est emprunté aux Commentaires de Gaius, Code 2, § 63 (2), l'autre aux sentences de Paul, Lib. 11, titre 21 b, § 2 (3). Or tous deux nous présentent la loi Julia comme ayant *seulement* défendu au mari d'aliéner le fonds dotal, *invitâ uxore* ; comment d'ailleurs cette loi aurait-elle défendu d'engager le fonds dotal, alors que le contrat de gage n'avait pas une existence particulière, mais se confondait avec l'aliénation ?

Cette distinction a des conséquences importantes. En effet, si nous regardons la loi 4 *De fundo dotali* comme ayant été interpolée, et l'impossibilité d'engager comme découlant seulement de l'impossibilité

(1) « Dotale prædium maritus invitâ muliere per legem Julianam prohibetur alienare quamvis ipsius sit. »

(2) « Lege Julia de adulteriis cavetur ne dotale prædium maritus invitâ uxore alienet. »

(3) « Lex Julia quæ de dotali prædio prospexit, ne id marito liceat obligare vel alienare plenius interpretanda est.... »

d'aliéner, nous devons décider que, d'après la loi Julia, le mari pouvait donner en gage le fonds dotal s'il obtenait le consentement de la femme. Mais bientôt survint le sénatus-consulte Velleien; la femme ne put désormais s'obliger dans l'intérêt de son mari, elle ne put par conséquent consentir à l'hypothèque du fonds dotal, et par là s'établit la jurisprudence d'après laquelle ce fonds ne pouvait être hypothéqué même avec le consentement de la femme. Justinien, trouvant cette jurisprudence établie, l'attribua à la loi Julia; de là l'interpolation de la loi 4 de *Fundo dotali*.

De cette théorie découle, par voie de conséquence, une décision fort importante. Si, en effet, cette hypothèque, constituée par le mari, avec le consentement de sa femme, est destinée à garantir une dette de la femme, comme elle fait sa propre affaire et que dès lors il n'y a de sa part aucune intercession, l'opération est parfaitement valable. Ce n'est que lorsque l'hypothèque est constituée toute dans l'intérêt du mari qu'il y a lieu de l'annuler par application du sénatus-consulte Velleien.

B. *Jus fruendi*. — Le mari propriétaire de la dot a droit à tous les produits que les Romains considéraient comme des fruits. Ainsi, les récoltes, les loyers des maisons, le croît des animaux, les services des esclaves lui appartenaient.

Mais à côté de ces fruits, produits par la chose dotale elle-même, il y a d'autres produits qui n'arrivent qu'à l'occasion de cette chose. De tels produits ne peuvent, selon nous, profiter au mari; il les rece-

vra, il en jouira, mais ils viendront s'adjoindre à la dot et il devra les restituer avec elle lors de la dissolution du mariage. Y a-t-il eu accroissement du fonds dotal, cet accroissement profite à la femme; une ile a-t-elle surgi près de ce fonds, de manière à s'adjoindre à lui par accession, elle profite à la femme et doit lui être restituée. Mais c'est surtout lorsqu'il s'agit d'esclaves que l'application de ce principe est importante. Outre les services ordinaires qui rentrent dans la classe des fruits, l'on peut retirer des esclaves deux sortes de profits : on peut acquérir par eux une succession, un legs, on peut profiter de leur part.

Une chose a été léguée à un esclave dotal, elle est acquise au mari, mais ne peut nullement être considérée comme un fruit; il serait inique d'en faire profiter définitivement le mari. Elle doit être entre ses mains de la même condition que l'esclave par lequel il l'a acquise. Et ce que nous disons du legs n'a rien de limitatif. La décision serait exactement la même si l'esclave avait reçu une donation entre vifs ou avait été institué héritier. C'est ce qu'enseignait le jurisconsulte Julien. « Faire addition d'hérédité co
« n'est pas un travail pour un esclave; si donc un es-
« clave dotal a fait addition, la femme, par l'action
« de dot, recouvrera l'hérédité, bien que les acquisi-
« tions qui proviennent des *opere* des esclaves do-
« taux soient pour le mari (1). »

De même, si des esclaves dotales ont mis au monde des enfants, ces enfants, dans l'opinion qui a pré-

(1) Loi 45, pr. et § 1. Digeste, lib. XXIX, titre II.

valu, n'étant point considérés comme des fruits, le mari, qui en est devenu propriétaire, devra toujours les rendre avec la dot dont ils sont une dépendance, sans distinguer même à quelle époque ils sont nés (1). En un mot, et pour nous résumer en une règle précise, nous dirons que les fruits de la dot appartiennent au mari pour la même raison que la dot elle-même, c'est-à-dire pour subvenir aux frais du mariage; que, par conséquent, tout ce qui n'est pas de nature à remplir ce but doit être réputé dotal et compris dans l'action *rei uxoriæ*. C'est par suite du même principe que, quand un trésor est trouvé sur le fonds dotal, la moitié, qui appartient au mari en sa qualité de propriétaire du fonds, doit être par lui restituée à la femme avec la dot, ou que lorsqu'un esclave dotal est affranchi par le mari, malgré la femme, tout ce que le mari recueille, *ex affectione liberti*, vient s'adjoindre à la dot pour être compris dans l'action *rei uxoriæ*.

Quelque générales qu'elles soient, ces règles souffrent cependant quelques exceptions :

1° Lorsqu'une chose mobilière ou immobilière est apportée en dot au mari avec estimation, de droit commun, et en l'absence de toute clause particulière, cette estimation vaut vente. Alors le mari est considéré comme ayant acheté la chose pour le montant de son estimation; et ce n'est pas la chose même qui est véritablement dotale, c'est la somme à laquelle on l'a estimée (*Ulpien, loi 10, § 5, de jure do-*

(1) Loi 10, § 2 et Loi 69, § 9, *De jure dotium*.

tium). En conséquence, le mari, qui ne doit restituer qu'une somme déterminée, profite seul de tout ce qui est produit à l'occasion de la chose, sur laquelle il a désormais un droit de propriété incommutable.

2° Il y a également exception toutes les fois que l'acquisition faite par le mari au moyen des choses dotales provient *ex re sua*. Dans ce cas, il en garde définitivement le bénéfice.

B. *Jus abutendi*. — Le mari, propriétaire de la dot, devait avoir le droit d'en disposer et de l'aliéner. Dès le commencement de l'empire cependant, la loi Julia de adulteriis, dans le but d'assurer à la femme la restitution de sa dot et de favoriser pour elle de nouveaux mariages à la dissolution du premier, vint restreindre ce droit et défendre au mari d'aliéner ses biens dotaux sans le consentement de sa femme.

La loi Julia, nous l'avons déjà dit, ne défendait au mari que l'aliénation; les empereurs Sévère et Antonin nous ont expliqué le sens de ce mot : « *Est autem alienatio, disent-ils, omnis actus per quem dominium transfertur*(1). » « Ainsi, peu importe que l'acte relatif au fonds dotal soit à titre gratuit ou à titre onéreux, entre vifs ou à cause de mort; dès l'instant qu'il s'agit de faire passer la propriété à un tiers, le principe est qu'un pareil acte ne peut valablement émaner du mari seul. » M. Demangeat, *Conférences sur le titre du Digeste : De fundo dotali*. »

Ne pouvant aliéner, le mari ne peut, par consé-

(1) Code, Loi 1^{re}, De fundo dotali.

quent, ni éteindre les servitudes dues au fonds, ni le grever de servitudes nouvelles. C'est, en effet, véritablement aliéner pour partie la propriété d'un fonds, qu'éteindre les servitudes actives qui lui appartiennent ou le grever de servitudes passives. Ainsi, le mari ne peut pas concéder à un voisin, par *mancipatio* ou par *in jure cessio*, un droit de passage ou d'aqueduc sur le fonds dotal. Le voisin qui, pendant plus ou moins longtemps, par la *patientia* du mari, aurait exercé ou quasi-possessionné, n'aurait pas acquis par là un droit à la *tuitio prætoris*. Rien ne s'opposerait à ce que provisoirement sa quasi-possession fût protégée, mais il ne serait pas traité en définitive comme ayant la servitude. Et ce que nous disons d'une servitude *prædiale* est également vrai d'une servitude personnelle. Le propriétaire qui grève sa chose d'un droit d'usufruit ou d'un droit d'usage, fait en réalité une aliénation partielle; tout acte de ce genre est donc interdit au mari. De même que le mari ne peut éteindre les servitudes actives, de même il ne peut les laisser périr. Si, par exemple, il reste deux ans sans exercer un droit de passage, la dotalité du fonds sera obstacle à ce que la servitude qui lui appartient se trouve éteinte *non utendo*.

Nous devons maintenant examiner à quels biens s'applique la prohibition dont nous venons de parler. Tout d'abord nous établirons une distinction générale entre les immeubles et les meubles dotaux. Tous les textes ne parlent que du fonds dotal, et partout où il est parlé de la limitation apportée par la loi Julia aux droits du mari, cette limitation n'est présentée que

comme se référant aux immeubles dotaux. Les droits du mari doivent donc subsister quant aux meubles, et comme le mari est propriétaire de la dot mobilière comme de la dot immobilière il doit avoir le droit d'aliéner les meubles dotaux sans le concours d'aucun consentement. Plusieurs textes, du reste, établissent que le mari peut, à son gré, et sans avoir besoin du consentement de sa femme, affranchir un esclave dotal (1). Les esclaves cependant étaient considérés comme ce qu'il y avait de plus précieux parmi les meubles; le mari qui pouvait faire périr son droit sur l'esclave dotal pouvait donc *a fortiori* aliéner les meubles dotaux.

Nous n'avons donc à nous occuper que des immeubles, mais nous n'avons pas à distinguer les fonds urbains des fonds ruraux; la loi Julia s'applique aux uns et aux autres. Elle s'applique aussi, soit que le mari ait sur l'immeuble le *dominium ex Jure Quiritium*, soit qu'il ne l'ait qu'*in bonis*, soit enfin qu'il ne soit qu'un possesseur de bonne foi. Il n'en est pas de même si l'immeuble dotal est un fonds provincial. Du temps de Gaius il y avait encore des doutes à cet égard; mais il paraît d'après le témoignage de Justinien qu'on était arrivé à déclarer la loi Julia non applicable aux fonds provinciaux (2).

N'étaient pas soumis à la règle de la loi Julia, les immeubles apportés en dot avec estimation: le mari pouvait disposer de ces immeubles absolument comme

(1) Loi 21, Digeste, lib. XL, tit. 1.

(2) Code, Loi unique, § 15, *De rei uxoriae actione*.

de ceux qu'il avait recueillis pour des causes étrangères à son mariage. La loi Julia, en effet, parle du *prædium dotale* et seulement du *prædium dotale*; sa disposition, exorbitante du droit commun, ne doit pas être étendue à d'autres objets; or lorsqu'il y a eu estimation de l'immeuble apporté en dot, ce qui est dotal ce n'est pas l'immeuble, c'est la somme à laquelle s'élève l'estimation; l'immeuble peut donc être aliéné. C'est ce que dit dans une constitution l'empereur Alexandre: « Celui qui a reçu une dot
« avec estimation, a très-bien pu la grever d'un droit
« d'usufruit, puisque, arrivant la dissolution du
« mariage, c'est l'estimation qui devait vous être
« rendue (1). »

Il peut se faire que la dot comprenne aussi des *nomina*, des droits de créance sur des tiers; ces droits de créance sont-ils complètement à la disposition du mari? Nous devons, je crois, distinguer; s'il ne s'agit que d'une créance mobilière, le mari peut les éteindre par novation ou acceptilation sans le consentement de sa femme; mais il doit en être autrement si l'objet de la créance est un immeuble; faire acceptilation d'une pareille créance, la transformer en une créance mobilière, ce serait véritablement *prædium alienare* dans le sens de la loi Julia. Il faut donc reconnaître pour se conformer à l'esprit de cette loi que le mari ne peut valablement procéder à de pareils actes sans le consentement de sa femme.

(1) Code, loi 6, *De usufructu*.

Exception à la règle de la loi Julia. La loi Julia défend au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de sa femme. Ainsi, la volonté du mari de transmettre ce fonds à un tiers, volonté révélée par une vente ou par une donation, et réalisée par une mancipation, par une *in jure cessio*, cette volonté du mari restera inefficace si la volonté de la femme ne vient pas s'y joindre. La loi qui paralyse ainsi la volonté du mari présuppose évidemment que, d'après le droit commun, cette volonté est indispensable pour entraîner l'aliénation; en d'autres termes, elle ne s'occupe pas du cas où une aliénation peut se produire indépendamment de la volonté du propriétaire. Le mari pourra donc très-bien se trouver dépouillé *ex causâ necessaria* (loi 1^{re} prin. de fundo dotali. Dig.). Il suit de là qu'un bien par indivis étant compris dans la dot, le mari peut consentir au partage provoqué contre lui, tandis qu'il ne peut intenter une demande de cette nature. Celui contre qui le partage est demandé ne peut en effet s'y refuser; si donc par suite de cette demande à laquelle il est tenu d'obtempérer, tout ou partie de son droit indivis lui est enlevé, c'est une aliénation *necessaria* qu'il aura subie.

La prohibition de la loi Julia ne concerne pas non plus la transmission qui s'effectue *per universitatem*; il est défendu au mari d'aliéner le fonds dotal déterminément; mais quand tous ses biens sont transmis en bloc à une autre personne, rien ne s'oppose à ce que le fonds dotal passe avec eux dans le patrimoine de cette personne. (Loi 1^{re}, § 1. Dig. de fundo dotali.)

Ainsi le mari vient-il à mourir, les biens dotaux

passent à ses héritiers; et nous devons entendre ce mot dans un sens général, sans exclure le *bonorum possessor* ou le *fidei-commissaire*. Devient-il esclave et tombe-t-il sous la puissance d'un *dominus*, par exemple, si majeur de vingt ans il s'est laissé vendre comme esclave pour partager le prix. Enfin, se donne-t-il en adrogation, tous ses biens sont acquis par l'adrogant dans le patrimoine duquel le fonds dotal passe comme les autres biens, et s'il forme une société de tous biens, la société devient propriétaire des biens dotaux. Dans ces deux derniers cas, cependant; la transmission n'a lieu qu'à la charge de supporter les *onera matrimonii*.

Nous savons déjà que la défense d'aliéner le fonds dotal n'était pas absolue et que le mari pouvait aliéner avec le consentement de la femme. Fallait-il que ce consentement intervint dans une certaine forme, à un certain moment? Non: rien de semblable n'est exigé. Le consentement de la femme peut se manifester d'une manière quelconque; il peut être exprès ou tacite: en un mot, il faut suivre ici les mêmes règles que quand il s'agit d'apprécier la validité d'un de ces contrats qui se forment *solo consensu*. Ce consentement peut aussi être donné après coup, sous forme de ratification de l'aliénation faite par le mari seul Scævola le reconnaît dans la loi 50, *Soluto matrimonio; Digeste*.

La défense faite au mari d'aliéner le fonds dotal, *inviâ uxore*, n'a été portée que dans l'intérêt de la femme. (Loi 3, § 1. *De fundo dotali. Dig.*) D'où il résulte que le droit d'attaquer l'aliénation ne peut

naître qu'en la personne de la femme, sauf à être transmis par elle en même temps que le droit à la dot dont il est la garantie. Si donc un étranger, en constituant la dot, en a stipulé la restitution à son profit, la disposition de la loi Julia est tout à fait inapplicable; le stipulant n'a que les droits d'un créancier ordinaire, par exemple le droit d'attaquer les actes du mari comme faits *in fraudem*. Il suit encore de là que si la femme meurt avant que l'aliénation n'ait eu lieu, l'héritier qui succède au droit de réclamer la dot en général n'a pas le droit d'attaquer l'aliénation; ce dernier droit n'ayant jamais appartenu à la femme, n'a pas été transmis par elle à son héritier, et d'un autre côté il ne peut pas naître en la personne de l'héritier.

La prohibition de la loi Julia se perpétua jusqu'à Justinien; ce prince la généralisa; on ne distingua plus si l'immeuble était situé en Italie ou dans les provinces: d'un autre côté, cette défense devint absolue, le consentement de la femme fut désormais impuissant à valider l'aliénation faite par le mari, l'inaliénabilité dotale fut fondée.

Il nous reste à examiner les droits de la femme sur ses biens dotaux; maintenant que nous connaissons ceux du mari, cette étude est facile. Dans le principe, le mari étant entièrement propriétaire de la dot et son droit n'étant restreint en aucune manière, il ne pouvait être question pour la femme de droits sur la dot. Mais la loi Julia, en défendant au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de sa femme, n'a-t-elle pas eu pour conséquence d'établir à

son profit une sorte de domaine sur ce même fonds dotal ? Certains textes pourraient le faire penser ; mais il n'en pouvait être ainsi. L'immeuble, en effet, ayant été mancipé ou cédé *in jure* par le propriétaire au mari, ou celui-ci en ayant accompli l'usucapion, il serait contraire à tous les principes que la propriété du mari ne fût pas exclusive d'une propriété, appartenant à une autre personne sur la même chose. Aussi la loi 7 *de fundo dotali* dit-elle qu'une servitude ne peut subsister au profit du fonds dotal à la charge d'un fonds appartenant au mari, parce qu'il y a confusion. Or, si la femme conservait ou obtenait une portion quelconque dans la propriété du fonds dotal, il n'y aurait pas confusion et il faudrait reconnaître le maintien de la servitude. Justinien permit à la femme d'agir par voie de revendication : c'était lui reconnaître un droit de propriété sur la dot. On a prétendu que ce droit lui avait depuis longtemps été reconnu par la jurisprudence, mais rien ne prouve ce prétendu droit, et ce n'est qu'au temps de Justinien que nous le voyons établi d'une manière certaine.

La femme cependant profite de sa dot, elle en a l'émolument, dit un jurisconsulte ; mais elle l'a en ce sens que sa dot étant destinée à subvenir aux charges du ménage, et les besoins de la femme faisant partie de ces charges, la dot subvient par là même aux besoins de la femme. Elle a de plus un droit à la restitution de la dot, que nous avons vu naître de dispositions spéciales d'abord au cas de divorce, généralisées dans la suite, et que la jurisprudence vint bientôt consacrer. Jusqu'à Justinien la

femme n'eut pour assurer cette créance qu'un simple privilège : ce prince accorda à la femme une hypothèque légale, d'abord spéciale sur les biens apportés en dot, puis générale sur tous les biens de son mari, ne traitant pas de la dot en général mais seulement des droits du mari sur les biens de la femme; nous n'avons pas à nous appesantir sur cette hypothèque, qui a fait surgir des questions importantes.

La destination de la dot, qui est de fournir de la part de la femme une contribution aux charges du mariage, subsiste pendant toute la durée du mariage. De là la conséquence que le mari ne peut pas être obligé à la restitution de la dot durant le mariage. Mais la législation romaine est allée plus loin. Par suite de cette considération, qu'il est d'intérêt public de conserver aux femmes leur dot, afin qu'elles puissent se remarier (1), considération très-importante dans un état où le divorce était si fréquent, la restitution de la dot fut interdite au mari durant le mariage.

De là, deux maximes : 1° le mari n'est pas tenu de restituer la dot durant le mariage ; 2° le mari ne peut pas restituer la dot durant le mariage.

1° La première maxime ne souffre exception que dans le cas où le mari est insolvable. Dans ce cas, l'existence de la dot tout entière est mise en péril : la femme a intérêt à en obtenir immédiatement la restitution, on lui accordait une action.

(1) Loi 2, Digeste, *De jure dotium*.

2° La seconde maxime se rattache à une règle plus générale qui interdit aux époux toute convention par laquelle ils voudraient changer la destination de la dot *constante matrimonio*. Des exceptions y furent introduites.

La loi 73, § 1, Digeste, nous les fait connaître ; la dot pouvait être valablement restituée pendant le mariage : 1° Afin que la femme pût à ses besoins et à ceux de ses gens. Diverses circonstances pouvaient amener la nécessité ou la convenance d'un pareil arrangement entre les époux, par exemple, l'éloignement du mari pour cause de service militaire, de missions politiques, de voyages de commerce ;

2° Pour fournir à la femme le moyen d'acheter un fonds convenable, soit une terre productive, soit une maison commode ;

3° Pour mettre la femme en état de soutenir ou de racheter de captivité des personnes qui lui tiennent de près. Cette exception paraît n'avoir pas été expressément posée dans la loi, mais avoir été introduite par la doctrine des jurisconsultes.

La dissolution du mariage pouvait avoir lieu de diverses manières ; avait-elle lieu par le prédécès de la femme, le mari n'était obligé à aucune restitution, du moins au temps des jurisconsultes. Deux cas seulement faisaient exception : si le père existait encore, la dot par lui donnée lui revenait, mais en laissant au moins un cinquième par enfant, sans limitation (Ulpien, *Reg.* VI, 4). De même, la dot devait être restituée si le constituant avait stipulé

qu'on la lui rendrait. Ces exceptions devinrent la règle sous Justinien, les héritiers purent désormais demander que la dot leur fût toujours rendue, alors même que la dissolution ne fût arrivée que par la mort de la femme.

Le mariage est-il dissous par le prédécès du mari, la dot doit être restituée par ses héritiers, soit à la femme seule, si elle est *materfamilias*, soit au père assisté de la femme, si elle est *filiafamilias*.

Est-il dissous par un divorce, le mari doit toujours en principe restituer la dot. Cependant si la femme meurt après le divorce, l'action ne passe à ses héritiers que si le mari a été mis en demeure de restituer la dot par une interpellation devant le magistrat. (Ulpien, *Reg.*, titre iv, § 7. Patric. § 117.)

La restitution devait avoir lieu immédiatement s'il s'agissait de choses fongibles, en trois termes annuels pour les biens fongibles.

Cette action de la femme était restreinte dans certains cas par le droit qu'avait le mari de faire certaines retenues : il y avait retenue *propter liberos*, si le divorce était intervenu par la faute de la femme ou du père qui a sur elle la *potestas* ; le mari pouvait alors retenir un sixième par enfant, sans pouvoir toutefois aller au delà de trois sixièmes. Mais l'existence d'enfants ne donnait au mari aucun droit de retenue, si le divorce avait lieu par sa faute. « *Si viri culpâ factum est divortium, etsi mulier nuntium remisit, tamen pro liberis manere nil oportet.* » Cicéron, *Topiques*, chap. iv.

Dès le commencement de l'empire apparut une

seconde cause de retenue, la retenue *propter mores*, pour inconduite de la part de la femme ; le mari retenait un sixième *propter graviores mores*, un huitième *propter leviores mores*. L'atteinte grave aux mœurs comprenait seulement l'adultère ; tous les autres faits ne constituaient que des atteintes légères.

Il y avait enfin retenue pour cause de dépenses faites par le mari sur le fonds dotal. Ces dépenses pouvaient être de trois sortes :

1° Ou elles étaient nécessaires : le mari en les faisant n'avait fait que conserver le fonds. Il devait être dès lors remboursé intégralement, et pouvait retenir sur la dot le montant de ces dépenses ;

2° Ou elles étaient simplement utiles, c'est-à-dire ne servaient pas à conserver la chose, mais seulement à l'améliorer ; faute de ces dépenses la chose n'eût pas péri ; mais, grâce à ces dépenses, elle vaut plus qu'auparavant. Si elles ont été faites par le mari du consentement de la femme, il les retiendra ; s'il les a faites sans son consentement, il ne pourra s'en faire tenir compte qu'autant que les circonstances n'en rendraient pas le remboursement trop onéreux à la femme (Pellat, *de jure dotium*, p. 39). Dans les deux cas, la voie de la rétention était seule ouverte au mari ;

3° Ou les dépenses n'étaient que voluptuaires, c'est-à-dire de nature à augmenter l'agrément du fonds, mais inutiles pour sa conservation ou son amélioration. De telles dépenses ne donnaient lieu ni à une rétention, ni à plus forte raison à une action,

quand même elles auraient été faites du consentement de la femme.

La restitution ne peut être exigée si l'objet dotal a péri par cas fortuit ; si cependant il avait été apporté en dot avec estimation, cette estimation valant vente, le mari était tenu des risques.

3° — *Biens paraphernaux.*

Le mari n'avait aucun droit sur les biens que la femme n'avait pas apportés en dot, mais s'était réservés à titre de paraphernaux : c'est ce que constate la loi 8 *de pactis* au code, où nous voyons que le mari n'avait, sur ces biens, d'autres droits que ceux que la femme voulait bien lui laisser prendre.

Il pouvait arriver que ces biens paraphernaux eussent été livrés par la femme au mari : celui-ci en devenait-il alors propriétaire ? Il y a là une question d'intention. La femme a-t-elle voulu que la propriété fût transférée au mari ? Il en est devenu propriétaire et, à la dissolution du mariage, la femme doit avoir contre lui, non la revendication, puisqu'elle n'est plus propriétaire, mais la *condictio sine causâ*, puisque le mari les garderait sans motif ; les relations qui avaient motivé cette translation ayant pris fin. C'est ce qu'enseigne Ulpien, loi 9, § 3 *de jure dotium*, et ce jurisconsulte cite à l'appui de son opinion deux rescrits, l'un de Marc-Aurèle et l'autre de Caracalla.

Si la femme apporte dans la maison certains effets, après en avoir fait dresser un état qu'elle a fait signer

par le mari, il ne résultera pas de là que la propriété de ces effets soit transportée au mari ; l'on ne peut trouver là, en effet, l'intention d'opérer cette translation de propriété ; on veut seulement, au moyen de cet état signé par le mari, se ménager le moyen de prouver, en cas de dénégation, que ces choses ont été apportées dans la maison du mari.

