

Faculté de droit de
Paris. Thèse... par
Louis-Antoine-
Marguerite Obissier,...
Droit romain :
Explication du titre du
[...]

Obissier, Louis-Antoine-Marguerite. Faculté de droit de Paris. Thèse... par Louis-Antoine-Marguerite Obissier,... Droit romain : Explication du titre du Digeste : "Solutio matrimonio dos quemadmodum petatur". Droit français : de la Séparation de biens sous le régime de la communauté. (Art. 1443-1452, C. N.). 1866.

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.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

PAR

LOUIS-ANTOINE-MARGUERITE OBISSIER

Avocat à la Cour impériale de Paris

DROIT ROMAIN

SOLUTO MATRIMONIO DOS QUEMADMODOPETATUR

DROIT FRANÇAIS

DE LA SÉPARATION DE BIENS

SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ

(Art. 1443-1452, C. N.)

PARIS

IMPRIMERIE DE E. DONNAUD

9, RUE CASSETTE, 9

1866

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

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

Le jeudi 20 juillet 1866 à 2 heures.

EN PRÉSENCE DE M. L'INSPECTEUR GÉNÉRAL GIRAUD,

PAR

Louis-Antoine-Marguerite OBISSIER

né à Guitres (Gironde),

avocat à la Cour impériale de Paris.

DROIT ROMAIN.

explication du titre du Digeste :

SOLUTO MATRIMONIO

DOS QUEMADMODUM PETATUR.

DROIT FRANÇAIS.

DE LA SÉPARATION DE BIENS

SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ.

(Art. 1433-1432, C. N.)

PRÉSIDENT : **M. DEMANGEAT,**

SUFFRAGANTS	MM. BONNIER, DUVERGER,	} Professeurs.
	GÉRARDIN, LÉVEILLÉ,	

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront adressées
sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

IMPRIMERIE DE E. DONNAUD

RUE CASSETTE, 9.

1866

©

40674

Sc65068

A CEUX QUE J'AI PERDUS,

A CEUX QUI ME RESTENT.

DROIT ROMAIN.

SOLUTO MATRIMONIO, DOS QUEMADMODUM PETATUR.

(Dig. 24, 3.)

PROLÉGOMÈNES.

DÉFINITION ET CARACTÈRE DE LA DOT. — FAVEURS QUI
LUI SONT ACCORDÉES. — ACTIONS EN RESTITUTION.

1. — Doneau (3, 1043) définit ainsi la dot :

« Dos est res quævis uxoris nomine data propter
• nuptias ut, dum nuptiæ stabunt, fiat mariti pro
• oneribus matrimonii quatenus necesse est ab eo ita
• haberi ad matrimonii onera inde sustinenda. »

2. — La destination de la dot embrasse un espace
de temps indéfini; car, d'abord, le mariage se con-
tracte sans limitation précise de durée; puis la dot
non-seulement s'applique au mariage à l'occasion
duquel elle a été constituée, mais encore permet à la
femme de convoler à d'autres noces. C'est en ce sens
que la loi 1, D., *De jure dotium*, 23, 3, reconnaît à la
dot un caractère de perpétuité.

3. — *Dotium causa semper et ubique præcipua est*, dit la loi 1, D., *Sol. mat.*

Semper, c'est-à-dire avant, pendant et après le mariage. (V. n° 124, *infra*.)

Ubique, c'est-à-dire dans les provinces comme en Italie.

Quant à l'expression de *præcipua*, elle ne doit pas être prise trop à la lettre. L'intérêt de la dot n'est pas toujours dominant.

Il y a même tel avantage résultant du droit commun qui est refusé à la femme poursuivant le recouvrement de sa dot : ainsi le mari ne pourra être condamné envers elle *quo quatenus facere potest* (Loi 12, D., *Sol. mat.*), tandis qu'un étranger, c'est-à-dire un tiers, obtiendrait contre lui une condamnation *in solidum*, au moins ordinairement.

Cependant la proposition en question se justifie par les faveurs considérables que le législateur romain a accordées aux femmes pour assurer la conservation de leur dot, faveurs que Justinien a étendues d'une façon, on peut le dire, exagérée.

Voici les points principaux sur lesquels porte cette protection spéciale que les femmes ont paru mériter.