Si le mari ne rend pas à la femme ces objets dont elle a conservé la propriété, il faut distinguer, pour savoir quelle action sera accordée à la femme, si ces objets ont été confiés au mari ou s'ils sont restés sous la garde de la femme. Dans le premier cas, le mari est tenu de l'*actio depositi* ou de l'*actio mandati*, suivant qu'il s'est chargé de laisser seulement les choses avec les siennes propres ou qu'il s'est engagé à leur donner une attention particulière. Dans le deuxième cas, le mari n'est tenu d'aucune obligation contractuelle ; la femme aura contre lui tantôt l'*actio rerum amotarum*, tantôt l'*actio ad exhibendum*. Lorsqu'en retenant les choses de la femme, le mari a voulu se les approprier, qu'il s'est ainsi mis dans la position d'un voleur, la femme a contre lui l'*actio rerum amotarum* ; car le fait qui donnerait lieu à la *condictio furtiva* entre personnes étrangères, donne ouverture à l'*actio rerum amotarum* entre époux. Quand, sans avoir l'intention de dérober ces objets, le mari ne les représente pas, la femme intente contre lui l'action *ad exhibendum*.

Telles furent les phases que traversa l'autorité maritale pendant les quelques siècles que vécut la société romaine. Nous avons vu la femme tour à

tour soumise au joug le plus dur ; confondue sous l'autorité absolue du chef de famille avec les esclaves et les choses ; dépouillée de toute personnalité civile, n'échapper à la personne d'un père ou d'un mari que pour être assujettie à la jalouse tutelle des agnats ; et puis les rudes institutions du vieux droit s'adoucir peu à peu au contact de la civilisation ; la puissance du mari disparaître ; la tutelle sans force et sans pouvoir, d'abord abolie en partie, tomber enfin en désuétude ; les femmes passer alors de la servitude la plus inouïe à une liberté presque sans limites ; ne connaître d'autre puissance que la puissance affaiblie de leurs ascendants ; être soumise à peine à quelques restrictions de capacité ; sans liens d'intérêts ni de soumission avec leurs maris, être encore séparées d'eux par le système de défiance et de suspicion qui régissait la dot ; dès lors, abusant des facilités du divorce, ne plus compter les années par le nombre des consuls, mais par le nombre de leurs maris (Sénèque).

A côté de cette civilisation décrépète se trouvaient des peuples aux institutions sévères et barbares, aux mœurs encore sauvages, mais qui étaient aussi étrangers à la corruption romaine qu'à sa civilisation. La famille était forte chez les Germains : ce n'était plus l'asservissement de tous sous le despotisme d'un seul, ce n'était pas non plus l'absence de tout lien, de toute dépendance. Le droit germanique avait su éviter les deux excès dans lesquels était tombé le droit romain. La famille était une société, les forts devaient y protéger les faibles, et ce devoir de protection leur

donnait un droit de tutelle qui cessait dès qu'il n'était plus nécessaire à l'exercice du devoir de protection. Le *mundium* du père protégeait la femme dans sa première famille, le *mundium* du mari la protégeait dans la famille que lui créait son mariage, mais il n'empêchait point qu'elle ne fût considérée comme l'associée de son mari. Le mari est, au dehors, le représentant de l'association conjugale ; c'est lui qui défend sa femme en justice, et, s'il le faut, par le glaive ; mais sa puissance n'est que d'un chef et non pas d'un maître. Il peut disposer des revenus du bien conjugal et tous les fruits lui appartiennent ; mais il ne peut aliéner les propres de la femme, et quand celle-ci veut vendre, il figure dans l'acte, non pas comme un propriétaire aliénant, mais comme un simple tuteur donnant son autorisation. Bien plus, on considère souvent la femme comme l'héritière naturelle de son époux, et à ce titre elle a, comme les héritiers du sang, le droit de paraître à la vente des biens propres du mari, il y faut son consentement.

Qu'au milieu de ces peuples apparaisse une religion divine, qui proclame, au nom de la vérité, la sainteté du lien conjugal, qui enseigne que la famille est une société et que le mari en est le chef, qui flétrisse le divorce, connu mais peu pratiqué des Germains, et l'on verra se fonder les principes qui nous régissent encore aujourd'hui. Le *mundium* disparaît peu à peu et se convertit en la nécessité d'une simple autorisation. Le divorce recule chaque jour devant les progrès de la législation, et le mariage

prend un caractère inconnu jusqu'alors ; c'est ainsi que s'accomplit, en faveur de la femme, cette loi mystérieuse du progrès, que les désordres ou les défaillances des individus ou des nations peuvent paralyser un instant, mais qu'il n'est pas en leur pouvoir de détruire, parce qu'elle est la pensée de Dieu, le devoir de l'homme et le besoin de l'humanité.

DEUXIÈME PARTIE

DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

DANS NOTRE ANCIEN DROIT

La législation ancienne variait suivant que l'on se trouvait en pays de droit coutumier ou en pays de droit écrit ; ces derniers suivaient le droit romain et nous n'avons pas à nous en occuper. Les premiers étaient régis par une foule de coutumes, toutes différentes les unes des autres, et réglant de manières diverses l'incapacité de la femme mariée. La coutume de Paris, cependant, contenait le droit le plus généralement admis. C'est à son point de vue que nous nous placerons, tout en faisant quelques incursions dans la coutume d'Auvergne, coutume toute d'exception.

Pothier nous apprend que le droit français fait principalement consister la puissance du mari sur la personne de la femme, « en ce qu'elle ne peut rien

faire de valable et qui ait quelque effet civil, si elle n'a été autorisée par lui à le faire. » On ne retrouve donc plus, dans notre ancien droit, la vieille rigueur romaine, on n'y retrouve point non plus l'entière indépendance de la femme du Bas-Empire : un système mixte a prévalu. La femme n'est plus asservie, mais elle n'est point entièrement livrée à elle-même, et pour la plupart des actes, elle doit être autorisée par son mari.

SECTION PREMIÈRE.

Qu'est l'autorisation du mari? — Son fondement.

« On peut définir l'autorisation du mari, nous dit « Pothier, un acte par lequel le mari habilite sa « femme pour quelque acte qu'elle ne peut faire que « dépendamment de lui. »

Le besoin que la femme avait de cette autorisation de son mari n'était point fondé sur la faiblesse de sa raison, car une femme mariée n'a pas la raison plus faible que les filles et les veuves, qui n'ont pas besoin de cette autorisation ; mais bien sur la puissance que le mari a sur la personne de sa femme, qui ne permet pas à cette femme de faire aucun acte, indépendamment de lui. Certains auteurs n'adoptaient cependant pas ce motif donné par Pothier. Rebuffe, (sur la loi 19 *de verb. signif.*), disait que la faiblesse de la femme était la seule raison de la nécessité de l'autorisation. Bouhier la voyait dans des motifs de

bienséance. Enfin, Merlin dit qu'il y avait diverses raisons, suivant les différentes coutumes.

SECTION DEUXIÈME.

Quand l'autorisation du mari est-elle nécessaire?

La puissance qu'a le mari sur la personne de sa femme n'est qu'un effet du mariage; la nécessité de l'autorisation qui en est la suite ne peut donc exister que s'il y a mariage. Quelques coutumes cependant, parmi lesquelles la coutume d'Auvergne, enveloppaient la fiancée dans la même incapacité que la femme mariée. Disposition inepte, disait Dumoulin, mais qui ne devait pas moins être suivie, dans le territoire des coutumes qui l'admettaient.

Mais la femme mariée n'était pas incapable entièrement, ce n'était que pour des actes déterminés que l'autorisation était exigée. La coutume d'Orléans en avait une disposition expresse, elle défendait : 1° *toute aliénation*, aliénation de meubles comme aliénation d'immeubles, nécessaire aussi bien que volontaire; d'où il suivait que la femme ne pouvait faire un paiement valable, ni répudier une succession, ni même l'accepter, soit tacitement, soit expressément; 2° *tout contrat*, soit qu'il fût préjudiciable à la femme, soit qu'il lui fût avantageux; 3° *les obligations*. La femme mariée ne pouvait s'obliger sans le consentement de son mari. Mais cette maxime doit être restreinte au cas où l'obligation naît de quelque fait de la femme pour lequel elle n'aurait

pas été autorisée. Mais quant aux obligations que nous contractions, sans aucun fait de notre part, la femme en est capable comme toute autre personne sans le consentement de son mari. Ainsi, elle est obligée, *ex quasi contractu, ex delicto* ou *ex quasi delicto*; 4° tout procès. La femme ne peut ester en jugement si elle n'est autorisée. Lors donc qu'une femme mariée intente une demande, l'exploit d'assignation doit être, sous peine de nullité, donné à la requête du mari et de la femme. De même, et sous la même sanction, lorsque quelqu'un intente une action contre une femme mariée, il doit donner la demande contre le mari et la femme; 5° enfin, quelques coutumes exigeaient, même pour les actes de dernière volonté, l'autorisation du mari, leur nombre était fort restreint.

Telle est la règle, mais elle souffre de nombreuses exceptions. Ces exceptions s'appliquent soit à la femme séparée de biens, soit à la marchande publique, soit à certaines circonstances dans lesquelles l'acte est accompli.

1° *Femme séparée de biens.* — Le besoin qu'avait une femme de l'autorisation de son mari pour les contrats et autres actes qui se présentent dans le commerce de la société civile, ayant son fondement dans la puissance que son mari avait sur sa personne, on en avait conclu que la femme, quoique séparée de biens, devait être autorisée, sauf pour les actes qui ne concernaient que la simple administration de ses biens; mais quant à cette administration elle était entièrement libre. Ainsi elle pouvait, quant à elle,

contracter et s'obliger comme bon lui semblait; bien plus, elle pouvait ester en jugement : la coutume de Paris lui accordait ce droit d'une manière générale, mais Pothier disait fort bien : Que ce droit, n'étant qu'une suite du pouvoir que la séparation donne à la femme d'administrer ses biens sans avoir besoin pour cela de son mari, cette exception ne doit évidemment s'entendre que des actions qui concernent l'administration des biens. Il fallait, d'après la coutume de Paris, que la séparation eût été exécutée, car les sentences de séparation qui n'avaient pas été mises à exécution étaient regardées comme non avenues, et n'avaient aucun effet.

2° *Femme marchande publique* : « La femme marchande publique se peut obliger, sans son mari, « touchant le fait et dépendance de ladite marchandise. » (Art. 230, *Cout. de Paris*.) Mais il fallait, pour cela, que la femme eût un commerce à elle, et il ne suffisait point qu'elle détaillât les marchandises de son mari; assimilée alors à un facteur ou à un commis, elle n'était pas réputée marchande publique. Cette qualité, du reste, ne donnait pas, dans le ressort de la Coutume de Paris, le droit d'ester en jugement sans aucune autorisation; quelques coutumes le lui permettaient bien, mais Pothier nous dit que leur disposition ne devait pas être étendue aux coutumes qui ne la reproduisaient pas.

3° Était excepté de la nécessité de l'autorisation, le contrat fait par une femme pour retirer son mari de prison; comme la défense de la femme contre qui on a intenté une action criminelle.

Tel était le droit commun : de nombreuses exceptions y étaient apportées par les coutumes. Ainsi, la Coutume d'Auvergne distinguait les biens de la femme en biens paraphernaux ou adventifs et en biens dotaux. Les biens dotaux étaient tous ceux qui appartenaient à la femme au moment de son mariage, s'il n'y avait convention contraire, et, parmi les biens à venir, ceux qu'elle s'était constituée en dot.

Sur ses biens paraphernaux, la femme conservait tous ses droits ; elle pouvait en disposer à son plaisir et volonté, par quelque contrat que ce fût, sans que le consentement de son mari fût nécessaire. Une seule exception était admise en ce qui concernait les aliénations au profit du mari. Quant aux biens dotaux, le mari en avait la jouissance et exerçait toutes les actions personnelles et possessoires qui les concernaient. Les actions réelles étaient exercées par la femme avec l'autorisation de son mari.

SECTION TROISIÈME.

Par qui doit être donnée l'autorisation.

En principe, l'autorisation doit être donnée par le mari. Peu importe qu'il soit majeur ou mineur. Le mari mineur peut même autoriser sa femme majeure. La nécessité de l'autorisation découlant, en effet, de la puissance maritale, le mari à qui appartient cette puissance, malgré sa minorité, est ca-

pable d'autoriser sa femme. Mais si l'autorisation lui fait éprouver un préjudice, il est restituable et peut obtenir des lettres de rescision contre l'autorisation qu'il a donnée. L'acte fait par la femme, même majeure, devient dès lors nul, faute d'autorisation. (Pothier.)

Si la femme est aussi mineure, le mari mineur ne peut l'autoriser que pour les actes qu'un mineur peut faire sans assistance de curateur; mais il ne peut lui tenir lieu de curateur, comme il le pourrait s'il était majeur.

Il pourrait arriver que le mari refusât d'autoriser sa femme pour des actes qu'elle a intérêt à faire, ou qu'il fût dans l'impossibilité d'accorder cette autorisation. Le juge y supplée alors au moyen d'une ordonnance apposée au bas de la requête faite à cet effet. Le juge séculier peut seul accorder cette autorisation. Ainsi, si le mari est en démence, comme la démence empêche seulement l'exercice du droit de puissance, l'autorisation du juge est nécessaire. De même si l'on ignore où est le mari, car la puissance subsiste tant que la mort n'est pas prouvée. Mais si le mari perd son état civil par une condamnation à une peine capitale, il n'en est pas ainsi : le mari perd alors tous ses droits, et, par suite, le droit de puissance maritale. Or, l'autorisation n'était nécessaire qu'à cause de cette puissance. La femme n'a donc plus besoin ni de l'autorisation de son mari, ni de l'autorisation supplétive du juge.

SECTION QUATRIÈME.

Comment et quand doit s'interposer l'autorisation du mari.

S'agit-il d'actes extra-judiciaires, une distinction est nécessaire. Pour les actes d'administration, une autorisation générale suffit. A l'égard des autres actes et contrats, l'autorisation du mari doit être expresse et spéciale pour le contrat qui se passe. Et non-seulement une autorisation générale est insuffisante, mais encore le concours du mari dans l'acte ne suffirait pas. Il est absolument nécessaire qu'il autorise sa femme. « Ce terme est comme sacramentel, » dit Pothier, et je ne vois que celui d'habiliter qui puisse paraître équipollent. » (Pothier, *Puissance du mari.*)

Mais il n'est pas expressément nécessaire que l'autorisation du mari, dont la femme a besoin pour contracter, soit interposée lors de la passation du contrat pour lequel on en a besoin. Cependant, si l'autorisation a été donnée avant l'acte, il faut que, dans le contrat, la femme se dise autorisée. Il ne suffirait pas qu'elle l'eût été depuis le contrat, quoique dans le contrat elle se fût dite d'avance autorisée de son mari, dans la confiance qu'elle avait d'obtenir cette autorisation. (Pothier, *ibid.*)

S'agit-il d'actes judiciaires, aucun terme sacramentel n'est exigé, et non-seulement le mari n'est

pas obligé d'autoriser expressément sa femme, mais encore il est censé suffisamment l'autoriser, lorsqu'il est en qualité dans l'instance conjointement avec elle. Il suffit, lorsque la femme a une demande à intenter, que l'exploit d'assignation soit donné à la requête du mari et de la femme; pareillement, pour que la femme soit censée suffisamment autorisée à une demande, il suffit que, sur l'assignation donnée à son mari et à elle, son mari et elle constituent conjointement procureur, et que le mari défende conjointement avec elle.

SECTION CINQUIÈME.

Effet soit de l'autorisation, soit du défaut d'autorisation.

L'effet de l'autorisation est de rendre la femme aussi capable de l'acte pour lequel elle est autorisée qu'elle le serait si elle n'était pas mariée.

Quant au défaut d'autorisation, la sanction en était une nullité absolue ou relative, suivant que l'on adoptait l'un ou l'autre motif de la nécessité de l'autorisation. D'après le droit commun, cependant, c'était la nullité absolue qui prévalait. (Arrêt du Parlement de Paris, 22 août 1735.) Aucune lettre de rescision n'était nécessaire, et la demande en nullité durait trente ans. Si la femme était en justice sans l'autorisation de son mari, et qu'un jugement intervint à son avantage, elle ne pouvait s'en préva-

loir, la nullité étant absolue et d'ordre public. Dans le droit commun, l'assignation, qui n'était donnée qu'à la femme, était aussi nulle, *ipso facto*, parce que la femme n'avait pas alors été mise à même de se défendre.

Une controverse s'était élevée sur le point de savoir si la caution d'une femme, qui a contracté sans l'autorisation de son mari, est obligée. (Tiraqueau, *De legibus connubialibus* ; Renusson, *Commun.*, part. 1, chap. vii, n° 30 ; Ferrière, Domat et le président Bouhier se prononçaient pour l'affirmative. La négative était, au contraire, soutenue par Lebrun, *Communauté*, liv. II, chap. 1, et par Pothier, *Oblig.*, 303.) C'est aussi l'avis adopté par Merlin dans son *Répertoire*. La même question est encore aujourd'hui controversée, et nous verrons que, dans notre droit actuel, elle divise encore les auteurs.

TROISIÈME PARTIE

DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

DANS NOTRE DROIT ACTUEL

PRÉLIMINAIRES

Notre droit actuel s'est inspiré, comme notre ancien droit, des principes apportés par les Germains lors de leur invasion dans l'empire romain : la famille est à ses yeux une société, et si la femme est vis-à-vis de son mari dans un certain état de dépendance, cette dépendance n'a rien de l'asservissement dans lequel se trouvait la femme romaine : elle ne se manifeste guère, comme avant 1789, que par la nécessité d'une autorisation que la femme doit obtenir de son mari pour certains actes et dans certaines circonstances.

L'on a beaucoup varié cependant sur les motifs qui servent de base à l'incapacité de la femme ma-

riée. Nous avons vu ce point déjà controversé dans notre ancien droit; nous avons vu que le droit commun penchait à y voir une conséquence de l'autorité maritale. Aujourd'hui, la controverse n'a fait que s'accroître. Trois systèmes peuvent résumer les diverses opinions émises à ce sujet.

Premier système. La puissance maritale est le seul motif sur lequel repose l'incapacité de la femme mariée. Il ne faut pas chercher ailleurs que dans la déférence due par la femme à son mari la cause de la nécessité où elle se trouve de prendre son autorisation. Ce sentiment a été adopté notamment par Delvincourt, t. I, p. 78; Merlin, *Questions*, t. IX v°, *Puissance maritale*, § 4, et Dalloz, *Jurisprudence générale*, *Recueil alphabétique*, v° *Mariage*, t. X, page 140, n° 2.

Deuxième système. La puissance maritale est bien l'un des motifs sur lesquels repose la nécessité de l'autorisation, mais ce n'est pas le seul : la loi l'exige encore dans l'intérêt personnel et individuel de la femme. Cette opinion est celle de Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, p. 434; de M. Valetto, *Explication sommaire du premier livre du Code Napoléon*, p. 110, et de M. Moulon, *Répétitions écrites*, t. I, p. 370-381.

Troisième système. Indépendamment de la puissance maritale, qui est un des fondements de l'incapacité de la femme mariée, la loi exige encore l'autorisation au profit des intérêts matrimoniaux et collectifs des époux; mais elle n'a pas eu égard aux intérêts personnels de la femme considérés comme

distincts des intérêts du mariage. Tel est le sentiment de Zacchariæ, t. III, p. 323 et 324, et de M. Demolombo, t. IV, p. 115 et 117. Tel est aussi le mien. Le législateur venait en effet d'organiser une société et de lui donner un chef, il fallait lui donner l'unité : il a cherché à le faire en établissant la nécessité d'une autorisation. « L'indépendance absolue des parapher-
« naux, disait le tribun Gillet, au tribunat, blesserait
« cette unité, cette communication indivisible de
« toutes les choses de la vie qui est un des princi-
« paux caractères du mariage. »

Tout système contraire est impuissant à expliquer les dispositions de la loi. Pourquoi, en effet, le mari mineur ne pourrait-il autoriser sa femme, si cette autorisation n'était exigée qu'à cause du respect qui lui est dû ? Pothier s'en exprimait formellement, et donnant pour motif de l'autorisation maritale la seule puissance du mari, il en concluait que le mari mineur pouvait donner cette autorisation. Les rédacteurs du Code, qui se sont si souvent inspirés de Pothier, n'ont cependant pas accordé ce pouvoir au mineur. C'est une preuve évidente qu'ils n'ont pas été entraînés par le même motif. Pourquoi, encore, si l'on adoptait le premier système, l'incapacité de la femme subsisterait-elle après que le mari a perdu la puissance maritale par une condamnation à une peine afflictive ou infamante ? Elle cessait dans notre ancien droit, qui était conséquent avec son principe. L'art. 221 du Code Napoléon en décide autrement.
— Pourquoi, enfin, l'acte fait sans autorisation pourrait-il être attaqué par la femme elle-même, s'il

ne blessait que la puissance du mari, et si son seul vice n'était que la violation de l'autorité du chef de la famille?

Le deuxième système nous paraît encore moins fondé. La femme, depuis notre législation, est généralement capable de tous actes : nous ne connaissons plus la tutelle perpétuelle des femmes; la fille ou la veuve jouit des mêmes droits que tout homme. Notre législateur n'a pas cru, en ce qui les concernait, à cette prétendue ignorance des affaires, à cette incapacité naturelle dont argumente le deuxième système : Pourquoi y aurait-il cru plutôt en ce qui concernait la femme mariée? Le mariage aurait-il donc pour effet de rendre moins intelligente la femme qui l'était avant, moins apte aux affaires celle qui, non encore mariée, était capable de les gérer? Poser une telle question, c'est la résoudre. Le Code n'a donc pas cru à cette incapacité naturelle dont l'expérience prouve la fausseté, et il ne pouvait y croire lorsque déjà à l'époque romaine on la tenait pour inexistante, tout en l'invoquant comme raison de la tutelle perpétuelle : « La femme est en tutelle, disait Gaius, à cause de l'ignorance des affaires et de la faiblesse de son sexe. Mais cette raison est plutôt spécieuse que vraie. »

Si l'on adopte le troisième système, tout s'explique, tout se comprend :

1° Le mari mineur ne peut autoriser sa femme, parce que la loi ne lui reconnaît pas encore assez d'expérience pour accomplir son devoir de gardien des intérêts communs de la famille : elle lui substitue la justice.

2° La nécessité de l'autorisation subsiste encore après que le mari est déchu de sa puissance maritale, car, le droit perdu, reste le devoir, et comme il est incapable et indigne de le remplir, la justice encore viendra le suppléer.

3° La femme peut elle-même opposer la nullité résultant du défaut d'autorisation. La protection du mari ayant en effet manqué aux intérêts matrimoniaux, la femme, que ces intérêts concernent manifestement, a le droit de se prévaloir d'une incapacité établie pour leur garantie.

Nous dirons donc que ce sont surtout les intérêts matrimoniaux que le législateur a voulu sauvegarder, et que, pour arriver à ce but, il a dû nécessairement prendre soin que l'autorité maritale fût respectée.

Les motifs de l'autorisation maritale connus, nous avons à nous demander quand elle est exigée, par qui et de quelle manière elle doit être accordée, enfin quels sont les effets soit de l'autorisation, soit du défaut d'autorisation.

CHAPITRE I^{er}.

DANS QUELS CAS L'AUTORISATION EST-ELLE NÉCESSAIRE À LA FEMME MARIÉE?

La nécessité de l'autorisation maritale est une suite du mariage, elle commence avec lui, dure autant qu'il et ne cesse que lorsqu'il se dissout.

La séparation de corps prononcée soit au profit de la femme, soit contre elle, ne la fait pas disparaître, car le mariage subsiste; il y a toujours des intérêts matrimoniaux qui méritent d'être sauvegardés et le changement qui s'opère n'est qu'une conséquence de la séparation de biens qui est elle-même l'accessoire de la séparation de corps.

L'autorisation est exigée soit pour les actes judiciaires, soit pour les actes extrajudiciaires. Parcourons dans ces deux sortes d'actes les différents cas auxquels doit s'appliquer la règle et les exceptions qui doivent y être apportées.

1. — *Actes judiciaires.*

L'art. 215 est ainsi conçu : « La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens. »

Cette rédaction, qui paraît si précise, ne laisse pas que d'être défectueuse. Sans nous arrêter sur cette expression singulière : « ester en jugement, » traduction imparfaite du latin : « *stare in judicio*, » nous ferons remarquer que ce membre de phrase : ... quand même elle serait... non commune... est pour le moins inutile. Il semble dire que la qualité de non commune donne à la femme plus de droit que la qualité de commune; il n'en est rien cependant; bien au contraire, le régime exclusif de communauté est l'un de ceux qui restreignent le plus les droits de la femme.

Quoi qu'il en soit, la règle formulée par notre article est très-claire et la femme mariée ne peut, règle générale, être partie en un procès si elle n'a obtenu l'autorisation de son mari. Un procès peut être civil ou criminel, et, dans tout procès criminel, l'on doit encore distinguer les affaires criminelles, les affaires correctionnelles et les affaires de simple police. Étudions séparément la position de la femme dans chacune de ces situations.

S'agit-il d'un procès civil, l'autorisation du mari est toujours nécessaire, que la femme plaide contre un tiers ou contre son mari, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, et quelle que soit d'ailleurs l'espèce d'instance dans laquelle elle soit engagée. C'est ainsi que la femme devrait se faire autoriser dans une procédure en séparation de biens ou en séparation de corps poursuivie par elle contre son mari; car la séparation de corps n'opère pas la dissolution du mariage et ne relève pas la femme de son incapacité. La séparation de corps eût du reste entraîné la dissolution du mariage, que notre solution n'en eût pas été changée; la simple demande n'eût pu produire l'effet du jugement et, tant que la séparation n'eût pas été prononcée, le mariage aurait subsisté avec tous ses effets, avec la nécessité de l'autorisation maritale. Mais si l'autorisation est nécessaire même dans ce cas, elle n'est cependant pas donnée d'après les règles ordinaires; le mari la refusant, le président seul, non le tribunal entier, est appelé à le suppléer et son autorisation paraît n'être que de pure forme. (Proudhon-Valette.) La même décision doit

être donnée quant à la demande en interdiction poursuivie contre la femme mariée.

Un arrêt de cassation du 9 janvier 1822 l'a ainsi décidé en donnant au mari, dont l'autorisation n'avait pas été obtenue, le droit de former opposition.

Mais supposons que ce soit la femme qui poursuive l'interdiction de son mari; d'après certains auteurs, la loi elle-même, dans l'art. 490, autorise la femme. (Zaccaria, Aubry et Rau, S. iv, p. 127.)

Cette opinion nous paraît devoir être rejetée: l'art. 218 pose une règle générale; l'art. 490 n'y déroge point: il régit en effet une toute autre matière, et s'occupe des personnes qui peuvent provoquer une interdiction; de ce qu'il donne ce droit au conjoint, on ne peut en conclure qu'il lui permette de l'exercer sans remplir les formalités ordinaires; accorder un droit, ce n'est pas régler l'exercice de ce droit. (Toulouse, 8 fév. 1823; Delvinc, t. I, p. 130; Merlin, *Autoris. marit.* Sect. vii, § 10; Demolombe, p. 148, t. IV.)

Une autre question controversée est celle de savoir si la femme a besoin d'une autorisation pour demander la nullité de son mariage. La négative a été admise par un arrêt de cassation du 31 août 1823, et un seul auteur: Cubain, *Droits des femmes*, n° 103. L'on peut dire à l'appui de cette opinion que, dès l'instant que la validité du mariage est contestée, ses effets doivent également être mis en doute; tant que le jugement n'a pas tranché la difficulté, on ne peut les invoquer, et la femme répondrait à son adversaire, qui lui dirait: Vous êtes mariée, et devez être auto-

risée : Je ne suis pas mariée et n'ai pas besoin d'autorisation.

Malgré toutes ces raisons, nous adopterons l'affirmative ; car le mariage a été célébré, il existe ; il est annulable, j'en conviens, mais tant que la justice n'en a pas prononcé la nullité, il subsiste, et ses effets doivent être produits. L'incertitude dans laquelle on se trouve alors doit être interprétée en faveur du mariage, et non contre lui. C'est en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence. (Cassat., 21 janvier 1845, 10 février 1851 ; Merlin, *Répert. V. Mariage*, sect. vi, § 2 ; Zacchariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 124 ; Massé et Vergé, t. I, p. 233.)

Si la femme ne peut ester en justice sans l'autorisation de son mari, elle peut du moins, sans cette autorisation, faire tous les actes conservatoires de ses droits, même ceux où le ministère d'un huissier est nécessaire. Ainsi elle peut former une opposition, faire faire un protêt ou une sommation. Une difficulté pourrait seulement s'élever, si par un tel acte la femme s'obligeait ; nous croyons que, même dans ce cas, la femme est capable de contracter : on ne peut, en effet, lui refuser de faire tous les actes conservatoires de ses droits. Les intérêts matrimoniaux, que nous avons dit être la base principale de l'incapacité de la femme, demandent qu'on lui accorde cette faculté ; or, ce serait rendre ces actes conservatoires impossibles que de défendre à la femme de s'engager à cette occasion. Sic. Mourlon, *Répét. écrites* ; Proudhon, *Traité des personnes* ; Contra, Duranton.

Si un procès a été entamé par la femme avant son mariage, il ne peut après le mariage être continué sans autorisation. Déjà Pothier, dans notre ancien droit, donnait cette solution, et l'on décide généralement qu'elle doit encore être donnée aujourd'hui.

S'agit-il d'un procès criminel, une distinction est nécessaire; si la femme est poursuivie au grand criminel, nulle autorisation n'est exigée d'elle; il en est de même si au correctionnel ou en simple police elle est poursuivie par le ministère public. L'autorité du mari, comme disait M. Portalis, disparaît alors devant celle de la loi, et la nécessité de la défense naturelle dispense la femme de toute formalité. Mais si, au correctionnel ou en simple police, la femme est poursuivie sur une citation directement donnée par la partie civile, comme les art. 145 et 182 du Code d'instruction criminelle permettent de le faire, la question est controversée. Certains auteurs ont prétendu qu'alors l'autorisation était nécessaire. (Marcad., art. 216 n° 1.)

Mais pourquoi l'exiger dans ce cas? L'art. 216 n'est-il pas général? Il dit que « l'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police. » Or, lors même que la poursuite est intentée directement par la partie civile devant le tribunal répressif, la femme n'en est pas moins poursuivie en matière criminelle ou de police. Le texte s'applique donc au cas qui nous occupe. Les motifs de la loi s'y appliquent aussi. La loi, en effet, veut dégager de toute entrave le droit de la défense: or, la partie civile,

lorsqu'elle agit directement devant un tribunal de justice répressive, « éveille et met en mouvement l'action publique, je dirai presque qu'elle l'introduit « et qu'elle l'exerce elle-même ! Car finalement voilà « le tribunal saisi ; et le ministère public peut requérir ! Et la peine est là, dès ce moment-là qui « menace la femme ! » Demolombe (Cassat., 17 mars 1837.)

SECTION II.

Actes extrajudiciaires.

Art. 217 : « La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari ou son consentement par écrit. »

Nous avons déjà dit, à propos de l'art. 215, que ces expressions : *même non commune*, étaient non-seulement inutiles, mais inexactes. Nous ferons remarquer ici que le législateur emploie pour exprimer son idée beaucoup plus d'expressions qu'il ne lui en était nécessaire et se répète sans nécessité. L'art. 217 revient en effet à dire que la femme ne peut ni aliéner, ni acquérir soit à titre gratuit, soit à titre onéreux ; car enfin donner, n'est-ce pas aliéner à titre gratuit, et celui qui hypothèque n'aliène-t-il pas à titre onéreux cette fraction du droit de propriété que l'on appelle l'hypothèque (*Arg.*, art. 2124). Nous dirons donc que la femme ne peut ni aliéner, ni ac-

quérir : tel est le principe contenu dans l'art. 217; c'est tout ce que dit cet article; il nous reste à appliquer ce principe aux contrats et quasi-contrats, délits et quasi-délits.

§ 1^{er}. — *Des contrats.*

Nul doute que la femme ne soit incapable des contrats qui lui feraient acquérir ou aliéner : par exemple d'une donation entre vifs, d'une vente, d'un prêt, ou d'une constitution d'hypothèque. Mais il est des contrats qui, sans produire cet effet, sont cependant pour la femme une source d'obligations. En est-elle capable, ou en d'autres termes peut-elle s'obliger? L'art. 217 n'établit pas expressément une telle incapacité; mais elle y est contenue si évidemment, elle ressort si nécessairement de ses termes qu'on ne peut hésiter à l'admettre. Celui qui s'oblige, en effet, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir (art. 2002). Or, pour conférer à des créanciers le droit de faire vendre ses biens, il faut avoir soi-même ce droit. Cette idée, plus qu'évidente par elle-même, a été consacrée par l'art. 2124. Si l'on examine bien du reste les termes de l'art. 217, on voit que l'incapacité de la femme mariée concerne les obligations aussi bien que toute autre espèce d'actes. La femme ne peut, en effet, s'obliger qu'à titre onéreux ou à titre gratuit; elle doit nécessairement se trouver dans l'une de ces deux hypothèses.

Or, si elle s'oblige à titre onéreux, elle acquiert ; si elle s'oblige à titre gratuit, elle donne, et l'art. 217 déclare qu'elle ne peut ni acquérir, ni donner sans l'autorisation de son mari (Valette-Duverger). La femme mariée ne peut donc s'obliger, pas plus qu'elle ne peut aliéner. Elle est par suite incapable de s'associer, d'accepter un dépôt ou de former un contrat de louage. Seule, elle ne peut prendre à loyer une maison, un appartement, ni affermer ses biens ; principe rigoureux qui subit, comme nous le verrons bientôt, de nombreuses exceptions.

L'art. 217 ne contient pas d'autres prohibitions : là devra donc se limiter l'incapacité de la femme mariée ; car il est de principe que la capacité est de droit, et que toutes les fois que l'on prétend la restreindre, il faut apporter un texte formel qui autorise cette exception. C'est ainsi que nous permettrons à la femme d'exercer, sans aucune autorisation, les droits de la puissance paternelle que la loi accorde à la mère, et qu'elle pourra consentir au mariage de ses enfants, non-seulement du premier lit, mais de ceux qu'elle aurait eus avec le mari sous la puissance duquel elle se trouve lorsqu'elle donne ce consentement. C'est ainsi encore que nous lui donnerons le droit de faire seule tous les actes conservatoires extra-judiciaires, par analogie de ce que nous avons dit pour les actes conservatoires judiciaires. Elle pourra prendre une inscription hypothécaire soit sur un tiers, soit sur son mari (art. 2139 et 2194), requérir une transcription, soit la transcription d'une donation entre vifs, qu'elle n'a été préalablement autorisée à

accepter (art. 940), soit la transcription de tout autre acte qu'une donation, dans les cas où elle serait devenue nécessaire en vertu de la loi du 23 mars 1855, soit enfin la transcription en France de l'acte de célébration de son mariage contracté en pays étranger (art. 171).

La femme est également capable de tous les actes qui tomberaient sous le coup de la prohibition de l'art. 217, s'ils n'étaient exceptés de la loi générale, soit expressément, soit implicitement. C'est ainsi que d'après l'art. 1900, la femme mariée peut être choisie pour mandataire. Le tribun Tarrible nous en donne la raison dans son rapport au Tribunal : « Le mandataire, dit-il, ne traite pas de ses propres intérêts, il ne contracte aucune obligation personnelle ; « il fait l'affaire de son commettant d'après les intentions tracées dans le mandat..... » Le mandat ne produit, en effet, tous ses effets que dans les rapports du mandant et des tiers avec qui le mandataire aurait traité. Ici la capacité du mandataire ne doit être prise en aucune considération. Il en est autrement dans les rapports du mandant avec le mandataire. Sans doute, le mandant qui a choisi un mandataire incapable demeure lié tant vis-à-vis de son mandataire qu'envers les tiers avec lesquels celui-ci a pu traiter ; car pour lui mandant, le mandat est parfaitement valable. Mais il en est autrement en ce qui concerne le mandataire. « Si le commettant, a dit encore le tribun Tarrible, a fixé son choix sur une femme mariée, il n'aura de reproche à faire qu'à sa propre imprudence ; mais les obligations

« qui sont à la charge du mandataire demeureront
« soumises à la nullité ou à la restitution inséparable
« des engagements contractés par les personnes de
« cette classe. » Ainsi la femme mariée, mandataire,
pourra bien être poursuivie par l'action de *in rem
verso* en tant qu'elle aurait retiré un profit de l'exé-
cution du mandat. Elle pourra également être ac-
tionnée en dommages-intérêts à raison des détourne-
ments qu'elle aurait commis. Mais quant aux actions
découlant en général de l'acceptation d'un mandat,
pour celles découlant directement du contrat de
mandat lui-même, la femme mariée pourra toujours
s'en affranchir.....

Suivant la plupart des auteurs, la femme mariée
peut, dans les cas prévus par l'art. 935, accepter sans
autorisation et même malgré son mari, la donation
entre vifs qui serait faite à ses enfants ou petits-en-
fants. Seul, Grenier (*Donat.*, tome I^{er}, p. 64,) sou-
tient une opinion contraire. D'après lui, la femme ne
peut accepter pour ses enfants une donation qu'elle
ne pourrait accepter pour elle-même, car on ne peut
stipuler pour autrui relativement à un objet pour
lequel on ne pourrait stipuler pour soi-même. Mais
cette prétendue règle n'est écrite nulle part; il est
même de principe que la femme n'a pas besoin d'être
autorisée lorsqu'elle n'agit pas en son propre nom ;
cela est une conséquence nécessaire du motif que
nous avons donné à l'incapacité de la femme mariée,
et l'art. 1090 le prouve d'une manière bien évidente
en permettant à la femme d'accepter un mandat sans
l'autorisation de son mari. L'ancien droit lui-même

le reconnaissait déjà (Pothier, *Puissance maritale*). Or, le droit d'accepter une donation pour son fils ou petit-fils n'est pas autre chose qu'un mandat conféré par la loi. Ce pouvoir accordé en considération des liens du sang et qui serait presque inutile et annihilé si le concours du mari était nécessaire, ne semble nullement, dans l'art. 935, être un pouvoir subsidiaire subordonné à celui du père ou de l'aïeul de l'enfant donataire (Proudhon et Valette, t. 1^{er}, p. 462; Demolombe, t. IV, p. 167; Troplong, *Donations*, t. III, p. 1120; Toullier, t. II, n° 630).

Ces principes seraient, si l'on prenait l'art. 217 à la lettre, applicables à toute femme mariée, quelque fût son régime matrimonial, qu'elle eût l'administration de ses biens ou que cette administration appartînt à son mari. Mais l'art. 1124 suppose une distinction que l'art. 1440 consacre et qu'il nous importe maintenant d'étudier. Le mari a-t-il l'administration des biens de sa femme, ce qui arrive dans le régime de communauté légale ou conventionnelle, dans le régime d'exclusion de la communauté ou dans le régime dotal, pour les biens constitués en dot; les règles que nous venons de développer sont applicables dans toute leur rigueur. Mais cette administration reste-t-elle à la femme, et elle la conserve dans le régime de séparation de biens conventionnelle, dans le régime dotal quant aux paraphernaux, et dans tous les régimes lorsqu'elle se l'est expressément réservée, comme elle la reprend dans le régime de séparation de biens judiciaire, alors d'importantes exceptions doivent être apportées aux principes généraux.

On a voulu établir une différence entre la séparation de biens contractuelle et la séparation de biens judiciaire, pour prétendre que celle-ci conférait à la femme une capacité plus étendue que la première. D'après les partisans de cette opinion, la femme séparée de biens contractuellement n'aurait pas, comme la femme séparée par jugement, le droit de disposer de son mobilier et de l'aliéner. L'art. 217, disent-ils, défend en termes absolus à la femme séparée d'aliéner sans autorisation ; cette défense absolue ne peut s'appliquer à la femme séparée par jugement, puisque l'art. 1449 lui permet d'aliéner son mobilier, elle doit donc s'appliquer à la femme séparée par contrat ; ce qui le prouve d'une manière certaine, c'est la rédaction de l'art. 1530 qui, s'occupant de la femme séparée par contrat, est d'accord avec la rédaction de l'art. 217, mais diffère essentiellement de celle de l'art. 1449 (Vazeille, t. II, n° 315 et suiv. ; Fouquet, *Encyclopédie du droit*, n° 53).

Mais qui ne voit qu'il n'y a qu'une sorte de séparation de biens émanant de deux sources différentes, la convention ou le jugement, mais toujours la même dans ses effets ? L'art. 1449 traite de la séparation de biens judiciaire ; l'art. 1530 de la séparation conventionnelle. Or, l'art. 1530 accorde à la femme séparée de biens par contrat, l'entière administration de ses biens, comme l'art. 1449 l'accorde à la femme séparée par jugement : il se sert presque des mêmes expressions ; comment ne lui accorderait-il qu'un pouvoir moins grand ? L'art. 1538, du reste, placé dans la section du régime de la séparation de biens

contractuelle, déclare la femme ainsi séparée incapable d'aliéner ses immeubles. Pourquoi cette prohibition si cette femme est frappée d'une incapacité générale d'aliéner? Elle serait pour le moins inutile. Quel serait donc le motif de cette distinction? Car enfin si, comme on le prétend, le législateur a établi des règles plus sévères en ce qui concernait la femme séparée par contrat, il a dû y être poussé par une raison quelconque. On n'en donne aucune: « Ce
« n'en est pas une assurément que de dire qu'on a
« pu penser que la séparation, amenée par le mauvais
« état des affaires du mari, met ordinairement la
« femme dans une plus grande gêne qui nécessite
« de sa part l'emploi de plus grandes ressources.
« Cette situation au contraire, cette détresse du mari
« seraient autant de raisons de veiller de plus près
« encore à la bonne gestion et à la conservation des
« biens de la femme, les seuls qui restent alors pour
« les besoins de toute la famille. » (Demolombe, IV.)
La vérité est qu'il n'y a sous ce rapport entre les deux séparations aucune différence, ou plutôt, comme nous l'avons déjà dit, il n'existe qu'une seule espèce de séparation de biens, de quelque cause d'ailleurs qu'elle procède, du contrat de mariage ou d'un jugement (Paris, 11 mars 1811; Bellot des Minières, *Contrat de mariage*, t. III, p. 365 et suiv.; Demolombe, t. IV, p. 100).

Je n'établirai aussi aucune distinction entre la femme paraphernale et la femme séparée de biens, comme MM. Rodière et Pont (*Contrat de mariage*, t. II, p. 708 et 788) auraient voulu le faire admettre. Le

régime des biens paraphernaux a trop de ressemblance avec le régime de séparation de biens contractuelle; les pouvoirs que la femme conserve sur eux se rapprochent trop de ceux que la femme séparée de biens a sur ses biens, pour que l'on puisse établir une différence. Tout ce que je dirai donc de la femme séparée de biens s'appliquera, soit à la femme paraphernale, soit à la femme qui, mariée sous quelque régime que ce soit, s'est expressément réservé l'administration de ses biens.

Cela posé, nous croyons pouvoir établir, comme règle générale, ressortant de l'art. 1449, que la loi confère à la femme séparée de biens l'administration de son patrimoine, et la lui confère pleine et entière, mais ne lui confère rien au delà.

D'où il suit :

1° Que dès qu'un acte peut être compris dans la sphère d'une large et pleine administration, il rentre par lui-même dans la capacité de la femme séparée de biens ;

2° Mais que tout acte qui dépasse les limites d'une administration largement entendue, excède aussi la capacité qui appartient à la femme séparée de biens d'agir sans aucune autorisation.

Nous distinguerons donc deux classes de contrats : les uns pour lesquels la femme séparée est dispensée d'autorisation ; les autres pour lesquels elle en a toujours besoin.

A. — Actes que la femme séparée de biens peut faire sans autorisation.

Sans nul doute, la femme séparée de biens peut, sans autorisation, aliéner son mobilier corporel ou incorporel, et même céder et transporter ses créances; l'art. 1449 lui accorde formellement ce droit. Il existe toutefois une controverse sur l'étendue qu'on doit lui donner. Suivant les uns, il est indéfini; suivant les autres, il ne peut dépasser les limites d'une libre administration; nous résoudrons plus bas cette question.

Elle peut transiger sur les difficultés relatives à l'administration de ses biens dans la limite de son droit d'aliénation du mobilier; l'art. 2045 n'exige en effet, pour transiger, que la capacité d'aliéner les choses, objet de la transaction. (Duranton, t. XVIII, n° 409; Troplong, *Transactions*, art. 2045, 2046, n° 51.)

Acquiescer aux demandes relatives à ses meubles et à celles relatives à l'administration de ses immeubles.

Toucher ses rentes, recevoir ses capitaux, en donner décharge et même consentir la mainlevée d'une inscription hypothécaire. (Turin, 10 janvier 1810; Sirey, 1811, 2, 70.) Placer ses capitaux, et à plus forte raison ses revenus, de telle manière qu'elle jugera à propos, toujours à condition que ce placement ne dépasse pas les limites de l'administration. Elle peut donc, selon nous, prêter à intérêt dans le

but de placer les fonds qu'elle a disponibles. Cette idée a, il est vrai, été contestée par M. Paul Pont (*Traité des petits Contrats*, p. 71), par cette raison que la femme séparée n'a le droit d'aliéner son mobilier que si elle est séparée *judiciairement*, et seulement en tant que cela est nécessaire pour sa libre administration; nous avons déjà rejeté l'opinion qui voudrait établir une distinction entre la femme séparée de biens judiciairement et celle qui l'est contractuellement, et n'accorder qu'à la première le droit d'aliéner son mobilier. Toute femme séparée de biens, de quelque manière qu'elle le soit, a, selon nous, la libre administration de ses biens et, comme conséquence, le droit d'aliéner son mobilier. Or, le placement des capitaux, même en les prêtant à intérêt, est un acte d'administration; toute femme séparée de biens a donc le droit de prêter à intérêt.

A fortiori faut-il accorder à la femme séparée de biens le droit de prêter et d'emprunter à usage. La seule capacité exigée pour cette espèce de prêt est en effet la capacité d'administrer. Comment refuser à la femme, qui fait valoir sa propriété, le droit d'emprunter, dans un besoin pressant, la charrue et les bœufs du voisin à l'effet de labourer sa terre; et comment lui défendre de rendre au voisin le même service, si les circonstances l'exigent? Telle n'a pu être la pensée de la loi, qui n'a pas entendu enlever à la femme séparée la faculté de prêter et d'emprunter à usage, quand elle l'autorise à consentir des contrats bien plus importants (Paul Pont,

Petits contrats, p. 23). Le placement des capitaux de la femme séparée de biens, pourrait enfin consister à prendre des actions dans une Société, pourvu qu'il n'en résultât à sa charge aucune obligation personnelle, une fois le versement du capital opéré (Delangle, *Sociétés commerciales*, t. I, n° 52).

L'on doit encore ranger dans la classe des actes pour lesquels la nécessité de l'autorisation n'est point exigée l'obligation, lorsqu'elle a pour cause l'administration des biens. Ainsi, la femme séparée peut s'obliger pour faire à ses immeubles des dépenses d'entretien ou pour acquérir des objets nécessaires à son usage. Elle est valablement obligée, quoique non autorisée, envers le maçon qui a réparé le toit de sa maison, le serrurier qui en a réparé les serrures, ou le plâtrier qui en a rafraîchi les appartements. Les tribunaux sont juges du point de savoir quand l'obligation a pour cause la libre administration des biens de la femme.

De ce que la femme séparée de biens peut s'obliger dans la limite d'une libre administration, il s'ensuit, selon nous, qu'elle peut aussi emprunter à intérêts dans les mêmes limites. Cette idée est encore rejetée par M. Paul Pont; suivant cet estimable auteur, « ce n'est pas la faculté de s'obliger dans des limites restreintes qui est exigée pour pouvoir « emprunter valablement, c'est la pleine capacité « de s'obliger, laquelle correspond à la faculté de « disposer de ses biens. »

Mais qu'est-ce que l'emprunt, si ce n'est un contrat créant une obligation? L'obligation de rendre

cette obligation à un moment donné, pourra, il est vrai, s'exécuter sur le patrimoine de la femme. Mais n'en est-il pas de même de toute obligation. Je sais bien qu'on a prétendu qu'une obligation contractée par une femme mariée, quoique séparée de biens, n'était pas exécutoire sur les biens immeubles de cette femme. Mais alors même que l'on adopterait cette opinion, que je combattrai bientôt, je ne vois point quelle différence il peut y avoir, quant à la gravité de l'acte, entre l'obligation et l'emprunt : dans le premier cas, il y a obligation de payer ; dans le second, il y a obligation de rendre ; toujours obligation de donner une somme d'argent. Si la première n'est point exécutoire sur les immeubles, la seconde ne doit pas l'être, et la fortune de la femme n'est pas plus compromise dans le second cas que dans le premier ; bien entendu, je suppose l'emprunt fait dans les limites de l'administration. (Demolombe.)

Ceci nous amène à examiner une question très-controversée : La question de savoir si l'obligation contractée par la femme séparée de biens pour cause d'administration, est exécutoire sur tous ses biens meubles ou immeubles. De nombreux auteurs soutiennent qu'elle ne peut l'être sur les immeubles ; car, disent-ils, l'incapacité d'aliéner est la règle, et loin d'y apporter une exception, l'art. 1449 la consacre expressément. La femme ne peut donc faire indirectement ce qu'elle ne peut faire directement ; il ne lui est point permis d'engager, en s'obligeant, les immeubles qu'elle ne peut aliéner. Que l'on n'invoque pas l'art. 2002, ce serait une pétition de principes, puis-

qu'il s'agit précisément de savoir si la femme peut contracter cette obligation qui produit les effets de l'art. 2092. La femme dotale ne peut-elle pas s'obliger avec l'autorisation de son mari et cependant son obligation, quoique valable, ne peut être exécutée sur ses biens dotaux; donc l'on peut être capable de s'obliger sans que son obligation soit exécutoire sur tous ses biens. (Zacchariæ, t. III, p. 484; Massol, *Séparat. de corps*, IV, 21; Marcadé, art. 1449, 3.)