4. — Le mari est propriétaire de la dot : MM. Pel-lat (*Textes sur la dot*, p. 377) et Demangeat (*De la condition du fonds dotal*, p. 4 et s., 62 et s.) l'ont surabondamment démontré en s'appuyant notamment sur le titre 8, liv. 2, des Institutes de Justinien : *Quibus alienare licet vel non*. Hé bien ! Le mari propriétaire de la dot ne pourra pas cependant en disposer librement : car la loi Julia *De adulteriis* qui

remonte à l'an 707, U. C., lui défend d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme ; bien plus, dans la législation de Justinien, l'aliénation volontaire du fonds dotal n'est point valable, encore que la femme y ait consenti. (Loi unique, § 15, Code, *De rei ux. act.*)

5. — On a dit que la loi Julia enlevait aussi au mari la faculté d'hypothéquer le fonds dotal même avec le consentement de la femme. Mais, M. Demangeat (*cod. op.*, p. 215) établit que la loi Julia était muette sur ce point, et que la prohibition dont il s'agit a été déduite postérieurement des règles du sénat.-cons. Velleien par la jurisprudence : on a dû considérer le consentement donné par la femme à l'hypothèque que le mari voudrait constituer sur le fonds dotal, comme une *intercessio* prohibée. Or le point de vue du sénat.-cons. Velleien est tout autre que celui de la loi Julia. Le sénat.-cons. vient au secours de la faiblesse du sexe ; la loi se propose de faciliter les mariages au moyen de la conservation de la dot.

6. — Antérieurement à Justinien, l'action *de dote* était déjà garantie par un *privilegium inter personales actiones* (Loi 12, C., *Qui potiores*, 8, 18. — Hermogenien, l. 74, *De jure dotium*). — En 529, Justinien accorde à la femme une hypothèque privilégiée sur toutes les choses apportées en dot (L. 30, C., *De jure dotium*, 5, 12). Un an après, il lui reconnaît une hypothèque générale sur les biens personnels du mari (Loi unique, § 15, C., *De rei ux. act.*, 5, 13),

hypothèque déclarée bientôt privilégiée (Loi *Assiduis*, 12, C., *Quipotiores*, 8, 18).

7. — On trouve en matière de dot des exceptions au principe de la personnalité des obligations : la loi 45, D., *Sol. mat.*, en consacre une que nous exposons *infra*, n° 64.

8. — Suivant une règle ancienne, ce qu'acquiert le fils ou la fille de famille appartient au père de famille, qui peut en disposer à son gré. Néanmoins si la fille de famille se marie et survit au mariage, l'action en répétition de la dot même profectice, ne devient pas la propriété exclusive de son père, mais demeure commune au père et à la fille, et doit être exercée par le premier du consentement de la seconde. Voyez au surplus *infra*, n° 76 et s.

9. — *In ambiguis pro dotibus respondere melius est.* Ainsi le décide Paul, lib. 6, quæst. (Loi 70, D., *De jure dotium*, 23, 3).

10. — Dans le droit classique, le recouvrement de la dot pouvait être poursuivi par la *condictio* ou par l'action *rei uxoriæ*.

La *condictio* était soumise en principe aux règles ordinaires des actions *stricti juris*. Elle était employée quand le mari avait promis sur stipulation la restitution de la dot; lorsqu'il s'agissait de répéter une dot improprement dite, et enfin dans certains cas prévus par la loi Julia et Papia.

Quant à l'action *rei uxoriæ*, elle avait une physionomie tout à fait particulière et naissait dès qu'une dot était constituée au mari.

Justinien, se basant sur la supposition d'une sti-

pulation tacite intervenue entre la femme et le mari, a organisé une *condictio ex stipulatu* dans laquelle il a fondu l'action *rei uxoriæ*, c'est-à-dire qu'il a combiné les règles de ces deux actions de façon à en composer une nouvelle, *sui generis*, à laquelle il a maintenu le nom d'action *ex stipulatu* (Loi unique, pr., C., *De rei ux. act.*, 5, 13).

11. — Toutes ces faveurs accordées à la dot, ont leur raison d'être dans une considération d'utilité publique.

« Nam et publico interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse fœminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium. » (Loi 1, D., *Sol. mat.*).

Duaren commentant ce texte, cite les paroles suivantes de l'empereur Adrien : « *Se malle hominum adjectione quam pecuniarum copia Imperium ampliari.* »

La théorie de Malthus n'eût pas, sans doute, fait fortune auprès du législateur romain.

M. Troplong ne semble-t-il pas méconnaître la fonction politique de la dot dans la société romaine, quand il dit :

« La dot était d'intérêt public chez les Romains : la loi veillait avec sollicitude à la conservation de ce précieux patrimoine, dernière ressource de la famille. » (Sur l'art. 1443 C. N., n° 1309, de son *Traité du contrat de mariage.*)

12. — Nous diviserons notre explication du titre *Solutio matrimonii* en trois parties : la première traitera de l'action *rei uxoriæ* ; la seconde, de la *condictio*

au cas de dot improprement dite ; la troisième, de la *condictio ex lege Julia et Papia*.

Nous ne nous occuperons de la *condictio ex stipulatu* que pour signaler, quand l'occasion s'en présentera, certaines différences caractéristiques entre elle et l'action *rei uxoriæ*.

PREMIÈRE PARTIE.

DE L'ACTION REI UXORIÆ

CHAPITRE I^{er}.

NATURE DE L'ACTION REI UXORIÆ.