Malgré toutes ces raisons, je n'hésite pas à rejeter ce système. L'incapacité de s'obliger est la règle, je l'avoue, mais l'art. 1449 n'y a-t-il pas apporté une exception? Il accorde à la femme séparée de biens, la libre administration de ses biens; il lui accorde donc par là même tout ce qui est nécessaire à cette administration. Or, est-il possible d'administrer d'une manière large et librement, si l'on ne peut nullement s'obliger, et peut-on s'obliger si les obligations que l'on prétend contracter ne donnent pas aux créanciers les garanties ordinaires? Non; admettre le système contraire serait rendre impossible la libre administration que la loi accorde cependant à la femme. Il n'est pas juste de dire, comme on le prétend, qu'il y a capacité de s'obliger et capacité de s'obliger; que certaines personnes en s'obligeant se soumettent à l'art. 2092, et que d'autres ne sont pas régies par lui; non, il n'y a qu'une seule capacité de s'obliger, et quiconque s'oblige engage le sien. Sans doute, la femme dotale qui s'oblige régulièrement n'engage pas ses biens dotaux. Mais pour-

quoi ? C'est que ces biens sont indisponibles, il n'y a pas là une question de capacité, puisque la femme est autorisée; il y a une question de disponibilité. Ici rien de pareil; nous voulons savoir si la femme est capable ou non; nous supposons les biens disponibles et nous disons : La femme séparée est capable de faire, comme tout le monde, les actes qui rentrent dans la libre administration de ses biens, donc elle peut s'obliger, comme tout le monde, en ce qui concerne cette administration. Donc son obligation est exécutoire sur tous ses immeubles comme l'obligation de tout le monde (art. 2092). (Demolombe, t. IV, p. 161; Valette, sur Proudhon, t. I, p. 465; Rodier et Pont., *Cont. de mariage*, t. II, p. 803.)

B. — Actes pour lesquels l'autorisation est nécessaire à la femme séparée de biens.

On doit certainement ranger dans cette classe d'actes :

1° Toute aliénation d'immeubles à titre gratuit ou onéreux, par vente, échange, constitution d'usufruit ou de servitude. (Cassat., 21 nov, 1841.; Dev., 1842, I, 48.)—Cette prohibition s'appliquerait, selon nous, même aux immeubles acquis par la femme au moyen de ses économies. Un arrêt de la Cour de cassation du 8 septembre 1814 (Sirey, 1814, I, 39) parait, il est vrai, avoir décidé le contraire; mais la loi qui défend à la femme d'aliéner seule ses immeubles ne comporte pas cette distinction; l'art. 1538 dit même

formellement : *En aucun cas*. Loin d'encourager d'ailleurs la prodigalité et la dissipation, c'est encourager l'esprit d'ordre que d'assurer les mêmes garanties de conservation à ce qu'il a produit. (Proudhon, t. II, p. 433; Toullier, t. I, n° 1296; Duranton, III, n° 683.)

2° Toute acquisition d'immeubles à titre gratuit ou à titre onéreux. En réservant toutefois la question de savoir si elle peut acquérir un immeuble avec ses économies.

Ainsi la femme, quoique séparée de biens, n'aurait point le droit d'accepter une succession sans l'autorisation de son mari. Je crois que réciproquement elle ne pourrait y renoncer sans la même autorisation. L'acceptation d'une succession produit, du reste, un quasi-contrat, et nous verrons plus bas que la femme ne peut être engagée, sans autorisation, par un quasi-contrat de ce genre.

3° Enfin la femme séparée de biens, qui ne peut s'obliger en dehors de son administration, ne pourrait *a fortiori* hypothéquer ses immeubles à la sûreté d'une obligation ainsi contractée. Nous réservons la question de savoir si elle peut hypothéquer sans autorisation, pour la sûreté d'une obligation contractée dans son administration.

C. — *Actes au sujet desquels il est controversé que l'autorisation soit ou non nécessaire à la femme séparée de biens.*

1° La femme peut-elle acquérir à titre onéreux

pour placer un capital qu'elle vient de toucher ? La question se présente tant pour l'acquisition de meubles que pour l'acquisition d'immeubles.

Non, a-t-on dit, car aux termes de l'art. 217, la femme, *même séparée de biens*, ne peut pas acquérir à titre gratuit ou onéreux sans autorisation. Telle est la règle, nulle dérogation n'y a été faite. L'art. 1449 ne dit pas un mot de la faculté d'acquérir ; il ne fait exception à l'art. 217 qu'en ce qui concerne la faculté d'aliéner ; donc la femme ne peut acquérir à titre onéreux sans autorisation, lors même qu'elle est séparée de biens. (Bellot des Minières, t. XIV, p. 313.)

Quelque spécieux que puisse paraître cet argument, il ne me convainc pas. Aux termes de l'article 1449, la femme a la libre administration et par suite le droit de disposer de son mobilier ; or, l'acquisition à titre onéreux peut constituer un acte d'administration, un emploi, une disposition légitime de son mobilier ; donc la faculté d'acquérir lui est virtuellement conférée par cet article. Comment refuser à la femme le droit d'acheter des meubles incorporels ! Elle ne pourrait donc placer ses capitaux ou ses revenus en rentes sur l'État, en actions ou obligations de chemin de fer ! Ce serait, tout en lui donnant le droit d'administrer ses biens et, comme conséquence, de placer ses capitaux, l'empêcher de pouvoir exercer ce droit. Et si la femme peut acheter des meubles incorporels, pourquoi ne pourrait-elle acheter des immeubles ; acheter des immeubles est un mode de placer ses capitaux ; or, la femme peut placer ses ca-

pitaux (art. 1449), elle a ce droit d'une manière absolue, elle a donc le droit d'acquérir des immeubles si ce mode de placement lui paraît préférable à tout autre. On a jugé qu'un mineur émancipé peut acheter seul un immeuble avec le produit de ses économies. Cassation, 15 déc. 1832 (Dev., 1833, I, 133). Et la femme séparée de biens, dont la capacité est certainement plus grande, n'aurait pas le même droit ! Ce serait méconnaître l'esprit qui a guidé le législateur en toute cette matière. (Demolombe, t. IV, p. 169.)

Mais faut-il aller jusqu'à dire que la femme séparée de biens pourrait, sans autorisation, acheter un usufruit, ou même placer ses capitaux en rente viagère ? La Cour de Paris, par arrêt du 17 mai 1834 (Dev. 1834, II 154), s'est prononcée pour l'affirmative, et l'on peut dire en ce sens qu'il n'y a là qu'un placement de capitaux, semblable au prêt ou à la constitution de rente perpétuelle que la femme peut certainement consentir. Nous adopterons cependant la négative : acheter un droit d'usufruit c'est aliéner un capital, constituer une rente viagère, c'est également aliéner un capital. La femme séparée de biens a, il est vrai, le droit d'aliéner son mobilier, mais nous dirons bientôt que ce droit ne lui appartient qu'en ce qui concerne son administration : or l'aliénation dont il s'agit ici ne peut rentrer parmi les actes de libre administration. L'administration, quelque libre qu'elle soit, ne permet pas de courir des chances, et les actes sur lesquels nous discutons sont entièrement aléatoires. Il n'y a du reste aucune

analogie avec le prêt ou la constitution de rente perpétuelle. Dans le prêt le capital n'est point perdu; il est représenté par une créance et il doit revenir intact au prêteur. Dans la rente perpétuelle il peut toujours être offert par le débiteur, quelquefois exigé par le créancier. Le capital n'est donc pas entièrement aliéné, il n'en est pas de même pour la constitution d'usufruit ou de rente viagère.

2° La femme séparée de biens peut, d'après l'art. 1449 disposer de son mobilier et l'aliéner; le peut-elle d'une manière indéterminée, ou cela ne lui est-il permis que dans les limites de son administration? Un arrêt de la Cour de Colmar, du 8 août 1820 (Sir. 1821, II, 266), a reconnu à la femme ce droit indéfini, et l'on peut dire en ce sens que l'art. 1449 ne restreint en aucune manière le droit qu'il reconnaît; aucune exception n'est apportée au pouvoir qu'il donne à la femme. Mais il ne faut pas oublier que l'art. 1449 apporte une exception au principe général, et que, comme toute exception, sa disposition doit être restreinte au cas pour lequel elle a été édictée. Or le but de cet article tout entier n'est que d'assurer à la femme séparée la libre administration de ses biens; telle est son idée principale, sa disposition essentielle. Qui ne comprend qu'une administration, surtout une administration qualifiée libre, doit raisonnablement entraîner avec elle une certaine latitude d'aliéner? Ne faut-il pas, par exemple, vendre les récoltes ou se défaire d'un mobilier qui dépérit? Assurément oui. Eh bien! les rédacteurs du Code Napoléon, craignant qu'on n'exagérât l'incapacité

d'aliéner écrite dans l'art. 217, ont ajouté dans l'art. 1449 un deuxième alinéa, corollaire du premier, par lequel ils décident que l'aliénation directe du mobilier rentre dans la sphère d'une administration largement étendue, et comme telle peut être faite sans autorisation. Ils ne considèrent ce droit d'aliénation que comme une suite, un moyen du droit d'administrer. Cela est si vrai qu'ils permettent seulement à la femme celle du mobilier, et qu'ils terminent l'article par un troisième alinéa où ils avertissent de ne pas étendre cette faculté à l'aliénation des immeubles, qui ne saurait en effet jamais constituer un simple acte d'administration. Mais qu'ils aient voulu dans cet art. 1449 conférer à la femme séparée de biens la faculté illimitée d'aliéner son mobilier, c'est ce qu'il est impossible d'admettre. Donner une portée aussi étendue au deuxième alinéa de l'art. 1449, c'est ne tenir aucun compte ni de la place qu'il occupe dans la loi, ni de ce qui le précède, ni de ce qui le suit. C. Valett., sur Proudh., t. I, p. 463. — Demolombe. IV, 155 et 163. — Marcadé, art. 1449, II. — Troplong, *Contrat de mar.*, t. II, n° 1410. 1420, — Paris 12, mai 1859 (Sir., 59, II, 561).

De ce que la femme ne peut aliéner son mobilier que dans la limite de son administration, il s'ensuit qu'elle ne peut l'aliéner à titre gratuit. Cette solution a cependant été contestée, et Delvincourt a soutenu que l'art. 1449 permettait à la femme de donner son mobilier. Nous ne croyons pas qu'on puisse induire une telle doctrine de la généralité des

termes de l'art. 1449. Cet article, en effet, apporte une exception à l'art. 217 : le mot *aliéner* doit donc y être pris dans le même sens que dans ce dernier article ; or, l'art. 217 ne prend aliéner que comme synonyme de vendre, puisqu'il a soin de défendre *expressément* à la femme toute donation. L'art. 905 est du reste formel, et n'admet aucune exception en faveur de la femme séparée de biens ; toute femme, d'après sa disposition, doit être autorisée pour pouvoir donner. « Tout ce qu'on peut dire, c'est que la femme a le droit de faire seule ces dons modiques, qui se prélèvent d'ordinaire sur les revenus, et qui sont des présents, des cadeaux plutôt que de vraies donations entre vifs. » (Demolombe, t. IV.)

3° La femme séparée peut évidemment s'obliger dans la limite de son administration, et nous avons dit qu'une telle obligation était, comme tout engagement de droit commun, exécutoire sur tous les biens de la femme, mobiliers et immobiliers, présents et à venir. Nous avons maintenant à rechercher si l'engagement contracté par la femme en dehors de son administration ne sera pas néanmoins exécutoire sur son mobilier, ou si, au contraire, il doit être entaché d'une nullité complète. — Les femmes mariées ne sont incapables que dans les cas prévus par la loi, disent, avec l'art. 1124, les partisans d'une première opinion ; or l'art. 217 ne les déclare pas incapables de s'obliger. ce n'est que comme conséquence de l'incapacité d'aliéner que l'on établit l'incapacité de s'obliger. La femme mariée, séparée de biens, pouvant aliéner son mobilier, doit donc pouvoir s'obliger

sur lui. Bien plus, lors de la discussion de l'art. 217, le tribunal demanda que l'on déclarât la femme incapable de s'obliger, son vœu ne fut pas exaucé, évidemment parce que le législateur ne voulait pas ajouter encore cette incapacité à l'incapacité déjà existante. Cassation, 18 mai 1819. (Sir. 1819. I, 339.) Paris, 3 mars 1832 (D. 1833, II, 81).

Une telle argumentation pèche par sa base; l'incapacité de s'obliger ne ressort pas seulement de l'incapacité d'aliéner; elle est écrite dans chacune des dispositions de l'art. 217. Laissons de côté l'incapacité d'aliéner, la femme mariée ne pourra encore s'obliger à titre gratuit, car elle ne peut donner; elle ne pourra s'obliger à titre onéreux, car ce serait acquérir et elle ne le peut. Bien plus, l'art. 220, qui n'est qu'une dérogation à l'art. 217, en permettant à la femme mariée marchande publique, de s'obliger en ce qui concerne son négoce, prouve que de droit commun elle en était incapable; car apporter une exception à une règle, n'est-ce pas prouver l'existence de cette règle? Enfin, les art. 221 et 222, qui, en cas d'absence ou de condamnation du mari, permettent à la justice de suppléer son autorisation, disent que la femme pourra se faire autoriser à contracter et prouvent par là même qu'aucun contrat ne peut être fait par elle sans autorisation. Le Conseil d'État n'a pas, il est vrai, déféré au vœu du tribunal, mais l'incapacité de s'obliger ressortait tellement de l'ensemble de la loi et du rapprochement des termes de l'art. 217 que l'on a pu croire une disposition expresse inutile. Il est donc

établi que l'incapacité de s'obliger dans laquelle se trouve la femme mariée n'est pas seulement une conséquence de l'incapacité d'aliéner. L'art. 1449 a-t-il apporté une exception à ce principe? Il permet bien à la femme d'administrer ses biens, mais ici nous nous plaçons en dehors de la libre administration. Il lui permet bien d'aliéner le mobilier, mais comme nous l'avons dit, autre chose est s'obliger, autre chose aliéner. L'obligation peut même être plus dangereuse que l'aliénation; celui qui aliène se dépouille actuellement; celui qui s'oblige ne se dépouille pas sur le moment. En aliénant, on ne perd que les immeubles que l'on possède et dont on consent à se départir; en s'obligeant, l'on oblige même ses biens à venir (art. 2092); on comprend donc que la loi ait exigé une plus grande capacité pour la seconde que pour la première; or le système contraire tendrait à valider l'obligation alors que l'aliénation n'est pas valide. Nous avons admis en effet que l'aliénation du mobilier n'était permise qu'en ce qui concernait l'administration *à fortiori*; devons-nous dire que l'obligation ne peut dépasser ces limites sous peine de nullité la plus complète.

Demolombe, t. IV, p. 180. — Duranton, t. II, p. 492. — Valette, sur Proudhon, t. I, p. 463. — Zachariæ, t. III, p. 482. — Cassat, 30 janv. 1831. (Dev., 1831, I, 22). — Caen, 6 mars 1844 (Dev., 1845. 2. 301).

La femme séparée de biens peut-elle consentir un bail? Oui, évidemment, mais pour quelle période? Certains auteurs ont prétendu qu'il fallait appliquer

ici la règle de l'art. 1429, et ne permettre à la femme que les baux de neuf ans et au-dessous. Nous ne pouvons admettre une pareille limite. L'art. 1429 dans ses termes ne comprend pas notre hypothèse : on ne pourrait étendre sa disposition que par analogie et nous ne croyons pas à l'existence de cette analogie. Les pouvoirs du mari sur le patrimoine de sa femme sont bien ceux d'un administrateur, mais il n'a pas la libre administration ; l'usufruitier sur les biens soumis à l'usufruit, le tuteur sur les biens de son pupille n'ont pas non plus cette libre administration qui ne peut appartenir qu'au propriétaire. Leurs pouvoirs sont donc plus restreints que ceux de la femme séparée de biens, et l'on ne peut appliquer à cette dernière par analogie une règle qui n'est faite que pour eux. Ce serait, du reste, faire découler de l'article 1429 une présomption légale qu'au-dessus de neuf ans le bail n'est plus un acte d'administration. Or toute présomption légale doit être formellement édictée et ne peut s'induire par analogie. Nous laisserons donc aux tribunaux le soin d'apprécier si le bail à cause de sa durée sort des actes d'administration et doit être annulé. Nous ferons seulement remarquer que tous les baux dépassent aujourd'hui la durée de neuf ans, lorsqu'il s'agit d'établir dans les lieux loués un commerce quelque peu important ; et que restreindre à neuf ans la durée de ceux que pourrait consentir la femme séparée de biens, ce serait en réalité la gêner dans l'exercice de son droit de libre administration.

Supposons maintenant que la femme séparée de

biens s'oblige pour cause d'administration, pourrait-elle hypothéquer ses immeubles à la sûreté de son obligation? Oui, a-t-on dit, puisque l'hypothèque n'est que l'accessoire d'une obligation, celui qui est capable pour l'obligation doit l'être pour l'hypothèque. (Duranton-Zacchariaë). Non, dirons-nous, car l'article 217 défend formellement à la femme mariée d'hypothéquer ses biens, sans présenter cette défense comme la conséquence de la prohibition de s'obliger. Et il ne peut en être ainsi en présence de l'article 2124, qui dit formellement que les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent; quoique l'accessoire de l'obligation, l'hypothèque en est cependant distincte, de telle manière qu'il faut qu'une volonté formelle l'ajoute à l'obligation (Valette, Proudhon, Demolombe.)

La femme peut-elle faire un compromis relativement à l'administration de ses biens ou à son mobilier? Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition (article 1003, Code de procédure). On en a conclu que la femme séparée ayant la libre administration de ses biens et pouvant disposer de son mobilier (art. 1449), devait pouvoir compromettre sur les difficultés relatives à cette administration et à ce mobilier. Et l'on ajoute, en faveur de cette opinion, que compromettre n'est pas ester en jugement, que l'arbitrage ne peut être assimilé à une juridiction ordinaire, et que l'art. 215, par suite, ne peut être opposé à ceux qui veulent permettre à la femme de compromettre. Le

compromis n'a du reste rien de public, rien qui puisse blesser la susceptibilité du mari. (Caen, 28 août 1845; *Rec.*, Sir.; Boistard, *Procédure civile*, t. III, p. 410.)

Malgré ces motifs, nous adoptons l'avis contraire. Aux termes de l'art. 1004, en effet, on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient communicables au ministère public. Or, aux termes de l'art. 83 du même Code, les causes des femmes non autorisées de leurs maris sont sujettes à communication, donc elles ne sont pas susceptibles de compromis. Quoi que l'on dise, le compromis est bien une sorte de procès ; il y a bien un juge qui est l'arbitre, et si la procédure reste secrète, si l'on ne retrouve pas les plaidoiries des avocats, cela n'empêche pas qu'il y ait procès. Les plaidoiries ni la publicité ne sont pas de l'essence d'une instance en justice. (De Vatimesnil, *Encyclopédie du droit*, v° Arbitrage; Bellot, n° 39; Chauveau, *Quest.* 3252; Bioche, v° Arbitrage, n° 43; Massé; Armand Dalloz.)

Lorsque la femme séparée de biens, soit judiciairement, soit contractuellement, a le droit d'administrer elle-même sa fortune, le mari ne conserve-t-il pas toujours un droit de surveillance et de contrôle? Peut-il demander à la justice que la femme soit tenue, suivant les circonstances, de prendre telle précaution qui serait jugée nécessaire? Prenons une espèce : la femme a le droit de placer ses capitaux, mais voilà qu'elle choisit un mauvais placement, elle va acheter des actions industrielles peu solides : le mari ne pourra-t-il s'y opposer?

Au nom de la femme on lui refuse ce droit, on invoque la *libre* administration, l'*entière* administration que la loi lui accorde sans partage; l'on montre l'embarras dans lequel un pareil droit jèterait les tiers, qui n'oseraient traiter avec la femme mariée ne connaissant pas au juste et de pouvant connaître sa capacité, et l'on ajoute que ce serait permettre au mari d'élever en face de l'administration de la femme une administration rivale, et de rentrer dans cette gestion d'où il vient d'être expulsé; si la séparation de biens a été prononcée par jugement; attendez-vous, dit-on enfin, à des querelles, à des tiraillements qui rendront l'administration impossible et ne pourront que troubler la paix de la famille. (Dijon, 15 février 1844; Dev. 44.)

Au nom du mari, on montre combien il serait utile de donner au mari le droit de signaler le danger à sa femme lorsqu'il la voit hasarder sa fortune dans des placements aventureux. On revendique ce droit au nom des intérêts de la famille dont le mari est le gardien et le protecteur. En se mariant, les époux ont *contracté ensemble* l'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants. La famille est créancière pour ainsi dire, le mari au nom de cette famille peut prendre des mesures conservatoires de ses droits. Le mari, du reste, n'est-il pas créancier lui-même, ne lui est-il pas dû des aliments, n'a-t-il pas légitimement compté sur la dot de la femme pour subvenir aux charges du ménage? Il ne faut pas le priver de la faculté de veiller à la sûreté de ses droits; si des in-

convénients peuvent naître, il appartiendra aux magistrats de les prévenir. (Pothier, Lebrun. Angers, 6 mai 1828 ; Dev. 1830, 2, 118 ; Demolombe, t. IV ; p. 205).

§ 2. — *Des quasi-contrats.*

La première question qui se présente ici est celle de savoir si le principe de l'autorisation s'étend jusqu'aux quasi-contrats ; ou s'il n'est point, au contraire, exclusivement relatif aux obligations conventionnelles ? Cette dernière idée a été soutenue, et on a prétendu la lire dans les textes, qui tous se réfèrent à des contrats. L'art. 217 suppose un acte auquel le mari concourt. L'art. 219 emploie ces mots : *passer un acte*. Enfin, dans les art. 221, 222, 224 se trouvent le mot contracter. De plus, a-t-on dit : Comment pourrait-on faire dépendre de la capacité un engagement qui n'a point sa source dans la volonté des parties ? Si je dois être capable, c'est que je veux agir ; et si l'on agit pour moi, si par des motifs d'ordre public ou d'équité la loi m'impose un engagement, je n'ai pas besoin de capacité. Décider autrement serait, du reste, léser les tiers dans leurs droits ; celui qui acquiert sans son fait une créance contre une femme mariée, ne peut être victime d'une incapacité dont il n'a pas pu se garantir.

Mais les textes ne nous paraissent pas avoir la portée qu'on veut bien leur donner. Le Code ne défend pas seulement les contrats, il défend à la femme d'aliéner ou d'acquérir ; toutes les fois donc que par

un fait personnel la femme aliène, acquiert ou s'oblige, elle rentre dans le cas de l'art. 215. Les motifs que nous avons adoptés comme la base de l'incapacité de la femme viennent à l'appui de cette opinion. Le législateur a voulu, en effet, sauvegarder les intérêts matrimoniaux, en assurant l'unité dans l'administration et en ne permettant pas à la femme de faire, seule, rien qui pût les mettre en péril. Toutes les fois que la femme agit, il y a donc lieu d'appliquer les mesures de précaution édictées par le Code; mais dès l'instant qu'il n'y a pas fait personnel de la femme, le but du législateur n'est pas à remplir; les intérêts matrimoniaux ne sont plus mis en danger par la femme, et il n'y a pas lieu de restreindre sa capacité. Si l'on admet que la puissance du mari est la seule base de l'incapacité de la femme, on doit donner la même décision. Y a-t-il fait personnel de la femme, la puissance du mari est intéressée: n'y a-t-il aucun fait personnel de sa part, la susceptibilité du mari n'a rien à craindre. De même si l'on prétend que l'incapacité de la femme n'a pour but que de la protéger, on doit dire que cette femme n'agissant pas n'a pas besoin de protection, n'a pas besoin d'être autorisée.

Ce principe posé, appliquons-le aux différentes espèces de quasi-contrats. Les quasi-contrats sont au nombre de cinq : gestion d'affaires, paiement de l'indû, gestion de tutelle, acceptation de succession, administration d'une ou plusieurs choses communes.

1° *Gestion d'affaires.* La femme a géré le bien d'autrui sans autorisation, elle ne sera point tenue

vis-à-vis des tiers avec qui elle aurait contracté pour cette gestion. Un recours de *in rem verso* contre le propriétaire, leur sera seulement accordé. Vis-à-vis du propriétaire la femme ne sera engagée que si sa gestion constitue une faute grave de sa part. Car, comme nous le verrons bientôt, il n'est pas besoin d'autorisation pour que la femme se trouve obligée par ses délits ou quasi-délits. Mais en dehors de cette hypothèse, comme il y a de sa part fait personnel, la femme ne sera pas obligée par la gestion d'affaires.

Les biens de la femme ont été gérés par un tiers. Certains auteurs ne donnent contre elle que l'action *de in rem verso* : selon eux, la femme qui ne peut s'obliger seule par un acte de sa volonté, ne doit pas pouvoir se trouver obligée malgré elle et à son insu (Duranton). Mais il n'y a point ici fait personnel de la part de la femme, elle n'agit pas. Ce n'est donc pas pour ce cas qu'a été exigée l'autorisation. Or, le tiers a contre la femme une action *negotiorum gestorum*, qui doit lui procurer tout ce qu'il a dépensé pour sa gestion, si elle a été bonne et utile.

2° *Payement de l'indû*. — La femme a reçu ce qui ne lui était pas dû : l'a-t-elle reçu avant son mariage, elle est tenue d'après l'art. 1376; car son obligation est née alors qu'aucune autorisation ne lui était nécessaire. Ne l'a-t-elle reçu qu'après son mariage, elle ne peut alors être obligée à rendre ce qu'elle a indûment reçu qu'autant qu'elle a profité de ce payement, et c'est seulement dans cette limite qu'est donnée contre elle l'action *de in rem verso* (Duranton, Demolombe).

3° *Gestion de tutelle.* — La femme mariée ne peut être tutrice que dans trois cas : ou bien elle est tutrice légale de ses enfants nés d'un précédent mariage. Le nouveau mari devant être nommé co-tuteur, son acceptation vaut autorisation : ou bien c'est une ascendante, qui a été nommée tutrice par le survivant des père et mère, ou une ascendante qui est appelée à la tutelle par le conseil de famille. Dans ces deux derniers cas, il est nécessaire de l'autorisation du mari, ou, à défaut, de l'autorisation de la justice (Duranton).

4° *Acceptation de succession.* — Une succession ne peut jamais être acceptée par la femme qu'avec l'autorisation de son mari ou de justice. Elle entraîne en effet des charges importantes et souvent difficiles à apercevoir (Duranton, Proudhon).

5° *Administration d'une ou plusieurs choses communes.* — Nous aurons à appliquer ici les principes que nous avons posés au sujet de la gestion d'affaires. Cet acte ressemble en effet de tous points à la gestion d'affaires, et les mêmes motifs qui font pencher la balance dans le premier cas, la font pencher ici.

§ 3. — *Délits et quasi-délits.*

C'est un point incontestable que le fait, même personnel de la femme, produit de sa part un engagement, s'il constitue un délit ou un quasi-délit. C'était un point déjà reconnu dans l'ancien droit, comme nous l'apprend Pothier (*Puissance du mari,*

n° 52), et tous les auteurs l'admettent aujourd'hui : Delvincourt, Duranton, Toullier, Zacchariæ, Aubry et Rau, Massé et Vergé, Demante.

§ 4. — *De certains actes d'un ordre particulier.*

La femme peut sans autorisation faire son testament. Le Code n'a pas reproduit la disposition de plusieurs coutumes anciennes, qui exigeaient même dans ce cas l'autorisation du mar. *A fortiori* la femme peut révoquer son testament, comme elle peut révoquer sans autorisation les donations entre vifs faites par elle à son mari durant le mariage (art. 1096).

La femme peut encore seule reconnaître un enfant naturel qu'elle aurait eu avant son mariage. L'art. 337 suppose à chacun des époux le droit de faire une telle reconnaissance, et c'est pour la mère un devoir moral qu'elle ne pourrait remplir facilement si elle avait pour cela besoin d'une autorisation (Proudhon).

CHAPITRE II.

PAR QUI ET DE QUELLE MANIÈRE L'AUTORISATION DOIT-ELLE ÊTRE ACCORDÉE ?

En principe, c'est le mari qui doit autoriser sa femme, et ce n'est que par exception que la justice est appelée à le faire dans les diverses circonstances que nous énumérerons plus bas.

SECTION PREMIÈRE.

Autorisation du mari.

Notre ancien droit exigeait, toutes les fois qu'il s'agissait de contracter, que l'autorisation fût donnée en termes sacramentels. Une telle nécessité n'est plus imposée par le Code : soit que la femme veuille plaider, soit qu'elle veuille contracter, le mari peut donner son autorisation dans tels termes qu'il lui plaira. Cette autorisation, d'après les termes mêmes de l'art. 217 (consentement par écrit; concours dans l'acte) peut être expresse ou tacite.

§ 1^{er}. — *Autorisation expresse.*

L'autorisation expresse peut être donnée par toute espèce d'écrit : un acte sous seing privé, une simple lettre missive sont parfaitement suffisants; et nous ne croyons même pas à la nécessité d'un acte authentique dans le cas où l'acte, pour lequel l'autorisation est donnée, ne peut être fait que dans cette forme. L'on décide le contraire, il est vrai, en ce qui concerne le mandat, et nous nous rallions pleinement à cette opinion; mais autre chose est un mandat dont l'acceptation est un commencement d'exécution de l'acte que l'on a en vue; autre chose est une simple autorisation qui ne se rattache qu'à la capacité de la personne et qui se trouve tout à fait étrangère à l'acte lui-même.

Mais faut-il aller plus loin et décider que l'autorisation du mari pourra être verbale? Des auteurs d'un grand poids n'ont pas hésité à adopter l'affirmative. Le consentement du mari est seul exigé, disent-ils à l'appui de leur opinion; d'après l'esprit général de notre Code, la manifestation du consentement n'est soumise à aucune forme particulière; l'art. 217 n'y déroge point, puisque d'après lui une autorisation tacite est suffisante, et tout ce qu'on peut induire des mots consentement par écrit qui s'y trouvent, c'est que la preuve testimoniale ne sera pas admise, même au-dessous de 150 francs (Paris, 23 février 1849; 28 août 1851; 9 juin 1857; Zacchariæ, Aubry et Rau; Demante).

Un tel système nous paraît contraire au texte même de la loi. L'art. 217 ne dit pas qu'il ne s'occupe que d'une question de preuve, il exige ou un consentement par écrit, ou un concours du mari dans l'acte. Sans doute, il n'est plus nécessaire de termes sacramentels comme dans notre ancienne jurisprudence; mais exiger un écrit, ce n'est pas demander que l'autorisation soit donnée en termes sacramentels. Sans doute, une autorisation tacite est suffisante; mais c'est encore une question que celle de savoir si cette autorisation tacite peut résulter d'une autre circonstance que du concours du mari dans l'acte. Quant à nous, nous croyons qu'ici encore les termes de la loi doivent être pris d'une manière restrictive. Il est impossible d'effacer ce qui est écrit dans l'art. 217, et les termes en sont assez clairs pour ne donner lieu à aucun doute. Nous dirons donc que non-seulement la preuve testimoniale ne serait pas admise même au-

dessous de 150 francs, mais qu'encore elle devrait être rejetée, alors même qu'elle serait accompagnée d'un commencement de preuve par écrit. J'irai même plus loin et je soutiendrai que l'autorisation ne devrait pas être regardée comme valablement donnée, alors même qu'elle serait établie par l'aveu ou le serment du mari ou de la femme. Les distinctions nombreuses dans lesquelles sont entraînés ceux qui admettent une doctrine contraire suffiraient pour me décider en ce sens; mais la véritable raison, selon moi, se trouve dans la rédaction du Code. Notre ancien droit exigeait des termes sacramentels et des formes solennelles, notre Code y a dérogé en admettant une autorisation tacite et en rejetant par son silence les termes sacramentels; mais il ne faut pas étendre sa dérogation, et le soin qu'il met d'énumérer les deux modes d'autorisation « par écrit et par le concours dans l'acte, » prouve qu'il n'a pas voulu admettre en pareille matière le droit commun. M. Demolombe, qui avait d'abord adopté l'avis contraire, revient ensuite à celui-ci en exigeant un consentement écrit, (Marcadé, art. 217.)

Il n'est pas, du reste, nécessaire que le consentement du mari soit énoncé dans l'acte même passé par la femme. Dès que l'existence de l'autorisation maritale est établie, peu importe où cette autorisation se trouvait contenue. Il est vrai que Toullier professe une opinion contraire : « C'est, dit-il, la même chose qu'il n'existe pas d'autorisation ou que la femme n'en fasse pas usage. » Cet auteur puise cette idée dans nos anciens auteurs, où elle

était une conséquence de l'exagération qu'ils avaient donnée à la solennité de l'autorisation maritale; mais cette manière de voir doit être complètement abandonnée sous l'empire d'une législation qui s'est profondément écartée, sous ce rapport, des errements de notre ancien droit; à plus forte raison faut-il reconnaître comme bonne et valable l'autorisation du mari qui ne se trouverait qu'à la fin de l'acte et après la signature de la femme. (Turin, 17 déc. 1810; Sirey, 11, 2, 231.) Nous supposons bien entendu que cette autorisation, quoique consignée à la fin de l'acte, a été concomitante et non interposée après coup. D'un autre côté, quand même l'acte passé par la femme annoncerait qu'elle est autorisée, si d'ailleurs cette autorisation n'a pas été donnée, l'acte n'en est pas moins annulable.

Pour en terminer sur l'autorisation expresse, je dois dire que le mari peut la donner, soit par lui-même, soit par un mandataire: toutefois, il est indispensable qu'il la donne, dans ce dernier cas, en connaissance de cause, par exemple qu'il détermine lui-même dans le mandat, qu'il confère, les principales conditions auxquelles le mandataire autorisera sa femme. En un mot, il peut sans doute autoriser sa femme par mandataire, mais il faut que ce soit lui, mari, qui autorise véritablement et non pas le mandataire. Il ne peut déléguer à un tiers la puissance maritale, d'où il suit qu'il ne peut donner à ce tiers le mandat vague et général d'autoriser sa femme à aliéner, à emprunter, sans déterminer lui-même quels biens, quelles sommes et à quelles con-

ditions (Demolombe, IV, 209). Mais faut-il aller jusqu'à dire qu'il ne peut pas autoriser sa femme à faire un acte aux conditions qui seront approuvées par telle personne en qui il a confiance? M. Armand Dalloz (*Dict. gén.*, v° *Autoris. de femme mariée*, n° 93) semble répondre que non, et M. Demolombe (IV, 209) que oui. C'est à cette dernière opinion que nous nous arrêtons. L'autorisation n'est en effet que l'exercice de la puissance maritale. Or, nous le répétons, la puissance maritale ne peut se déléguer : une telle délégation serait contraire aux bonnes mœurs (art. 6). Le législateur l'a bien compris, et il a voulu que la justice fût la seule qui pût suppléer le mari empêché de donner son autorisation.

§ 2. — *Autorisation tacite.*

L'autorisation tacite résulte, d'après l'art. 217, du concours du mari dans l'acte. Nous n'avons pas à rechercher quelle peut être la portée de ce mot : « concours dans l'acte. » Il y a là une question de fait que les tribunaux résoudront d'après les circonstances. Nous devons nous borner à donner quelques exemples :

1° *Cas où le mari concourt de manière à autoriser.*
— Il y a véritablement concours du mari, dans le sens de l'art. 217, toutes les fois que dans l'acte le mari est la partie adverse de sa femme : ainsi le mari fait-il une donation à sa femme, il l'autorise par ce seul fait à l'accepter; accepte-t-il une dona-

tion de sa part, il l'autorise à faire cette donation. De même s'il tire sur elle une lettre de change, il est clair qu'il l'autorise à l'accepter. (Caen, 2 août 1814; Grenoble, 15 janvier 1830; Sirey, 30, 2, 205.)

Dans les cas où la vente est permise entre les deux époux (art. 1595), que le vendeur soit le mari (nos 1 et 2) ou que ce soit la femme (nos 1 et 3), le mari, par cela seul qu'il vend ou achète à sa femme, autorise celle-ci à acheter ou à vendre.

Par suite du même principe, le mari qui intente une action contre sa femme l'autorise par là à se défendre.

Il y a en second lieu concours du mari dans l'acte, lorsque le mari agit conjointement avec sa femme pour le passer : par exemple, les époux possèdent un bien par indivis, ils le vendent par un seul et même acte, la femme est suffisamment autorisée; de même si le mari procède, soit comme demandeur, soit comme défendeur, conjointement avec elle, sans qu'il y ait à distinguer s'ils ont ou non des intérêts distincts dans la cause.

2° Cas où l'on ne peut pas dire que le mari concourt de manière à autoriser.

Le mari a souscrit un billet et la femme écrit son obligation à la suite. Rien ne prouve qu'elle y ait été autorisée. Le créancier a pu la faire engager en arrière du mari.

Il en est de même si la femme cautionne l'obligation de son mari. La Cour de Riom l'a jugé dans une espèce où la femme avait mis ces mots : *pour*

caution, au bas d'une lettre de change signée par son mari. (Riom, 2 févr. 1810; Sirey, 14, 2, 99.) Il est évident qu'il en serait autrement si le cautionnement consenti par la femme était écrit de la main même du mari à la suite de sa propre obligation. (Paris, 14 mai 1856; Sirey, 2, 299.)

Le concours dans l'acte est-il la seule circonstance de laquelle puisse s'induire l'autorisation tacite? Cette question est différemment résolue par les auteurs. Pour l'affirmative, on invoque cet argument que l'autorisation n'a aujourd'hui rien de sacramentel; qu'elle peut être donnée de toute manière; que l'essentiel est qu'elle soit donnée. Suivant les partisans de ce système, si le Code parle du concours du mari dans l'acte, c'est que cette circonstance seule peut être entièrement décisive; mais le Code, en la mentionnant, n'a pas entendu exclure entièrement toutes les autres d'où pourrait résulter l'autorisation du mari. Et comment n'en serait-il pas ainsi, puisqu'il est universellement reconnu et que l'on juge que la femme qui fait le commerce au vu et au su de son mari est suffisamment autorisée? (Cassat., 27 mars 1832; Delangle, *Des Sociétés commerciales*.)

Mais la loi ne dit pas d'une manière générale que l'autorisation du mari peut être *tacite* et qu'ainsi on peut l'induire de toute circonstance propre à faire connaître la volonté du mari. Elle a pris soin au contraire de déterminer, de préciser le fait auquel elle attache cet effet. Ce fait, c'est le concours du mari dans l'acte; en ajouter d'autres, ce ne serait plus in-

interpréter la loi, ce serait la faire. Sans doute il en est autrement en ce qui concerne l'autorisation de faire le commerce. Mais cela vient de ce que cette autorisation est soumise à une loi spéciale, l'art. 4 du Code de commerce. Or, cet article ne fait qu'exiger le consentement du mari sans déterminer la manière dont ce consentement devra être donné. Dira-t-on que l'art. 4 du Code de commerce a entendu se référer quant à la manière dont doit être donnée l'autorisation maritale aux principes posés là-dessus dans le Code Napoléon ? Nous répondrons qu'il ne le dit point ; qu'on ne peut ainsi, par analogie, restreindre la portée de ses termes, qui sont généraux ; que d'ailleurs son historique prouve que tel n'a pas été le but du législateur. L'ancien droit, en effet, qui exigeait pour l'autorisation des termes sacramentels, se contentait dans ce cas du consentement tacite ou plutôt de la tolérance du mari. (Pothier, *Puiss. marit.*, n° 224). Ce sont ces précédents que l'art. 4 du Code de commerce a voulu sanctionner. Rien ne prouve qu'il ait voulu les abandonner en se référant au Code Napoléon ; tout prouve qu'il a entendu les reproduire. (Cassat., 26 juin 1839 ; Cassat., 19 août 1845 ; Dev. 46, I, 633 ; Valette, sur Proudhon, t. I, p. 460, note A, 1 ; Marcadé, t. I, art. 217, n° 4 ; Demolombe, IV, n° 1974.)

On comprend, après ce que nous venons de dire, qu'une exception doit être apportée en ce qui concerne la femme marchande publique. Le consentement du mari à un commerce fait par sa femme peut résulter de toutes circonstances. C'est donc là un

point de fait que le juge appréciera souverainement. Il s'ensuit nécessairement que la preuve testimoniale devra être admise quelle que soit l'importance de la somme réclamée.

Mais cette exception ne s'applique qu'au cas où la femme est marchande publique, or, d'après les art. 220, Code Napoléon et 5 Code de commerce, la femme n'est réputée marchande publique que quand elle fait un commerce séparé de celui de son mari, et non si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari. Pour cela, il n'est pas nécessaire que la femme tienne boutique ouverte ni qu'elle ait un comptoir ou une enseigne. Il suffit, suivant la règle commune, qu'elle exerce des actes de commerce et en fasse sa profession habituelle.

§ 3. *Spécialité de l'autorisation.*

Nous connaissons par qui et de quelle manière doit être donnée l'autorisation. Recherchons maintenant quels doivent en être les caractères. L'ancien droit présentait plus d'une variation sur le point de savoir si l'autorisation pouvait ou non être générale. Aucun doute ne s'aurait s'élever aujourd'hui sur le principe même de la spécialité de l'autorisation.

Il est expressément consacré par les art. 223 et 1538, al. 2, du Code Napoléon, dont voici le texte :

Art. 223. « Toute autorisation générale, même
« stipulée par contrat de mariage, n'est valable que
« quant à l'administration des biens de la femme. »

**Art. 1538, al. 2. « Toute autorisation générale
« d'aliéner les immeubles donnés à la femme, soit
« par contrat de mariage, soit depuis, est nulle. »**

Mais si le principe de la spécialité se trouve désormais à l'abri de toute controverse, il en est autrement des conséquences et de l'application de ce principe. Voici la règle d'interprétation à laquelle je me propose de tout ramener : pour savoir si une autorisation est spéciale ou générale, il faut rechercher si le mari a ou non autorisé en connaissance de cause. S'il a connu l'affaire, ses principales circonstances et conditions, son autorisation est spéciale ; au contraire, s'il n'a pu suffisamment s'en rendre compte, son autorisation est générale.

Faisant application de ce principe, nous dirons que permettre d'aliéner et d'acquérir n'importe quels immeubles sans limiter les conditions d'aliénation ou d'acquisition, c'est évidemment autoriser d'une manière générale ; qu'il en est de même, quoique cela apparaisse moins bien, de l'autorisation d'aliéner ou d'acquérir tels ou tels immeubles déterminés, si cette autorisation laisse, quant au mode, à l'époque ou aux conditions, une latitude illimitée ; le mari en effet n'a pas su ce qu'il faisait en autorisant, il a plutôt abdiqué qu'exercé son droit d'autorisation. (Demolombe IV, 233 ; Proudhon, t. I, p. 465 ; Req., 18 mars 1840 ; Req., 18 décembre 1840 ; Cassat., 10 mai 1853 ; Cour de cassat. de Berlin, 9 nov. 1846 ; D. 47, 2, 146.)

Cette solution n'est cependant pas admise par tous les auteurs. Certains admettent comme valable l'autorisation concédée de la manière la plus large, soit

quant à sa durée, soit quant aux autres conditions et circonstances, pourvu qu'elle ne porte que sur des immeubles désignés et déterminés. Ils invoquent à leur appui d'abord les textes; les art. 1987 et 1988 donnent une définition des mots, *spécial* et *général*. Or, cette définition ne permet pas de regarder comme *générale* l'autorisation qui ne s'applique qu'à certains biens ou à certaines affaires seulement. Une telle autorisation sauvegarde suffisamment tous les droits de la puissance maritale. (Duranton, t. II, p. 249; Zachariæ, t. I, 241.) Il a été jugé conformément à cette opinion que la femme autorisée à emprunter, peut emprunter telle somme qu'elle jugera nécessaire et même hypothéquer à la sûreté de cet emprunt.

Mais, quelque opinion que l'on admette sur la base de l'incapacité de la femme mariée, on est forcé de convenir qu'en exigeant l'autorisation du mari, la loi a voulu qu'elle fût éclairée et ne constituât pas seulement une simple formalité. Or, il est impossible que le mari, en donnant une pareille autorisation, puisse en prévoir les suites; il ne sait pas ce qu'il fait, le pouvoir qu'il donne peut servir à des actes importants ou non, avantageux ou ruineux; il ne peut les apprécier, le but de la loi n'est donc pas rempli. On prétend que les art. 223 et 1538 ont employé les mots, *spécial* et *général*, dans le même sens que les art. 1988 et 1987. Rien ne le prouve. Il est probable au contraire que ces articles ont pris ces mots dans l'acception qu'ils avaient autrefois reçue en cette matière. Or, Pothier nous dit : « L'autorisation du mari doit être spéciale pour tel et tel acte. » (Introd.

au titre X de la *Cout. d'Orléans*). » Elle doit être expresse et spéciale pour le contrat qui se passe. » (*Puissance du mari*, n° 67.) Et d'Aguesseau, dans son plaidoyer du 3 avril 1691, exige : « une autorisation expresse et spéciale, *et ad rem quæ geritur acommodata*. Cette ancienne jurisprudence a été sanctionnée par le Code. (Cassat. 18 mars 1840, 19 mai 1840, 18 juin 1844; Caen, 15 mai 1844, 27 janvier 1851; Dev. 1851, 2, 4, 28; Proudhon, t. I, p. 465; Massé et Vergé sur *Zacchariæ*. (Demante; t. I, n° 306; Demolombe, IV, n° 206.)

Ce qui vient d'être dit des aliénations ou acquisitions d'immeubles est également vrai de toutes autres affaires. La femme peut être autorisée pour plusieurs à la fois, *pourvu que* le mari s'explique sur chacune d'elles et en connaissance des circonstances principales. C'est ainsi qu'a été annulée l'autorisation donnée par un mari à sa femme de garantir tous les emprunts que lui-même mari aurait besoin de contracter chez un banquier. (Metz, 31 janvier 1850; Sir. 32. 2.299.) Il a été de même jugé qu'une femme, autorisée par son contrat de mariage à aliéner tel immeuble déterminé comme elle le jugerait à propos, n'est pas suffisamment autorisée à faire cette aliénation. (Rej., 14 déc. 1840.; Sir., 40. 1.954.)

Ici se présente une hypothèse fort délicate, où se trouve une des applications les plus remarquables du principe de la spécialité de l'autorisation. La femme donne à son mari un mandat général d'aliéner, hypothéquer, emprunter, etc. Nulle détermination ni

des biens à vendre ou à hypothéquer, ni des sommes à emprunter, ni du délai dans lequel le mandat devrait être exécuté. Les tiers, avec qui le mari aura traité en vertu d'un pareil mandat, sont-ils bien assurés de la validité de leur contrat? La femme a-t-elle été représentée, est-elle engagée? Nous ne le croyons pas. L'on peut bien dire qu'un tel mandat est spécial (art. 1987-1988), que l'autorisation du mari, permettant de le donner, est par conséquent spéciale; que, du reste, le mari en remplissant chacun de ces actes en particulier, donne par cela même une autorisation spéciale. Autre chose est, comme nous l'avons fait remarquer, la spécialité du mandat et la spécialité de l'autorisation; de ce que le mandat n'est pas général, il ne s'ensuit pas que l'autorisation ne le soit pas. Le mari, en effet, en autorisant sa femme à lui donner un tel mandat, n'a pas eu en vue tel ou tel acte déterminé; mais il a voulu s'attribuer le pouvoir de faire ce que bon lui semblerait. L'autorisation est donc générale. En accomplissant chacun des actes en particulier, le mari ne peut la valider. Ce n'est point là une autorisation suffisante; mais y verrait-on cette autorisation nécessaire, les actes faits par le mari n'en seraient pas moins nuls; il ne peut, en effet, les accomplir valablement qu'en vertu du mandat. Or, le mandat est nul comme ayant été donné sans autorisation; donc l'acte dans lequel l'on prétend voir cette autorisation, un peu tardive, est nul comme fait sans pouvoirs. (Demolombo, IV. 210; Amiens, 1^{er} mars 1839; Sir., 40.2.28. Rej. 18 mars 1840.; Cassat., 10 mai 1853; Sir., 53. 1.572.)

Nous n'appliquerons pas le même principe au cas où le mari a donné une procuration générale d'emprunter en son nom, de l'obliger d'une manière quelconque, ainsi que d'aliéner et d'hypothéquer soit tous ses biens personnels à lui mari, soit tous les biens de la communauté, soit les revenus des biens de la femme, s'il en a l'administration. Il ne s'agit pas, en effet, d'appliquer ici les règles sur l'autorisation, mais bien les règles du mandat. Ici, la femme n'agit point dans ses intérêts, elle agit pour son mari, comme chargée de procuration. Or, nous savons que la femme mariée peut accepter un mandat sans autorisation. (Duranton, Proudhon, Demolombe, IV, n° 205.)

EXCEPTIONS A LA SPÉCIALITÉ DE L'AUTORISATION.

1° *Des actes d'administration.* — Une véritable autorisation générale peut être accordée à la femme relativement à l'administration de ses biens, soit par contrat de mariage, auquel cas cela constitue un régime spécial (art. 1536), soit même après le mariage (art. 228 et 1538).

2° *Femme marchande publique.* — La femme marchande publique peut, sans autorisation, s'obliger pour tout ce qui concerne son négoce (art. 220). On pourrait croire et on a cru, en effet, que cette exception dérogeait à l'art. 217; il n'en est rien cependant. La femme devant être autorisée par son mari pour pouvoir faire le commerce, ce n'est point

de l'autorisation qu'est dispensée la marchande publique, mais seulement de la *spécialité* de cette autorisation.

Nous avons déjà dit que la femme n'est marchande publique que lorsqu'elle fait un commerce qui lui est propre, et qu'elle ne mérite point cette qualification lorsqu'elle ne fait que détailler les marchandises de son mari.

L'exception à la règle de la spécialité, faite en faveur de la femme marchande publique, n'est relative qu'aux actes tenant à son négoce ; mais qui prouvera que l'acte est ou n'est pas relatif au négoce ? Y aurait-il présomption en faveur de l'acte, ou le tiers qui le prétend valable doit-il prouver cette circonstance ? L'intérêt des tiers, qui pourraient se trouver trompés, plaide en faveur de la première opinion. Mais si l'on remarque qu'une présomption ne doit jamais se supposer ; que l'incapacité de la femme mariée est la règle, et que l'on ne doit y déroger que dans la limite de l'exception qui y est apportée par l'art. 220 ; enfin que cet article dispense bien de l'autorisation les actes concernant le négoce, mais ne dit point quels seront ces actes, laissant la preuve à la charge de celui qui prétend que tel ou tel acte rentre dans cette catégorie, on repoussera cette première opinion, et, par application simplement du droit commun, l'on mettra à la charge des tiers la preuve à faire en cette matière.

SECTION II.

De l'autorisation de justice.

§ 1^{er}. — *Des cas où la justice peut accorder à la femme l'autorisation dont elle a besoin.*

Ces cas se réduisent à deux : refus, et impossibilité de l'autorisation du mari.

Le mari peut refuser d'autoriser sa femme ; mais celle-ci ne doit pas être victime d'un refus injuste ; c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider si le refus a une cause légitime et d'accorder à la femme l'autorisation dont elle a besoin. (Art. 218.)

L'impossibilité peut résulter de plusieurs circonstances : 1^o absence du mari ; 2^o sa minorité ; 3^o sa condamnation à une peine afflictive ou infamante ; 4^o son interdiction.

1^o *Absence du mari.* Art. 222 : « Si le mari est...
« absent, le juge peut en connaissance de cause au-
« toriser la femme... » Ceci prévoit évidemment le cas où il existe un jugement de déclaration ou de présomption d'absence. Mais nous allons plus loin, nous croyons que le mot, *absent*, n'étant pas toujours employé dans nos lois avec son sens strict, on doit l'appliquer aussi par utilité au cas où le mari serait simplement non présent, s'il y avait urgence constatée. Sans doute, il ne faut pas que la femme, profitant

d'un voyage de son mari, puisse se soustraire à son autorité; mais il ne faut pas non plus qu'elle soit empêchée de faire un acte urgent pour lequel il serait trop long d'attendre le retour du mari, ou son autorisation par lettre. — Le tribunal appréciera suivant les circonstances (Demolombe, IV, n° 214. — Mourlon, t. I^{er}, p. 387, — *Contra* Marcadé).

2° *Minorité du mari*, art. 224 : « Si le mari est
« mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la
« femme, soit pour ester en jugement, soit pour
« contracter. »

Innovation à l'ancien droit qui prouve que l'autorité maritale n'est pas la base principale de l'incapacité de la femme. Il en était ainsi dans l'ancien droit; aussi le mari mineur pouvait-il autoriser : le Code en décide autrement parce qu'il ne s'est point fondé sur le même principe : « Comment le mari pourrait-il
« autoriser les autres, disait M. Portalis, lorsqu'il a
« lui-même besoin d'autorisation? » (Locré, *Législ.*, t. IV, p. 524.) — La disposition de l'art. 224 suppose donc nécessairement, à la nécessité de l'autorisation, un but de protection, soit de la femme, soit des intérêts matrimoniaux.

De ce que l'incapacité du mari est la seule raison qui le prive du droit d'autoriser sa femme, on a conclu qu'il conserverait l'exercice de ce droit pour tous les actes que sa qualité de mineur émancipé lui donne le droit de faire. Une pareille conclusion me paraît entièrement contraire aux termes de l'art. 224, et j'hésiterais à l'admettre, si d'ailleurs elle n'était à peu près inutile : le mineur émancipé n'est en effet

capable, sans l'assistance de son curateur, que d'actes d'administration; or, dans l'espèce, ou l'administration de ses biens appartient à la femme, et alors, comme nous l'avons expliqué plus haut, elle n'a pas besoin d'être autorisée pour cette administration; ou elle appartient au mari, et alors il n'y a pas lieu à autorisation. L'observation dont il s'agit ne pourrait trouver une application pratique qu'en ce qui concerne l'exercice des actions mobilières et possessoires, et seulement lorsque la femme est séparée de biens, ou si, mariée sous le régime dotal, elle a des paraphernaux;

3° *Le mari est condamné à une peine afflictive ou infamante, soit contradictoirement, soit par contumace.* Il est indigne, souvent même il se trouve dans une impossibilité physique d'autoriser sa femme. La justice le remplacera (art. 221).

Cette incapacité pour le mari n'existe que pendant la durée de la peine; de là deux difficultés: 1° La dégradation civique est une peine perpétuelle. L'impossibilité pour le mari d'autoriser sa femme n'est que temporaire, comme le prouvent ces mots: *pendant la durée de la peine*. Comment la dégradation civique peut-elle dès lors entraîner cette incapacité?

Certains auteurs ont pensé qu'il fallait supprimer les mots qui sont la cause du doute: « *pendant la durée de la peine.* » (Delvincourt.) — Mais on ne peut ainsi effacer d'un article du Code une partie de ses dispositions, et il est plus sûr de dire, selon nous, que la dégradation civique ne prive pas le mari du droit d'autoriser sa femme. L'art. 34 du Code pénal,

en effet, énumérant les incapacités qui résultent de la dégradation civique, ne prononce pas la déchéance du droit d'autorisation, on peut la regarder plutôt comme étant l'accessoire de l'interdiction légale. (Duranton, t. II, 507; Valette sur Proudhon, t. I^{er}, p. 470, note a.)

2° Le mari ne peut autoriser sa femme, *pendant la durée de sa peine*, encore qu'il n'ait été condamné que par contumace ; mais le condamné par contumace ne subit pas de peine et ne peut même pas en subir, puisque sa représentation anéantit l'arrêt de condamnation. (Art. 476, C. inst. crim.)

On concilie entre elles ces diverses parties de l'article en regardant comme durée de la peine la durée de la contumace elle-même, c'est-à-dire tout le temps qui s'écoule depuis la condamnation jusqu'à ce que le condamné par contumace ait acquis la prescription de sa peine. (Valette sur Proudhon, t. I^{er}, p. 471, en note.)

4° *Le mari est interdit.* L'autorisation est donnée par la justice. Mais si la femme est nommée tutrice de son mari, sera-t-elle tenue d'obtenir cette autorisation dans tous les cas et pour tous les actes qu'elle fera ? Non, pour les actes qui concernent les biens personnels de son mari, et même pour l'administration de ses biens propres, si cette administration appartenait au mari. Pour ces actes elle est tutrice et ne doit se soumettre qu'aux règles de la tutelle. En ce qui concerne au contraire ses biens personnels, elle restera soumise à la nécessité de se faire autoriser par la justice ; car nulle exception n'a été apportée pour ce cas à la règle générale.

Nous n'assimilerons pas, comme le font certains auteurs, la position du mari placé dans un établissement d'aliénés à celle du mari interdit. Assurément l'autorisation donnée par lui pourrait être attaquée pour cause de démence; ce n'est encore que l'application du droit commun rappelé par l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838. Mais l'on ne peut aller jusqu'à étendre au cas de placement dans un établissement d'aliénés la présomption que la loi n'a établie que pour le cas d'interdiction. (Demolombe.)

5° *Le mari est pourvu d'un conseil judiciaire.* — Pourra-t-il autoriser sa femme même pour les actes qu'il ne peut faire sans l'autorisation du conseil? Suivant les uns, il ne le pourra en aucune manière; suivant les autres, il le pourra, mais seulement assisté de son conseil. Suivant d'autres, enfin, il le pourra sans qu'il lui soit besoin d'aucune assistance. — En faveur du premier système, l'on a dit qu'il serait déraisonnable que le mari pût habiliter la femme à faire des actes pour lesquels il est lui-même incapable. En faveur du second, on soutient qu'assurément le mari, pourvu d'un conseil judiciaire, est incapable d'autoriser seul, mais que cette incapacité accessoire ne peut être plus étendue que l'incapacité générale; le mari peut faire tout acte, avec l'assistance de son conseil judiciaire, donc il peut autoriser sa femme. (Paris, 27 août 1863. Chauveau.) — Je n'admettrai ni l'un ni l'autre de ces systèmes; nulle part, en effet, la loi ne prive le mari, pourvu d'un conseil judiciaire, du pouvoir d'autoriser sa femme. Aucun texte n'édicte cette exception à la règle géné-

rale, or nulle exception ne doit se suppléer. Dirait-on qu'on l'induit, par analogie de ce qui a lieu, lorsque le mari est interdit ; nous répondrons que l'on ne peut induire une exception par analogie, que d'ailleurs cette analogie prétendue n'existe pas. L'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne l'est pas pour cause de démence, mais seulement pour cause de prodigalité ou d'infirmité. Le législateur craint qu'il ne dissipe sa fortune, et c'est pour la lui assurer qu'il le rend incapable de faire seul les actes les plus dangereux. Tel est le seul but des art. 513, 499. Or ce but est-il à remplir ici ? Evidemment non ; le mari n'agit pas par lui-même, ne vend pas, n'emprunte pas ; ce n'est pas lui qui fait ces actes, il ne fait qu'autoriser sa femme ; assurément ce n'est pas le moyen de dissiper son patrimoine. Le motif de l'art. 513 ne se trouve pas ici, et comme il est d'ailleurs parfaitement capable, qu'il a toute sa raison et agit en connaissance de cause, son autorisation doit être valable. (Duranton)

Il peut arriver que la femme soit à son tour mineure : le mari est-il majeur, il est de plein droit curateur et l'on suit les règles ordinaires de la tutelle ; le mari est-il mineur, il faut recourir à l'autorisation de la justice et nommer un curateur *ad hoc* pour chaque affaire. (Arg., art. 2208, al. 3.)

La femme est-elle interdite, le mari est tuteur de droit ; mais il peut arriver que pour une cause quelconque, il n'accepte pas la tutelle et que le tuteur soit un tiers ; nous croyons alors, malgré un arrêt contraire de la Cour d'Amiens (29 déc. 1825), que

le tuteur sera soumis à l'autorisation maritale. Nous n'avons pas admis, en effet, que la protection de la femme fût la base de son incapacité ; elle a, selon nous, sa raison d'être dans la protection des intérêts matrimoniaux. La famille forme une petite société qui a besoin d'un chef et pour la prospérité de laquelle l'unité d'administration est indispensable ; ne pas obliger le tuteur à obtenir l'autorisation maritale serait détruire cette unité si nécessaire. *A fortiori*, donnerons-nous la même solution si la femme est pourvue d'un conseil judiciaire. La femme agit alors par elle-même et comme le dit très-bien un considérant de la Cour de Montpellier. « La nomination d'un conseil judiciaire ne porte aucune atteinte à l'autorité maritale et la laisse subsister dans toute sa force pendant le mariage. » (Montpellier, 14 déc. 1841.)

Ici se présente une question importante et qui se rencontre très-fréquemment dans la pratique : « Le mari peut-il autoriser sa femme à s'obliger dans son intérêt propre à lui mari, soit envers un tiers, soit envers lui. » Dans ces deux cas, l'autorisation de la justice n'est-elle pas nécessaire ? On avait d'abord prétendu que la justice seule pouvait autoriser, exhumant pour cela des instituts cette vieille maxime : « *Nemo potest esse auctor in rem suam* ; » et cherchant dans l'art. 1427 une disposition générale qui ne s'y trouve pas.

Cette doctrine est généralement abandonnée. Les articles, en effet, qui énumèrent les cas où il est nécessaire de l'autorisation de justice n'y compren-

ment pas celui-ci, et l'art. 217, en statuant que la femme ne peut donner, aliéner sans le concours du mari dans l'acte où son consentement par écrit, dit par cela même qu'elle est capable dès lors que le mari a consenti par écrit ou a concouru dans l'acte. L'art. 1427 traite d'une règle relative au régime de communauté, il n'a point rapport à notre matière et c'est par erreur que le législateur y a inséré cette expression : *s'obliger*. Enfin plusieurs dispositions du Code supposent, soit que la femme s'oblige envers un tiers dans l'intérêt de son mari (art. 1431), soit qu'elle contracte directement avec son mari (art. 1595), sans donner aucunement à soupçonner que la justice intervienne. (Marcadé, art. 224, n° 2 : Toul-lier, XII, 41. ; Demolombe, IV, 231-243 ; Paris, 2 déc. 1820; Nîmes, 9 février 1842 ; Sir., 40, I, 604 ; Grenoble, 11 mars 1851 ; Sir., 51, II, 627 ; Bordeaux, 29 avril 1856 ; Sir. 57, II, 54.)

§ 2. — Des cas où l'autorisation de justice ne peut remplacer celle du mari.

Il faut absolument que la femme soit autorisée par son mari lui-même :

1° Lorsque, mariée sous le régime dotal, elle veut aliéner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants communs (art. 1556). Il en est autrement lorsqu'il s'agit d'établir des enfants d'un premier lit. L'affection du mari pour ses propres enfants est une garantie qu'il ne refusera pas son autorisation mal

à propos. Cette disposition doit cependant être renfermée strictement dans ses termes, car c'est une exception à la règle de l'art. 219, et l'on sait que les exceptions sont *strictissime interpretationis*. La justice peut donc dans tous les autres régimes et même dans le régime dotal, quant aux paraphernaux, autoriser la femme à donner ses biens pour l'établissement des enfants communs.

2° Lorsque n'étant pas séparée de biens, elle veut accepter la charge d'exécutrice testamentaire (art. 1029). La raison en est que l'exécuteur testamentaire étant imposé aux héritiers, et non choisi par eux, doit leur offrir une garantie sérieuse et efficace. Or, la loi n'a pas cru que la femme présentât cette garantie nécessaire lorsque le mari a la jouissance de ses biens, jouissance à laquelle l'autorisation de justice ne peut porter atteinte. Si la femme est séparée de biens, l'autorisation de la justice suffit au contraire pour habiliter la femme à s'obliger d'une manière complète. Le mari n'a point alors la jouissance des biens, il ne peut être question de la lui enlever. Dès lors la femme offre aux héritiers autant de garantie que toute autre personne.

Là s'arrête la disposition de l'art. 1029. Nous devons, je crois, la compléter en mettant sur le même rang que la femme séparée de biens, la femme mariée sous n'importe quel régime, si elle a conservé des biens paraphernaux; pourvu, bien entendu, que ces biens soient considérés comme suffisants pour la garantie des parties intéressées. Cette addition aux termes de l'art. 1029 résulte essentiellement de

l'esprit dans lequel il a été conçu. (Demolombe, IV, 247, Troplong, Donat., IV, 2015.)

3° Pour compromettre. — La femme ne peut compromettre que si elle y est autorisée par son mari. Cela résulte de l'art. 83, n° 6 du Code de procédure combiné avec l'art. 1004 du même Code, puisqu'on ne peut compromettre sur les causes communicables au ministère public, et que les causes des femmes non autorisées de leurs maris sont toujours communicables.

4° Enfin, pour *faire le commerce*. — C'est une question fort controversée encore aujourd'hui; toutefois je n'hésite pas à me prononcer d'une manière absolue pour l'impossibilité de suppléer à l'autorisation du mari, lorsqu'il s'agit d'habiliter la femme à devenir marchande publique. L'autorisation maritale est la règle (art. 217), l'autorisation de justice l'exception; or, les cas dans lesquels a lieu cette exception ont été limitativement déterminés par le Code Napoléon, et parmi eux ne se trouve pas le commerce de la femme. L'art. 220 nous dit bien quand la femme sera marchande publique, et quelle sera la capacité de la femme marchande publique, mais il ne dit point de quelle autorisation elle a besoin pour devenir marchande publique; il laisse donc subsister la règle générale; cette règle est sanctionnée par l'art. 4 du Code de commerce, qui dit formellement que la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. Or, le Code du commerce, dans les art. 2-7 a voulu déterminer lui-même les conditions de capacité nécessaires pour

être commerçants. Si l'on a cherché à mettre en avant des opinions contraires, qui sont fort loin d'ailleurs d'être d'accord entre elles, ce n'est pas qu'on ait trouvé quelque texte qui pût servir de fondement à ces diverses théories, c'est uniquement parce qu'on a vu des inconvénients à ce que la justice ne pût en aucun cas autoriser la femme à faire le commerce. Quelques-uns de ces inconvénients sont graves, je l'avoue, mais il y en aurait aussi de fort grands à ce que la femme pût devenir, sans la volonté ou même contre le gré de son mari, passible de la contrainte par corps, de la mise en faillite ; bien plus, dans le cas de banqueroute, d'une peine afflictive et infamante qui l'enlèverait à la puissance maritale et à ses enfants, par cela seul qu'elle aurait commis une fraude qui ne lui eût fait encourir aucune pénalité si elle n'eût pas été commerçante.

Il y a donc des inconvénients de part et d'autre ; mais lors même qu'il y en aurait de plus graves encore à ce que la justice ne pût pas autoriser, et qu'il n'y en aurait aucun à ce qu'elle le pût, on serait encore obligé de reconnaître que la loi s'y oppose absolument : *dura lex, sed lex*. Je n'admettrais même pas comme règle que la justice pût autoriser la femme à continuer le commerce dans le cas où le mari viendrait à révoquer le consentement qu'il avait d'abord donné. Tout ce qu'on peut admettre, c'est que si le mari veut brusquement et intempestivement faire cesser le commerce de sa femme, la justice peut intervenir en ce sens seulement qu'elle retardera l'exécution de cette volonté, par exemple

autorisera la femme à terminer des opérations commencées. On comprend, en effet, qu'une brusque cessation de son commerce pourrait lui occasionner un préjudice considérable. Voilà tout le rôle qu'il est permis d'attribuer ici à la justice dans le silence ou plutôt malgré le texte formel de la loi (art. 4, Code comm.) C'est seulement de ce tempérament que l'on peut dire qu'il concilie tous les droits et tous les intérêts. (Demolombe, IV, 324.)

§ 3. — De la compétence du tribunal qui doit accorder l'autorisation.

La compétence du tribunal varie suivant l'autorisation qu'il s'agit d'obtenir.

La femme veut-elle se faire autoriser à contracter ou à plaider comme demanderesse, le tribunal compétent est le tribunal civil d'arrondissement du domicile commun des époux (art. 219). Cet article ne désigne expressément ce tribunal que relativement à l'autorisation de contracter ; mais on est unanime pour étendre sa disposition au cas où la femme sollicite l'autorisation de plaider comme demanderesse.

La femme séparée de corps peut avoir, suivant une opinion généralement reçue, un domicile distinct de celui de son mari ; le tribunal compétent sera alors celui du domicile de la femme, et non celui du domicile du mari. Cela ne souffre aucune difficulté dans les cas où la justice autorise sans entendre le mari (art. 221, 222). Lors même que le mari doit au

préalable être consulté (art. 219 Code Napoléon et 862 Pr.), cette solution semble bien raisonnable, car le fond de l'affaire n'est pas un procès entre les époux, mais un acte de la juridiction gracieuse ou volontaire, sollicité par la femme. (Valette, *Explicat. somm. du livre 1^{er} du Code Nap.*, p. 122; Lyon, 4 juin 1841; Sir, 41. II, 612.)

Cela posé, il peut être utile de savoir à quel degré de juridiction devra être demandée l'autorisation nécessaire. Pour plaider en première instance, pas de doute, ce sera au tribunal de première instance qu'il faudra s'adresser. Mais des difficultés ont été soulevées quant à l'autorisation de plaider en appel. Nous croyons que la Cour seule doit être regardée comme compétente. De deux choses l'une : ou le jugement dont la femme peut appeler émane du tribunal même du domicile commun, où il émane d'un autre tribunal. Dans le premier cas, il serait vraiment bizarre et inconvenant de demander à des juges l'autorisation de faire réformer leur propre décision. Dans le second cas, il y aurait une sorte de contrôle à exercer sur le jugement dont l'appel est proposé, et ce contrôle serait exercé par un tribunal égal à celui qui a rendu le jugement, qui n'est investi d'aucun droit de révision. Il ne reste donc d'autre compétence que celle de la Cour devant laquelle l'instance d'appel sera engagée. (Rej., 2 août 1883; Sirey, 83, I, 211.)

Pour la même raison, nous dirons que l'autorisation nécessaire pour se pourvoir en cassation doit être donnée par cette cour. — (Demolombe, IV,

p. 263. — Voyez cepend. Civ., Rej., 27 mai 1852. Sirey, 46, I, 747.)

Si la femme veut plaider comme défenderesse, son adversaire prendra des conclusions tendant à la faire autoriser, et le tribunal qui sera juge de la contestation statuera aussi sur l'autorisation. L'autorisation pourra donc être donnée tantôt par un tribunal civil quelconque, tantôt par un tribunal de commerce, tantôt par le juge de paix (siégeant comme juge, non comme conciliateur) et par la Cour impériale ou la Cour de cassation. (Demolombe, IV, p. 266.)

§ 4. — *Procédure en autorisation.*

Deux dispositions régissent cette matière : l'une (art. 219 Code Nap.) a rapport à l'autorisation de contracter ; l'autre (art. 861 Code de procédure) regarde celle de plaider en tant que la femme est demanderesse. La seconde étant beaucoup plus conciliante et respectueuse pour le mari et aucune bonne raison d'introduire des procédures différentes pour ces deux cas n'existant, une pratique constante a vu une abrogation de l'art. 219 dans les art. 861 et suiv. et décide que dans les deux cas ces dernières dispositions doivent être suivies de préférence aux premières.

Les principaux actes de la procédure en autorisation sont : 1° Sommation par la femme au mari d'avoir à l'autoriser. Cette sommation n'est pas nécessaire lorsque le mari est absent, interdit ou condamné à une peine afflictive ou infamante. — S'il

est mineur, nous croyons que le tribunal peut le faire comparaitre afin d'en obtenir des explications, mais aucune loi n'ordonne de le faire, et l'on ne saurait déclarer irrégulière une procédure où il n'aurait été ni entendu ni appelé. (Carré, 2925. ; Demolombe, IV, p. 253.)

2° Requête de la femme au président à la fin d'assigner le mari.

3° Ordonnance en réponse permettant l'assignation (art. 861).

4° Assignation du mari à la Chambre du conseil (art. 861).

5° Audition des époux et de ceux qui peuvent les assister (art. 862).

6° Rapport d'un juge dans le cas d'absence ou d'interdiction (art. 863 et 864).

7° Conclusion du ministère public (art. 862).

8° Et jugement (art. 862).

Les parties peuvent se faire assister par un avocat ou un avoué; aucune loi ne le leur défend, le droit commun le leur permet.

La procédure en autorisation est une procédure exceptionnello où la publicité est rejetée, afin de ne pas dévoiler les secrets du ménage. C'est donc dans la salle du conseil que seront entendues les parties. C'est aussi dans cette salle qu'auront lieu les plaidoiries des avocats, et même, selon nous, que sera entendu le ministère public et que sera prononcé le jugement. Ces dernières solutions sont, il est vrai, contestées: les uns réclament la publicité pour le jugement, les autres pour le jugement et les conclusions

du ministère public ; d'autres enfin même pour les plaidoiries des avocats. Mais si la loi a, par un texte formel, proscrit la publicité pour l'audition des parties, c'est évidemment parce qu'elle a craint que les affaires de famille ne fussent dévoilées ; permettre aux avocats de plaider, au ministère public de conclure, au tribunal d'exposer les motifs de sa décision en audience publique, ce serait publier ce que la loi a voulu tenir caché. (Demolombe, IV. Riom, 29 janv. 1820 ; Bordeaux, 27 janvier 1834 (Sir., 34, 2, 283.) En sens contraire : Marcadé, art. 219, n° 2. Req., Rej., 10 février 1851 (Sir., 51, 1, 282), qui veulent que les conclusions mêmes du ministère public soient prises à l'audience publique. — Berriat-Saint-Prix, t. II, p. 667. Civ., cass., 8 juin 1850 ; req., rej., 1^{er} mars 1858 (Sir., 58, 1, 452) qui reconnaissent que tout doit se passer en la chambre du conseil, à l'exception du jugement seul.

Cette procédure exceptionnelle n'est pas seulement relative aux tribunaux de première instance. Elle sera suivie encore par les cours d'appel. L'art. 470 du Code de procédure dit, en effet, que « les règles « établies pour les tribunaux inférieurs seront obser-
« vées dans les cours royales. »

Si la femme est défenderesse, une pratique constante veut que le tiers demandeur assigne en même temps le mari, à l'effet de l'autoriser. Tant que cette assignation n'a pas été donnée, la femme n'est pas tenue de comparaitre, et défaut ne peut être donné contre elle.

Les juges devant qui est introduite une demande

d'autorisation peuvent-ils refuser d'autoriser? Disons tout de suite qu'ils ne le font jamais, mais ils le pourraient; la loi qui les charge d'autoriser, leur donne par là le droit de ne le faire qu'en connaissance de cause. Si la femme leur paraît prête à soutenir un mauvais procès, ils pourront refuser de l'autoriser, et elle sera condamnée par défaut; elle évitera ainsi quelques frais.

L'autorisation donnée par la justice doit être, comme celle donnée par le mari, spéciale, mais de plus, doit être *expresse*. Le tribunal, en effet, ne peut autoriser si son attention n'est portée sur l'autorisation par un chef spécial des conclusions, et si la demande en autorisation se trouve dans les conclusions, le tribunal doit statuer spécialement sur ce point; ce n'est pas tacitement qu'il peut rendre ses jugements.

La justice peut encore, comme le mari lui-même, n'accorder son autorisation que sous certaines conditions et sous certaines réserves. Ce n'est pas alors imposer des conditions qui ne seraient pas écrites dans la loi; c'est refuser son consentement, si mieux n'aime la femme suivre telle ou telle voie qu'on lui indique. Elle aurait pu faire plus : refuser absolument, comme le dit M. Demolombe (IV, 388) :
« L'autorisation dans les termes où elle est accordée
« est à prendre ou à laisser. »

CHAPITRE III.

EFFETS DE L'AUTORISATION ET DU DÉFAUT D'AUTORISATION.

SECTION PREMIÈRE.

Effets de l'autorisation.

Les effets de l'autorisation doivent être considérés, soit à l'égard de la femme, soit à l'égard du mari.

§ 1^{er}. — *A l'égard de la femme.*

La femme, pourvu qu'elle agisse dans la limite de son autorisation, devient aussi capable que si elle n'était pas mariée. D'où il suit :

1^o Que le mari ne peut être responsable si elle mésuse de l'autorisation qu'il a accordée ;

2^o Que la femme peut toujours attaquer l'acte qu'elle a consenti par tous les moyens qu'elle aurait employés si elle n'eût pas été mariée.

Mais la question de savoir quand la femme est restée dans la limite de son autorisation est complexe : quelle étendue doit-on donner à l'autorisation accordée ? A quel acte s'appliquera-t-elle, si elle est donnée d'une manière générale ? Et si certains

actes sont spécifiés, ne pourrait-on pas l'étendre à d'autres actes? Telles sont les questions que nous avons à résoudre.

Nous avons tout d'abord une base importante déjà établie et sur laquelle nous pouvons fonder une théorie générale : c'est la règle de la spécialité de l'autorisation. Il suit de cette règle que l'autorisation d'intenter toutes les actions, de défendre à toutes celles qui pourraient être formées contre la femme, ne lui conférerait aucun droit (Cass. 24 fév. 1841 ; Dev., 41, 1, 315). Alors même qu'elle est spéciale, l'autorisation ne s'applique uniquement qu'à l'acte pour lequel elle a été accordée. Mais comme celui qui veut la fin veut les moyens, on doit l'interpréter d'après ses termes, les circonstances ou la nature de l'acte. Parcourons successivement les différents cas qui peuvent se rencontrer.

1° *Ester en jugement.* — L'autorisation de plaider entraîne nécessairement celle de citer ou d'être cité en conciliation. Certains auteurs prétendent, il est vrai, que les femmes mariées sont dispensées du préliminaire de conciliation. (Chauveau, 207.) Mais d'autres rejettent cette dérogation au droit commun. (Carré, 207 ; Dalloz, v. *Conciliation*, n° 83.) Et dans la pratique, les femmes mariées citent et sont citées en conciliation.

Mais réciproquement, l'autorisation de comparaître en conciliation n'emporte pas celle de plaider. La conciliation n'a pas la conséquence que peut avoir un procès, et tel qui ne recule pas à aller devant le bureau de paix revendiquer ses droits dans une ten-

tative de conciliation, refusera de poursuivre au delà un droit qui ne lui paraîtra pas assez important. Le mari, en autorisant sa femme à ester en conciliation, ne peut être censé lui avoir permis par là de plaider devant le tribunal de première instance, si la tentative de conciliation échoue. (*Contra cep.*, Demolombe, IV.)

L'autorisation de plaider n'emporte ni celle de transiger (Cass., 3 mai 1808) ni celle d'acquiescer à la demande ou de s'en désister. (Cass., 12 fév. 1828; Paris, 10 mars 1839; Dev., 39, 2, 115.) Dans les deux cas, il y a aliénation, or l'art. 217 ne permet pas d'aliéner sans autorisation. La femme, il est vrai, est autorisée à plaider, mais transiger n'est pas plaider; acquiescer à une demande fournie contre vous n'est pas plaider, pas plus que se désister; donc l'autorisation n'est pas suffisante. De plus, l'art. 461 du Code Napoléon, en parlant spécialement des pouvoirs nécessaires pour acquiescer ou se désister, prouve que le pouvoir de plaider ne suffit pas.

Autorisée à plaider, la femme est, bien entendu, autorisée à le faire d'après les règles du droit commun, et à employer les modes de preuves en usage. Des difficultés se sont cependant élevées en ce qui concerne l'aveu ou le serment.

Quant à l'aveu, il serait valable, suivant les uns, s'il n'était que la suite d'un interrogatoire sur faits et articles, nul s'il était spontané. (Zacchariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 751, note 12.) D'après les autres, il serait toujours valable puisqu'il ne s'agit que d'un moyen de preuve, d'une voie d'instruction

commune et réciproque (art. 1356, Code Nap.; 323, Code procéd.) Il est vrai que cet aveu peut cacher une aliénation, mais il est toujours permis de prouver la fraude; elle fait exception à toutes les règles. (Cass., 22 avril 1828; Sirey, 1828, 1, 220; Baroche, *Encyclopédie du droit*, v° *Aveu*.)

Nous arrivons au serment. Aucun doute ne peut s'élever en ce qui concernerait le serment décisoire déferé par la femme. Déferer le serment à son adversaire, c'est lui offrir une sorte de transaction : « *Jusjurandum speciem transactionis continet* » (Loi 2, ff. *de Jurej.*). La femme incapable de transiger ne peut donc le déferer. Mais peut-il lui être déferé? Le serment est un moyen de preuve dont l'adversaire de la femme mariée ne peut être privé, a-t-on dit en faveur de l'affirmative. L'autorisation de plaider rend la femme capable pour toutes les suites du procès, pour tous les modes de preuve que la loi permet d'y employer. Il s'agit du reste ici d'un sentiment personnel et de conscience, la femme seule peut en être juge, et le mari ne doit pas donner son appréciation en refusant ou donnant son autorisation.

La négative répond : La femme ne peut déferer le serment; elle ne pourrait donc déferer celui qui lui serait déferé. Sa position serait empirée, et pour faire jouir son adversaire du bénéfice du droit commun, on l'en priverait elle-même. Ce serait du reste un voile sous lequel l'on pourrait cacher de véritables donations : « *Qui potest non donare, non potest confiteri*, » disait Pothier (*Oblig.* 915); Angers, 28 janv. 1825 (Sir., 1825, 2, 159).

La femme ne peut en principe former une surenchère; mais comme la femme autorisée à plaider est par là même autorisée à faire tous les actes d'exécution, la surenchère est possible en exécution du jugement de séparation de biens. La femme autorisée à plaider en séparation de corps pourrait aussi faire tous actes conservatoires de ses droits, nécessités par l'instance en séparation de corps; c'est ainsi que l'on a jugé dernièrement qu'elle pourrait, sans nouvelle autorisation, opérer une saisie-arrêt (Trib. civ. de Mulhouse, décembre 1864).

Nous devons étudier maintenant l'étendue de l'autorisation. Quant aux divers degrés de juridiction, aucune difficulté n'est possible si elle a été expressément limitée à tel ou tel degré, ni si elle a été expressément ou implicitement étendue à tous. Il en est autrement si le mari ne s'est exprimé que d'une manière vague et générale. Les uns veulent alors que la femme ne soit autorisée que pour le débat de première instance; l'appel, le pourvoi en cassation sont selon eux des mesures graves qui exigent de plus mûres réflexions.

Les autres distinguent et déclarent la femme autorisée pour se défendre en appel, mais non pour l'interjeter. Ils fondent leur système sur ce que la loi du 18 juillet 1837, art. 49, statue ainsi en ce qui concerne les communes, et par cette analogie ils appliquent le même système à la femme mariée; mais cette analogie prétendue n'existe pas, les motifs de l'incapacité des communes n'étant pas les mêmes. Aucun texte n'établit cette distinction en ce qui

nous occupe. Or, l'appel ne constitue pas une nouvelle instance; c'est la continuation de la défense; c'est même une voie ordinaire de faire réformer un jugement qui vous préjudicie. En se faisant autoriser pour un procès, la femme demandait évidemment de pouvoir poursuivre ce procès par toutes les voies ordinaires. Le mari avait-il de la défiance, il pouvait limiter expressément son autorisation.

Nous ne donnerons pas la même solution quant au pourvoi en cassation: ce n'est plus une voie ordinaire, mais une voie extraordinaire, que le mari n'a pu avoir en vue lors de son autorisation. Il en serait de même de la tierce-opposition et de la prise à partie.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que de l'autorisation du mari: l'autorisation donnée par la justice aurait la même étendue si elle avait été accordée sur instance principale. Si elle ne l'a été qu'incidemment à une instance, elle n'est donnée que pour ce qui est relatif à cette instance.

2° Autorisation de faire le commerce. — Les besoins du commerce, la célérité de ses opérations, la nécessité même enfin exige que l'autorisation de faire le commerce soit interprétée de la manière la plus large. « On peut dire, écrit M. Demolombe, t. XIV, « n° 295, que la femme mariée, autorisée à faire le « commerce, est réputée non mariée pour tous les « actes relatifs à ce commerce. » Mais ce n'est que pour ce qui concerne son négoce qu'elle peut ainsi s'obliger ou aliéner sans nouvelle autorisation. De là quelques difficultés.

1° La femme, marchande publique, peut-elle sans une autorisation spéciale soit acheter un immeuble, soit hypothéquer ou aliéner ses immeubles personnels dans l'intérêt de ses affaires commerciales? Si la loi ne la déclarait capable sans autorisation que des actes commerciaux, la négative ne serait pas douteuse; mais il n'en est pas ainsi. La femme, marchande publique, dit l'art. 220, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger *pour ce qui concerne son négoce*. Or, l'achat d'un immeuble peut concerner le commerce de la femme. C'est une maison qu'elle acquiert pour y établir une manufacture, une fabrique ou des magasins. *A fortiori*, si elle aliène ou hypothèque ses immeubles propres pour payer ses dettes commerciales. C'est encore pour son négoce qu'elle agit, si elle approprie sa maison aux besoins de son commerce, si elle fait des travaux d'entretien dans ses magasins ou même si, à côté de sa manufacture, elle construit, pour l'agrandir, un nouveau pavillon. En tous cas, il y aura un point de fait à examiner: la femme a-t-elle agi pour son négoce? Mais le principe est que l'on n'a pas à considérer si l'acte est commercial ou non et que l'aliénation, l'hypothèque, même l'acquisition d'un immeuble ou une construction nouvelle peuvent se trouver compris parmi les actes permis à la femme sans nouvelle autorisation. Aussi l'art. 7 du Code de commerce les mentionne-t-il expressément. « Les femmes, marchandes publiques, peuvent également engager, hypothéquer » et aliéner leurs immeubles. » (Demolombe, IV, n° 290. — *Contrà* Vazeille.)

2° La femme, marchande publique, peut-elle sans nouvelle autorisation contracter une société commerciale avec un tiers ? Pour le soutenir, on a employé un argument assez ingénieux. La femme autorisée à faire le commerce, a-t-on dit, peut s'entendre avec un tiers pour vendre ou acheter plus avantageusement ses marchandises ; on ne peut lui contester ce droit. Mais si elle en est capable pour une affaire, pourquoi pas pour deux, pour trois ? Pourquoi pas dès lors pour une suite d'affaires, pourquoi pas pour un ensemble d'opérations ? (Massé, *Droit commercial*, t. III, n° 95 et 175.) Mais il ne faut pas oublier que nous n'avons ici qu'à interpréter l'intention probable du mari ; c'est parce que le mari, en autorisant sa femme à faire le commerce, a voulu évidemment l'autoriser à faire tout ce qui est nécessaire à ce commerce, que le Code a permis à la femme tous actes relatifs à son négoce. Mais une société n'est pas indispensable à un commerce, et je ne crois pas que le mari qui a autorisé sa femme à faire ce commerce ait entendu l'autoriser par cela seul et toujours à contracter une société sans son aveu, sans savoir comment, pour combien de temps et surtout avec qui ! Il a connu sa femme capable de faire le commerce et l'a autorisée. Mais sa prévoyance serait trompée si celle-ci s'adjoignait des associés peut-être incapables, téméraires ou insolvables. Enfin, qui ne voit que le mari a un intérêt moral considérable à ce que sa femme ne forme pas à son insu, avec des tiers, un contrat qui, par sa nature même, entraîne toujours entre les parties des relations fréquentes et même

intimes? (Pardessus, t. I, 66; Delangle, *Sociét. comm.*, t. I, 56.)

On comprend que si le mari avait consenti, même tacitement, à l'acte de société formé par sa femme; comme le consentement exigé pour faire le commerce peut être donné de toutes manières, l'art. 4 du Code comm, ne reproduisant pas la rédaction de l'art. 217, je pense que le contrat de société serait valablement formé. Et c'est ce qu'a jugé la Cour de Paris, le 7 juillet 1860. (*Gaz. des Trib.*, 20 juillet 1860.)

3° La femme pourrait-elle se rendre caution pour une dette civile? Non. — Pour une dette commerciale on a distingué; on a déclaré la femme capable de cautionner la dette d'un tiers avec lequel elle serait associée d'intérêts, incapable de cautionner celle de tout autre tiers. (Merlin, *Rép.*, v° *Autorisation maritale*; Duranton, t. II, n° 479.) Je ne puis admettre cette distinction; cautionner même la dette d'un tiers avec qui l'on est associé d'intérêt n'est pas un acte de négoce; on peut être amené à le faire avant d'être commerçant et après avoir cessé de l'être. Ce n'est donc pas un acte relatif au négoce. Nous supposons bien entendu que la dette du tiers ne soit pas en même temps une dette personnelle à la femme. (Pardessus, *Droit comm.*, n° 62 et 71; Demolombe, t. IV, n° 298.)

Cela posé, qui devra prouver que tel acte est ou non relatif au négoce? Il ne peut y avoir aucune difficulté si l'acte est commercial, la nature même de cet acte fait la preuve demandée. De même encore si, dans l'acte même, la femme a déclaré agir pour

son négoce ; l'aveu de la femme sert ici de preuve, et dans ce cas, les tiers ne sont pas tenus de voir si la femme se conforme à sa déclaration et de rechercher si elle emploie les fonds versés par eux à ses affaires commerciales. La difficulté ne commence donc que lorsqu'il s'agit d'un acte purement civil et qu'il n'existe, de la part de la femme, aucune déclaration. Les auteurs sont alors très-divisés : M. Demolombe dit que la preuve incombera toujours à la femme ; quant aux billets souscrits par la femme, marchande publique, l'art. 638 les classe parmi les actes commerciaux ; quant aux aliénations et aux obligations notariées, l'intérêt des tiers, l'intérêt de la femme elle-même, qui ne pourrait traiter avec personne s'il en était autrement, exigent que l'on donne la même solution. Marcadé soutient qu'en ce qui concerne les billets souscrits par la femme, l'obligation est présumée commerciale d'après les termes de l'art. 638, mais qu'il en est autrement des obligations ou aliénations consenties par acte notarié : 1° parce que la présomption de l'art. 638 fait ici défaut ; 2° parce qu'il n'est pas dans l'usage de souscrire des obligations commerciales devant notaire.

Je ne puis adopter ni l'un ni l'autre de ces deux systèmes. La femme, quoique marchande publique, n'en est pas moins soumise à l'incapacité de la femme mariée ; cette incapacité est la règle ; à cette règle il y a exception en ce qui concerne le négoce de la femme. Mais c'est à celui qui se prévaut de l'exception à la prouver ; celui au contraire qui invoque

la règle ne doit avoir aucune preuve à faire. On a argumenté de l'art. 638 du Code de commerce, mais cet article contient une présomption qui, dans tous les cas, ne pourrait être étendue par analogie. Cette analogie, d'ailleurs, n'existe pas. L'art. 638 règle la compétence des tribunaux de commerce, question toute de procédure ; or, il s'agit ici de la validité d'une convention. Il n'y a donc pas cette analogie que l'on invoque et qui ne serait même pas suffisante.

Si le mari a autorisé sa femme à exercer une profession quelconque, non commerciale, cette autorisation s'étend à tous les actes qui constituent cet exercice ; par exemple, l'autorisation de donner des leçons de musique emporte celle de donner un concert, non de donner un spectacle public.

3° *Autorisation pour contracter.* — Dès que le mari, capable de donner son autorisation, l'accorde effectivement, le vœu de la loi est entièrement rempli, et l'incapacité de la femme mariée disparaît entièrement. Il s'ensuit, comme nous l'avons déjà dit, que la femme ne peut attaquer l'acte qu'elle a passé en vertu de l'autorisation, sous prétexte que cette autorisation lui aurait été donnée contrairement à ses intérêts, et qu'il aurait mieux valu pour elle ne pas faire l'acte qu'elle a consenti. Toutefois, je n'irais pas jusqu'à dire que l'autorisation serait à l'abri de toute attaque, si le mari l'avait donnée en colludant avec ceux qui contractaient avec sa femme. Ce n'est pas assez de le rendre alors responsable : aux termes de l'art. 1382, sans doute il le sera. Mais, de plus, l'acte de la femme pourra être annulé à l'encontre

des tiers complices de la fraude, dont la position ne mérite aucun intérêt.

§ 2. — *Effets à l'égard du mari.*

Le mari autorise-t-il, il ne s'oblige pas lui-même, pas plus que le curateur ne s'oblige en assistant le mineur émancipé : « *Qui auctor est, non se obligat.* » Cette règle subit toutefois une exception lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté, soit légale, soit conventionnelle. Le mari est alors tenu, aussi bien que la communauté, de toutes les obligations que la femme a contractées avec son autorisation, sauf bien entendu la récompense dans le cas où elle serait due à la dissolution de la communauté (1419). Mais si le mari commun en biens est tenu solidairement des dettes contractées par sa femme, s'ensuit-il qu'il en soit tenu de la même manière ? Il en est tenu pour le total, car le fondement de son obligation est une présomption que la dette a été contractée dans son intérêt, et qu'elle lui a profité. Or, cette présomption s'applique à toute la dette. — Pardessus, *Droit commer.*, p. 1, n° 67.

Mais il n'en est pas tenu par corps. Nos anciens auteurs étaient d'un avis contraire (Pothier, *Puiss. du mari*, n° 22). Mais le Code n'a pas sanctionné leur théorie : la contrainte par corps ne peut, en effet, être prononcée que lorsqu'une loi expresse le permet. Or, nulle loi ne l'autorise dans ce cas contre le mari.

Le Code ne parle de l'effet de l'autorisation du mari quant à ce dernier, que lorsqu'il y a régime de com-

munauté. Que faudrait-il décider sous le régime dotal ou sous le régime exclusif de communauté?

Sous le régime dotal nous distinguerons : Si la femme s'est réservé des biens paraphernaux, et si avec ces biens elle exerce, avec l'autorisation de son mari, un commerce ou une industrie, elle en aura seule les bénéfices ; car le régime de paraphernaux est un véritable régime de séparation de biens. On ne pourra présumer dès lors que l'obligation de la femme ait tourné à l'avantage du mari, et cette présomption *de in rem verso*, qui est la cause de l'engagement du mari par l'autorisation qu'il donne à sa femme, ne pouvant exister ici, il ne peut y avoir obligation du mari. Si la femme s'est constituée tous ses biens présents et à venir, la question est plus délicate ; elle suppose résolue cette autre question : Les bénéfices que fait la femme, soit dans son commerce, soit dans son industrie, appartiennent-ils au mari ? Pour lui accorder ce droit, on dit que l'industrie est un bien, un véritable capital produisant périodiquement des fruits ; c'est par suite de ce principe que les produits de l'industrie tombent dans la communauté (article 1498), qu'elle peut former l'objet d'un louage (art. 1779), qu'elle peut même être une mise dans une société (art. 1833). Or tous les biens de la femme, présents et à venir, ont été stipulés dotaux ; donc l'industrie rentre dans la dot, et les produits en appartiennent tous au mari, d'où l'on conclut que le mari, qui a seul l'émolument, est seul tenu des obligations contractées par sa femme. On ajoute que la femme ne pouvant aliéner ses immeubles, même du

consentement de son mari, les tiers n'auraient aucune garantie et ne voudraient pas traiter avec elle. (Duranton, t. II, n° 480 ; Delv., t. I, p. 76.)

La négative nous paraît préférable. C'est à tort, en effet, que l'on prétend que l'industrie est un véritable capital ; elle est une source de biens, mais elle n'est pas un bien ; c'est la personne elle-même, c'est sa force, son intelligence s'appliquant à atteindre un but utile. L'art. 1833 en est une preuve convaincante : après avoir dit que chaque associé doit apporter dans la société, ou de l'argent, ou *d'autres biens*, il ajoute : *ou son industrie*. Donc l'industrie n'est pas un bien, puisque le législateur croit nécessaire de la mentionner après les biens. Bien plus, s'il tombe quelque chose dans la communauté (art. 1401), ce n'est pas l'industrie, mais seulement les produits de l'industrie qui y entrent, parce que chacun des époux est réputé travailler en commun. L'industrie n'est donc pas un bien, ne fait pas partie de la dot, et la base du système contraire tombe par cela seul. Ce système est, du reste, contraire aux textes. L'art. 1420 du Code Napoléon, l'art. 5 du Code de commerce, disent que le mari est obligé, *s'il y a communauté*. Donc, *e contrario*, s'il n'y a pas communauté, il n'y a pas obligation. On craint que la femme ne trouve pas à traiter avec les tiers ; cela pourra arriver, mais cependant il n'est point impossible qu'un tiers, reconnaissant l'aptitude toute spéciale de la femme, et confiant dans sa probité, lui ait prêté des fonds pour faire le commerce ; elle peut aussi avec ses gains et son profit parvenir à fonder un établissement commercial. Dans

ce cas, je soutiens que le mari n'aura aucun droit à exercer, aucune obligation à remplir. (Toulouse, 2 août 1825, 17 déc. 1831; Dalloz, 1832, 2, 31; Pardessus, *Dr. commerc.*, t. I, n° 60; Massé, t. III, n° 185.)

Arrivons au régime exclusif de communauté. Nous retrouvons la même divergence parmi les auteurs. Ici encore je dirai que l'autorisation donnée à sa femme n'oblige pas le mari, parce que l'art. 1420 ne le déclare obligé que quand il y a communauté; mais je n'irai pas jusqu'à dire que sous ce régime, comme sous le régime dotal, le mari n'a aucun droit à prétendre sur les produits de l'industrie. Nous ne rencontrons plus, en effet, le principe de l'inaliénabilité dotale, et la femme qui s'oblige engage la pleine propriété des biens. La jouissance du mari est dès lors en danger; pouvant être diminuée par cette cause, elle doit pouvoir être augmentée. Dans le régime exclusif de la communauté, du reste, la femme n'apporte pas pour subvenir aux charges du ménage les produits de tels ou tels biens, ou une certaine quotité de ses revenus, elle apporte tous les fruits de tout ce qu'elle a et de tout ce qui lui échoit pendant le mariage. Ces fruits, une fois les besoins du ménage satisfaits, formeront donc un capital dont le mari aura la jouissance; mais à quel moment faudra-t-il se placer pour calculer ce capital? Nul texte ne s'exprime là-dessus. « Je crois, a dit M. Demolombe, que ce « qu'il y a de plus naturel à répondre, c'est que ces « bénéfices ne deviendront une *échute* au profit du « mari que lorsque la femme cessera le commerce, « et le mari aura le moyen de réaliser les bénéfices

« s'il croit le moment venu, en retirant son autorisation. »

Lorsque l'autorisation a été accordée par la justice, il est de principe qu'elle ne peut préjudicier au mari. Dans deux cas cependant (art. 1427), la femme peut engager la communauté, et par conséquent le mari, avec la seule autorisation de justice : c'est lorsqu'il s'agit de tirer le mari de prison, ou d'aliéner en l'absence de celui-ci pour l'établissement des enfants communs.

§ 3. — Révocation de l'autorisation.

Le mari, qui peut refuser son autorisation, peut également, lorsqu'il le juge à propos, révoquer l'autorisation qu'il aurait déjà donnée. Si la femme en est mécontente, elle a le droit de s'adresser à la justice pour faire déclarer cette révocation injuste et mal fondée, de la même manière qu'elle peut le faire en cas de refus.

1° Il ne faut pas que cette révocation ait lieu intempestivement, c'est-à-dire à une époque où ce retrait d'autorisation pourrait causer à la femme un préjudice plus ou moins considérable. Les questions d'opportunité sont des questions de fait que les tribunaux apprécieront. (Demolombe, IV, 323).

Je rappelle ici que la justice peut bien, lorsque le mari révoque intempestivement l'autorisation de faire le commerce, autoriser la femme à mener à bonne fin des opérations commencées, mais qu'elle ne pourrait

pas autoriser la femme à continuer le commerce malgré l'autorisation du mari.

2° La révocation de l'autorisation ne peut avoir d'effet que pour l'avenir, elle ne saurait rétroagir sur le passé. Si la femme ne s'était pas encore servi de l'autorisation, la révocation produira un effet complet; mais si elle en avait déjà fait usage, tous les actes qu'elle aurait passés sur la foi de cette autorisation devraient être maintenus. Bien plus, ceux qu'elle aurait passés depuis le retrait de l'autorisation demeureront inattaquables, si les tiers avec qui elle a traité n'ont point eu connaissance de la révocation.

3° Lors même que l'autorisation aurait été donnée par la justice, le mari pourrait encore arriver à la faire révoquer. Mais ce ne sera pas alors de sa propre autorité. Il devra s'adresser à la justice, à l'effet de la faire revenir sur son propre jugement. Aucun texte ne prévoyant ce cas, qui se présentera d'ailleurs fort rarement, il paraît convenable d'appliquer ici par analogie les dispositions des art. 861 et suivants du Code de procédure.

4° Le mari peut-il révoquer l'autorisation qu'il a donnée dans le contrat de mariage lui-même? Une distinction nous paraît nécessaire. S'il a donné à la femme l'autorisation d'administrer tout ou partie de ses biens personnels, il ne peut la révoquer. Cette autorisation place les époux dans une situation qui se rapproche plus ou moins de la séparation de biens. Elle constitue par conséquent une convention matrimoniale proprement dite, et, comme telle, elle doit rester immuable pendant toute la durée du ma-

riage (art. 1395). Lorsqu'il s'agit au contraire de toute autre autorisation, le mari peut la révoquer. La circonstance qu'elle se trouve contenue dans le contrat de mariage est indifférente; aux termes de l'art. 1388, les époux ne peuvent déroger aux droits qui découlent de la puissance maritale, parmi lesquels le droit d'autorisation se trouve compris. (Demolombe, IV, 324.)

SECTION II.

Des effets du défaut d'autorisation.

La sanction de toutes les règles que nous avons exposées sur l'incapacité de la femme mariée consiste en ce que les actes faits par la femme sans l'autorisation de son mari ou de justice, dans les cas où cette autorisation était nécessaire, sont frappés de nullité.

Le caractère de cette nullité n'est plus, dans notre droit actuel, ce qu'il était dans l'ancien droit français. Elle pouvait être invoquée par tous ceux qui avaient intérêt à s'en prévaloir, et elle n'était pas susceptible de se couvrir, ce que l'on exprimait en disant qu'elle était absolue et perpétuelle (Pothier, *Puiss. du mari*, n° 8, 76 et 78). Il en est tout autrement sous l'empire du Code Napoléon. La nullité résultant du défaut d'autorisation n'est plus que relative, c'est-à-dire qu'elle ne peut plus être proposée que par certaines personnes à qui la loi a spécialement donné qualité à cet effet. De plus, elle est susceptible de se

couvrir par la ratification ou confirmation expresse ou tacite.

§ 1^{er}. — *Qui peut opposer la nullité.*

Art. 225. « La nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers. »

A. *De la femme.* Elle peut, comme engénéral tout incapable, se prévaloir elle-même de sa propre incapacité. Son droit à opposer la nullité se justifie très-aisément dans l'opinion de ceux qui pensent que l'intérêt personnel et individuel de la femme est le fondement de l'incapacité de la femme mariée. Il se comprend aussi dans le système d'après lequel cette incapacité est seulement établie au profit des intérêts matrimoniaux, car ces intérêts collectifs la concernent bien évidemment, ce sont aussi les siens. Mais il est inexplicable dans l'opinion de ceux qui prétendent que l'incapacité de la femme mariée n'a pas d'autre fondement que la puissance maritale et le respect dû par la femme au mari : c'est une des raisons les plus puissantes de rejeter cette opinion.

B. *Du mari.* Son intérêt est double : *intérêt moral* d'abord ; son autorité a été méconnue, il ne faut pas qu'elle l'ait été impunément ; — *intérêt pécuniaire*, en second lieu, qui est l'intérêt collectif du mariage, dont il est le représentant et le gardien.

C. *Héritiers.* Le droit des héritiers de la femme est simple et évident ; leur droit est toujours pécuniaire : il n'en est pas de même des héritiers du mari ; ils

n'ont à exercer ce droit aucun intérêt pécuniaire; les biens du mari qui leur passent, n'ont pu être engagés par la femme; les biens de cette dernière qui ont pu l'être ne leur passent à aucun titre. Enfin la puissance maritale ne leur appartient pas et l'intérêt moral leur fait aussi défaut: or l'intérêt est la condition de toute action. Le plus souvent, les héritiers du mari ne pourront attaquer l'acte fait par la femme sans autorisation. Mais comme la loi est formelle, si jamais cette condition venait à se réaliser, si jamais il arrivait que l'intérêt des héritiers du mari apparût, ils auraient certainement qualité pour agir.

Là s'arrête la liste des personnes à qui appartient incontestablement le droit d'opposer la nullité. Plusieurs personnes pourraient encore y avoir intérêt: ce sont les créanciers du mari ou de la femme, le donateur, la caution, les tiers détenteurs d'un immeuble hypothéqué par la femme, et enfin l'acquéreur ou adjudicataire sur lequel la femme non autorisée a formé une surenchère.

1° Créanciers de la femme ou du mari. — Le silence de l'article 228 a fait douter que le droit de demander la nullité appartint aux créanciers; on a vu dans ce droit un droit attaché à la personne qui ne peut appartenir à ces derniers, d'après l'art. 1160, une question de conscience dont ils ne peuvent être les juges.

Mais il n'est pas exact de dire qu'un tel droit soit exclusivement attaché à la personne; c'est un droit pécuniaire qui rentre dans les biens; or tous les biens de la femme ou du mari sont le gage de

leurs créanciers (art. 2092). Il est donc inutile de trouver là-dessus une disposition spéciale dans l'article 225. Les principes du droit commun suffisent à assurer le droit des créanciers. Certainement il peut y avoir là une question de conscience, mais n'en est-ce pas une que d'invoquer la prescription, et cependant les créanciers peuvent l'opposer contrairement à la volonté de leur débiteur (2225). (Proudhon, *Usufruit*, t. V, n° 2347 ; Rolland de Vilargues, *Répert. du Notariat*, v° *Autorisation matrimoniale*, n° 216 ; Marcadé, art. 225, n° 4 ; Demolombe, IV, 342 ; Cass., 10 mai 1853 ; Sirey, 53, I, 572.)

2° *Donateur*. — Une femme accepte sans autorisation une donation entre-vifs, la nullité est-elle proposable par le donateur lui-même ? Si l'on n'écou-
lait que l'art. 225, la négative ne serait pas douteuse ; mais on a prétendu qu'il avait été dérogé à cet article, soit par les principes généraux des donations, soit par des textes particuliers, et les auteurs, comme la jurisprudence, sont très-partagés sur cette question.

La donation, a-t-on dit, est un contrat solennel qui n'existe qu'à la condition que toutes les formes exigées seront remplies et qu'il y aura acceptation valable. Or si la femme accepte sans autorisation, son acceptation n'est pas valable ; les formalités exigées par le Code ne sont pas remplies, et le contrat de donation n'a pas pu se former. Le donateur pourra donc revendiquer les objets donnés.

Les textes prouvent que ce raisonnement est juste, ajoutent les partisans de cette première opinion.

Quatre textes peuvent être invoqués. D'abord l'article 934; on y lit : *La femme mariée ne pourra accepter...* De pareils termes emportent toujours prohibition expresse entraînant nullité de plein droit. Mais, de plus, la fin de cet article renvoie à l'article 217 et à l'art. 219, mais non à l'art. 225, ce qui prouve que le législateur a voulu y déroger.

L'art. 938 dit que la donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; d'où, par argument *à contrario*, il faut conclure que la donation indûment acceptée reste imparfaite malgré le consentement des parties; or, par une donation *dûment acceptée*, les rédacteurs de l'art. 938 ont entendu évidemment parler d'une donation acceptée conformément aux règles qui précèdent immédiatement, c'est-à-dire, pour le cas qui nous occupe, par la femme autorisée, conformément à l'article 934. D'où il suit que la donation acceptée par la femme non autorisée est indûment acceptée, qu'elle est donc imparfaite et que, par conséquent, le donateur n'est point engagé. (Merlin, Dalloz, Troplong, Proudhon, Delvincourt, Bu, net sur Pothier, Cass. 14 juill. 1856.)

Il est facile de renverser cette argumentation. Sans doute l'acceptation est de l'essence des donations; cela en est une forme. Je le veux, et sans cette forme la donation n'existe pour personne. Mais ici nous avons la forme, puisque nous supposons que la femme a accepté. Savoir si cette acceptation a été faite par une personne ayant qualité à cet effet, c'est une tout autre question; une question de capacité

évidemment, et non de forme. Partir de ce que des dispositions de capacité se trouvent placées dans une section intitulée : *De la forme des donations entre-vifs*, pour en conclure que ces dispositions changent de nature et qu'elles deviennent des dispositions de formes, ce n'est vraiment pas un argument sérieux. Ce qui montre bien qu'il n'y a aucun compte à tenir de cette rubrique, c'est que la section qui nous occupe traite de la détermination des biens que peut comprendre la donation (art. 943) et des conditions auxquelles elle peut être faite (art. 944), ainsi que de la stipulation du droit de retour (art. 951 et 952), dispositions que jamais personne, en dépit de la rubrique, n'osera appeler des dispositions de formes. Aucune exception au principe de l'art. 228 ne résulte donc des règles générales établies en matière de donations entre-vifs. L'on invoque les termes de l'art. 934, mais l'art. 217 contient les mêmes termes, et cela n'empêche pas l'art. 228 de ne sanctionner sa disposition que d'une nullité relative.

L'on invoque l'art. 938; il en résulte bien que la donation acceptée par la femme non autorisée est une donation imparfaite. Mais cet article ne nous dit pas que le donateur pourra se prévaloir de cette imperfection, alors même qu'elle tiendrait à un vice, qui, purement relatif en principe, deviendrait ici absolu par une exception toute particulière. Il dit seulement que la donation est imparfaite à l'égard de la femme. Partir de là pour conclure qu'elle est imparfaite aussi à l'égard du donateur, c'est résoudre la question par la question. (Toullier, t. II, 601 et V,

203; Duranton, VIII, 435; Valette sur Proudhon, Marcadé, art. 935; Demolombe, IV, 348; Mourlon, *Répét. écrites.*; Alger, 31 juillet 1854; Sirey, 54, 2, 748.)

3° *Caution de la femme.* — Nul doute que la caution de la femme ne puisse argumenter de la nullité provenant du défaut d'autorisation. Cette idée, qui était autrefois controversée, ne peut aujourd'hui être déniée. L'art. 2012, en effet, lorsqu'il nous dit « que l'on peut cautionner une obligation encore qu'elle peut être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé, » cite comme exemple le cas de minorité; il y a donc d'autres cas auxquels cette règle s'applique; or, la position de la femme mariée est analogue à celle du mineur. Ainsi, son action comme celle du mineur ne dure que dix ans. L'art. 2012 doit donc régir la femme mariée comme le mineur. Le créancier, du reste, a probablement exigé le cautionnement à cause de l'incapacité de la femme. (Duranton, II, 810, Demolombe, IV, 343; Paris, 24 juillet 1810; Sir. 20, 2, 145.)

4° La même solution doit être donnée pour les tiers détenteurs d'un immeuble hypothéqué par la femme sans autorisation. L'art. 228 les exclut en ne les nommant pas. (Lyon, 27 mars 1832; Sir. 33, 2, 282.)

Quant au tiers acquéreur ou adjudicataire, sur lequel la femme a formé une surenchère, la question est encore controversée. Duranton, XX, 403; Troplong, *Hypothèques*, 933, prétendent que l'acquéreur peut se prévaloir de l'incapacité de la femme et l'opposer, car il lui importe de n'avoir pour

adversaire qu'une personne ayant capacité pour vouloir l'évincer. Sans doute lorsque l'engagement est formé, celui qui a contracté avec la femme ne peut se dégager en prétextant l'incapacité de la femme mariée, mais tant que l'engagement n'est pas parfait, il peut opposer cette incapacité à la femme. (Rej., 14 juin 1824. (M. Demolombe, se fondant sur la généralité des termes de l'art. 225, adopte un avis contraire, IV, 350.)

RÈGLES PROPRES AUX MATIÈRES JUDICIAIRES.

1° *Des assignations données aux tiers par la femme non autorisée.* Le tiers assigné sans autorisation ne peut, d'après l'art. 225, opposer la nullité d'une pareille autorisation. Elle produira tout son effet si l'autorisation de plaider est ultérieurement accordée à la femme avant le jugement. Il en serait ainsi lors même que l'autorisation ne serait accordée qu'après l'expiration des délais dans lesquels ces diverses assignations devraient être données. (Demolombe, IV, 351; Civ. Cass., 15 déc. 1847; Sir., 40, 1, 203.

Toutefois, comme celui contre qui la femme introduit son action peut craindre que cette autorisation ne soit jamais accordée, il n'est point obligé d'accepter la lutte dans une position aussi inégale. Il a le choix entre trois partis : s'il veut faire vider le débat, il peut mettre le mari en cause pour faire autoriser la femme. S'il le préfère, il a le droit, au moyen d'une sorte d'exception dilatoire, de soutenir

la procédure non recevable jusqu'ici, jusqu'à ce que la femme se soit fait autoriser; jusque-là les juges doivent surseoir. (Demol., IV, 351; Merlin, *Répert.*, v° Autorisation; Cassat., Civ., 11 août 1838; Sir. 40, 1838.)

Enfin, si l'adversaire de la femme consent à plaider, il est évident qu'il ne peut se fonder sur le défaut d'autorisation pour demander la nullité de quoi que ce soit (art. 225).

2° *Des assignations données par les tiers à la femme.* — En pratique, les tiers assignent toujours le mari à l'effet d'autoriser. Si cela n'avait pas lieu, la procédure n'en pourrait pas moins être régularisée par une assignation donnée ultérieurement au mari ou par une autorisation accordée à la femme. Mais si, dans l'intervalle, les délais dans lesquels l'assignation devait être fatalement donnée s'étaient écoulés (délais d'appel de pourvoi en cassation), cette omission ne pourrait, selon nous, être réparée par une assignation donnée au mari ou par une autorisation obtenue après le délai fatal. Req., (Rej., 5 mai 1838; Sir. 39, 1, 41).

3° *Des jugements ou arrêts rendus contre la femme non autorisée ou à son profit.* — Ces jugements ne peuvent être attaqués par les tiers, nul doute sur ce point; mais ils peuvent l'être par la femme ou son mari, et alors quelle voie peuvent-ils prendre? Parmi les moyens de faire tomber les jugements établis par le législateur, on ne trouve pas d'action principale en nullité. Ce sera donc par les voies d'appel, d'opposition et de cassation que ces décisions pourront être attaquées; bien entendu elles

ne pourront l'être qu'après leur signification, et l'on décide généralement qu'ils doivent être signifiés non seulement à la femme, mais encore au mari. (Dalloz, Rép. alfab. Mariage. Rolland de Villargues, *Autoris. marit.*)

On discute sur le point de savoir si la requête civile appartient à la femme. L'art. 480 2^o autorise ce mode de recours, si les formes prescrites à peine de nullité n'ont pas été suivies; et ces termes généraux ont porté MM. Demolombe et Merlin à conclure à l'affirmative. Mais nous ne croyons pas être ici dans les termes de l'art. 480: l'autorisation est une condition de capacité et non une question de forme. (Aubry et Rau, sur Zacchariæ, 2^{me} édit., t. III, p. 343, note 81.)

Le mari a en particulier une voie de recours qui lui est particulière: c'est la tierce-opposition, par laquelle il peut repousser tout jugement rendu contre la femme non autorisée, s'il arrivait qu'il préjudiciât à ses droits.

DE LA POSITION DES TIERS QUI ONT CONTRACTÉ AVEC LA FEMME.

Les tiers qui ont contracté avec une femme non autorisée se trouvent dans une position anormale. Ils ne peuvent demander la nullité de l'acte, qui, cependant peut être demandée contre eux, et ils peuvent être tenus, s'il plaît à la femme, de tenir le contrat pour bon. Il ne faut pas cependant que la femme s'enrichisse aux dépens d'autrui. Si donc elle

a reçu pendant le mariage quelque somme par suite de l'acte contre lequel l'action en nullité est proposée, ou même si elle a reçu d'autres paiements pour quelque cause que ce soit, mais sans l'autorisation nécessaire, elle ne sera pas tenue de la restitution des sommes touchées, et les paiements versés entre ses mains ne vaudront point si elle n'en a pas profité. Mais elle devra cette restitution, ou ses créances seront éteintes si ce qu'elle a reçu a tourné à son profit. La preuve en incombe du reste à celui qui a payé (art. 1312 et 1241).

Le tiers, après avoir exécuté, peut-il, pour sortir d'incertitude, prendre les devants et intenter une action contre la femme, le mari ou leurs représentants, pour les mettre en demeure de prendre un parti et de choisir dès à présent entre la nullité et la validité? Nous ne le croyons pas, malgré l'avis contraire de M. Demolombe. Le tiers veut-il la nullité, il ne peut la demander; veut-il la validité, il l'a déjà. Sans doute le contrat est vicié et ce vice met le tiers dans une incertitude qui le gêne : mais cela ne lui donne pas le droit de forcer la femme à se prononcer. Le législateur a limité les événements qui pourraient effacer les vices du contrat; ce sont : 1° la dissolution de dix ans à partir de la dissolution du mariage; 2° la confirmation expresse; 3° l'exécution volontaire. En dehors de ces cas la position du tiers ne peut être changée.

Cas exceptionnels où il n'y a pas nullité malgré le défaut d'autorisation.

1° Lorsque la femme a employé des manœuvres frauduleuses pour faire croire à celui avec qui elle contractait qu'elle n'était pas en puissance de mari. Si, par exemple, elle a présenté un faux acte d'autorisation, ou un faux acte de décès de son mari, si elle a pris un faux nom, elle est tenue des dommages-intérêts causés par son dol. Or, la réparation la plus complète de ce dol est le maintien de l'engagement lui-même. Elle sera donc non recevable à en demander l'annulation.

Quant au mari, s'il est resté étranger aux manœuvres de sa femme, il ne peut en souffrir, et soit dans l'intérêt moral de la puissance maritale, soit au profit des intérêts matrimoniaux, il peut faire annuler l'acte fait par sa femme au mépris de son autorité. Il est du reste évident qu'une fausse déclaration, de la part de la femme, qu'elle est fille ou veuve, ne suffirait pas pour élever une fin de non-recevoir. Il faut qu'il y ait dol ou manœuvres frauduleuses. (Duranton, t. II, p. 462. Dijon, 1^{er} juin 1834, 41, 84, 2, 204; Alger, 23 juin 1835.)

2° Quand les tiers ont dû croire que la femme avec laquelle ils contractaient n'était pas mariée, leur erreur leur sert de défense contre une demande en nullité. Mais l'on n'est pas d'accord sur l'étendue de l'erreur. Les uns veulent qu'elle ait été invincible, *Zacchariae*; d'autres pensent qu'il suffit qu'elle soit

excusable; suivant d'autres enfin il suffit de l'erreur commune. Ces derniers se fondent sur la célèbre loi *Barbarius Philippus* : loi 3, Dig., de *Officio prætoris*, et invoquent la maxime qu'on en a tirée : « *Error communis facit jus.* » (Toullier, t. II, 623; Duranton, t. II, 495; Demolombe, t. IV, 332.)

Comment peut se couvrir la nullité résultant du défaut d'autorisation.

La nullité de l'acte juridique passé par la femme non autorisée peut se couvrir de deux manières : par la confirmation ou ratification expresse, art. 1338, al. 1^{er}, et par la confirmation ou ratification tacite, art. 1304 et 1338, al. 2.

La confirmation expresse peut être faite soit pendant le mariage, soit après le mariage. Pendant le mariage elle peut émaner de la femme ou du mari.

Si elle émane de la femme, il faut, bien entendu, que ce soit de la femme régulièrement autorisée, sans quoi la même incapacité qui s'oppose à la validité de l'acte, s'oppose également à la validité de la confirmation. Lorsque la femme est autorisée à confirmer par le mari lui-même, la ratification émane alors à la fois de la femme et du mari, l'acte est valable *erga omnes*. Quand la femme n'est autorisée à confirmer que par la justice, la ratification, valable quant à la femme, n'est point opposable au mari.

Si elle émane du mari seul, qui la donne sans le consentement de la femme, c'est une question de sa-

voir si la nullité n'est couverte qu'à l'égard du mari ou si elle ne l'est pas aussi à l'égard de la femme. Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour la première opinion : l'art. 225 ouvre en effet deux actions en nullité, dont l'une est donnée à la femme et l'autre au mari. L'action de la femme appartient à celle-ci aussi bien que l'action du mari appartient à ce dernier. Seule elle peut donc renoncer à ce droit et le mari ne peut l'en dépouiller sans consentement. L'art. 1428 ne déclare-t-il pas que le mari ne peut aliéner les immeubles de sa femme sans son consentement? Or, l'action en nullité que la femme tient de la loi, s'appliquera souvent à un acte par lequel un immeuble se trouvera engagé; cette action représentera donc un immeuble personnel de la femme : le mari ne doit pas pouvoir l'aliéner. Dira-t-on que la femme persévère dans son consentement tant qu'elle n'attaque pas l'acte qu'elle a fait? Que dès lors, le consentement du mari survenant, les deux volontés concourent et que le vice est couvert? Ce raisonnement tombe de lui-même quand on réfléchit que la femme peut très-bien ne pas attaquer l'acte qu'elle a fait sans même par là persévérer dans son consentement. « Son silence, dit M. Mourlon, a une autre explication. N'oublions pas qu'elle ne peut citer en jugement sans autorisation. » Pour attaquer cet acte il lui faudrait demander à son mari de l'autoriser à cet effet, c'est-à-dire lui révéler la faute qu'elle a commise en contractant à son insu. (Toullier, l. 648; Merlin, *Rép.*, t. 1, v°, *Autorisation marital*. Valette, sur Proudhon, t. 1, p. 467, note 6; Demolombe, IV,

211; Merlin, Rep., t. I p. 393; Rouen, 18 nov. 1825; Réj. 12 février 1828; Grenoble, 26 juillet 1828; Cassat. 26 juin 1839; Paris. 12 mai 1859; Sir, 50, 2, 561; en sens contraire Proudhon, t. I, p. 460; Delvincourt, t. I; Marcadé, art. 235; Riom, 23 janvier 1809.)

Après la dissolution du mariage, la ratification peut être donnée par la femme seule ou par ses héritiers, ainsi que par le mari et par les héritiers de ce dernier s'ils peuvent se prévaloir de la nullité. Toutes ces ratifications n'ont d'effet qu'à l'encontre de ceux de qui elles émanent.

La confirmation tacite résulte soit de l'exécution volontaire soit de l'expiration du délai de dix ans. La femme mariée est soumise, en ce point, aux règles générales contenues dans les articles 1304. Ce serait sortir du sujet que nous nous sommes proposé de traiter que d'entreprendre d'exposer ces règles, qui, à elles seules, pourraient faire l'objet d'une thèse.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

1° La *coemptio*, moyen d'acquérir la *manus*, n'était pas un acte réciproque, et la femme n'était pas censée acheter son mari comme celui-ci était censé acheter sa femme.

2° Le mari, à qui appartenait la *manus*, avait le droit de vendre sa femme, comme le père de famille avait le droit de vendre ses enfants.

3° La loi Julia, de *Adulteriis*, ne restreint le droit de propriété du mari que par rapport aux immeubles dotaux, le mari conserve le droit de disposer pleinement des meubles dotaux.

4° La loi Julia, de *Adulteriis*, ne contenait pour le mari aucune prohibition directe d'hypothéquer le bien dotal, elle n'interdisait que les aliénations.

5° La loi Julia, de *Adulteriis*, quoique restreignant les droits du mari, n'en a pas changé le caractère et le mari est toujours propriétaire de la dot ;

6° La femme n'a aucun droit de propriété sur les biens par elle apportés en dot à son mari.

7° Le mariage, à Rome, avait lieu par le seul consentement des parties.

8° Lorsqu'un débiteur a successivement hypothéqué ses biens à venir à plusieurs de ses créanciers, il y a lieu néanmoins d'appliquer la règle : *Prior tempore, potior jure*.

DROIT FRANÇAIS.

DROIT CIVIL.

1° L'incapacité de la femme mariée est établie dans l'intérêt de la puissance maritale, joint à l'intérêt collectif de l'union conjugale.

2° L'autorisation est nécessaire à la femme pour ester en jugement, alors même qu'elle demande la nullité de son propre mariage.

3° Aucune différence ne doit être établie entre la séparation de biens contractuelle et la séparation de biens judiciaire : les pouvoirs de la femme sont les mêmes dans les deux hypothèses.

4° La femme séparée de biens peut sans autorisation emprunter à intérêt, pourvu qu'elle soit dans la limite de sa libre administration ;

5° Elle ne peut sans autorisation s'obliger jusqu'à

concurrence de son mobilier, pour une cause étrangère à l'administration de ses biens.

6° L'obligation contractée par la femme séparée de biens dans la limite de son administration est exécutoire sur tous ses biens, meubles ou immeubles, présents ou à venir.

7° Elle ne peut aliéner son mobilier qu'autant que l'aliénation qu'elle en ferait est exigée par les besoins de son administration.

8° Elle peut sans autorisation acquérir même des immeubles, si cette acquisition n'a lieu que pour le placement de fonds actuellement disponibles.

9° Le principe de la spécialité de l'autorisation s'oppose à ce que la femme puisse donner à son mari lui-même un mandat général et illimité à l'effet d'aliéner ou hypothéquer ses immeubles ainsi que de l'obliger indéfiniment.

10° Le mari pourvu d'un conseil judiciaire peut autoriser sa femme alors même que l'acte dont il s'agit est un de ceux pour lesquels l'assistance de son conseil est nécessaire au mari.

11° Le donateur n'a pas qualité pour se prévaloir de la nullité de la donation entre-vifs acceptée par la femme sans autorisation.

PROCÉDURE CIVILE.

1. — Les plaidoiries des avocats et les conclusions du ministère public, sur la demande d'autorisation

faite par la femme à la justice, doivent être prononcées en la chambre du conseil; la même règle doit être suivie en appel.

II. — Les exploits adressés aux femmes séparées de corps ne peuvent être signifiés au domicile de leur mari; elles ont un domicile distinct.

DROIT COMMERCIAL.

I. — La justice ne peut, en aucun cas, autoriser la femme à faire le commerce.

II. — C'est au tiers, qui soutient que l'acte conclu par lui avec la femme marchande publique concerne le négoce de celle dernière, à prouver sa prétention.

DROIT CRIMINEL.

I. — Bien que la dégradation civique soit une peine infamante, elle n'entraîne cependant pas déchéance du droit d'autorisation maritale.

II. — Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, l'accusé acquitté par le jury ne peut être repris devant le Tribunal correctionnel à raison du même fait qualifié délit.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. — La propriété des petites rivières appartient aux riverains.

II. — En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, les baux qui n'ont pas acquis date certaine au jour du décret déclarant l'utilité publique, ou même au jour du jugement d'expropriation, sont néanmoins opposables à l'administration.

DROIT DES GENS.

I. — La guerre ne rompt pas tous les traités qui existaient entre les parties belligérantes.

II. — Les tribunaux français sont compétents pour connaître des crimes ou des délits commis à bord d'un navire de commerce étranger, mouillé dans un port français, lorsque ces crimes ou ces délits, commis entre gens de l'équipage, ont troublé la sécurité du port ou lorsque l'intervention de l'autorité française a été réclamée.

III. — On ne saurait justifier, en raison, la disposition du Code Napoléon suivant laquelle des actes reçus par des fonctionnaires étrangers ne peuvent pas conférer en France d'hypothèque conventionnelle.

HISTOIRE DU DROIT.

I. — L'apparition de la collection de fausses décrétales, connue sous le nom de pseudo-Isidorienne, n'eut pas pour résultat de créer le pouvoir de la papauté en Europe, comme le prétendent les protestants, elle eut seulement pour conséquence d'en faciliter l'exercice.

II. — L'origine de la féodalité n'est ni celtique ni romaine; on la trouve dans les concessions de terre, suite de coutumes germaniques, faites par les rois francs à leurs leudes ou fidèles, sous certaines obligations.

Vu par le Président de la Thèse :
CH. DEMANGEAT.



Vu par le Doyen de la Faculté :
G.-A. PELLAT.

Permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur,
A. MOURIER.