13. — « Il est de tradition, dit Aulu-Gelle (IV, 3),
» que pendant près de cinq cents ans, il n'y eut dans
» la Ville ni dans le Latium aucune caution, aucune
» action relative aux biens de la femme mariée. Le
» besoin, sans doute, ne s'en était pas fait sentir,
» parce que l'on ne voyait pas alors de mariage dis-
» sous par le divorce. Aussi Servius Sulpicius, dans
» son traité *De dotibus*, a écrit que pour la première
» fois, après le divorce de Carvilius Ruga, on a re-
» gardé comme nécessaire la caution des biens de la
» femme, *rei uxoriæ*. »

Telle est l'origine de l'action *rei uxoriæ*.

14. — C'est une action de bonne foi. Cicéron (*Topiques*, 17) s'exprime ainsi :

» Privata..... judicia maximarum quidem rerum
» in jurisconsultorum mihi videntur esse prudentia...
» in omnibus igitur iis judiciis in quibus *ex bona fide*

« est aditum : ubi vero etiam ut inter bonos bene agier
« oportet; imprimisque in arbitrio rei uxoriæ in quo
« est : Quod æquius melius, parati esse debent. »

En outre, Cicéron (*De officiis*, III, 15, 17) range dans la classe des actions de bonne foi toutes celles qui ont trait à une *societas vitæ*.

Il est vrai que Gaius ne présente pas l'action *rei uxoriæ* dans son énumération des actions de bonne foi (*Instit. comm.* 4, § 62). Mais le § 29, tit. 46, liv. 4, des Institutes de Justinien, dit formellement : « Fuerat
« antea et rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis. »
Ce même § 29 donne à la nouvelle *actio ex stipulatu* un caractère semblable.

18. — L'action *rei uxoriæ* est-elle en outre arbitraire? On sait que dans l'action arbitraire le juge a le pouvoir d'adresser préalablement au défendeur un *jussus*, c'est-à-dire un ordre de restituer l'objet en litige, ou plus généralement de satisfaire le demandeur dont le droit est reconnu. Une condamnation n'intervient que si le *jussus* n'est pas exécuté.

Puchta (*Cursus der Institutionen*, tome 2, § 166, p. 138 et s.) soutient qu'une action ne peut être à la fois *bonæ fidei* et *arbitraria*.

Au contraire, d'après Savigny (*System*, tome V, § 221 et s.), toutes les fois que dans l'action *bonæ fidei* il s'agit d'une restitution à effectuer par le défendeur, il y a lieu de la part du juge à prononcer un *jussus* avant de procéder à la condamnation; l'action est donc aussi *arbitraria*.

Cette première difficulté est en dehors de notre matière. Ce que nous avons à démontrer spécialement,

c'est que l'action *rei uxoriæ*, qu'elle soit ou non comprise officiellement dans la catégorie des actions arbitraires, présente du moins très-certainement le caractère distinctif de ces actions.

Voici les textes sur lesquels nous nous appuyons :

16. — 1° Passage des *Topiques* transcrit ci-dessus :
..... Imprimisque in *arbitrio* rei uxoriæ in quo est quod æquius melius..... — Cicéron semble faire une différence entre l'*arbitrium* rei uxoriæ, et une action de bonne foi ordinaire : les pouvoirs du juge seraient encore plus grands dans l'*arbitrium* que dans l'action.

Notons d'ailleurs cette expression *arbitrium* appliquée à l'action *rei uxoriæ*

17. — 2° Loi 23, § 1, *D.*, *Sol. mat.* : « Maritum in » dote reddenda, dit Paul, de dolo malo et culpa cavere » oportet. Quodsi dolo malo fecerit, quominus restituere possit, damnandum eum, quanti mulier in litem » juraverit: quia invitis nobis res nostras alius retinere » non debeat. »

Ce mode de procéder se rapporte tout à fait au mécanisme de l'action arbitraire. Voyez en effet ce que dit Gaius, *Comm.* IV, § 163 : « Si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quæ appellatur arbitraria : nam iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, et sine pœna exhibet vel restituit, et ita absolvitur : quod si nec restituat nec exhibeat, quanti ea res est condemnatur. »

Puis comparez la loi 2, § 1, *D.*, *De in litem jur.*, 12, 3, ainsi conçue : « Interdum quod intersit agentis, » solum æstimatur, veluti cum culpa non restituentis, » vel non exhibentis punitur : cum vero dolus, aut

• contumacia non restituentis, vel non exhibentis,
• quanti in litem juraverit actor. »

Ce texte assimile le cas de dol et le cas de *contumacia*, c'est-à-dire le cas où le défendeur s'est mis par dol dans l'impossibilité de restituer ou d'exhiber, et le cas où, pouvant restituer ou exhiber, le défendeur ne veut pas le faire; il est probable, comme le fait remarque judicieusement M. Demangeat (*De la cond. du fonds dot.*, p. 257), que la loi 23, § 1, *Sol. mat.*, mettait aussi sur la même ligne les deux cas. Les commissaires de Justinien ont dû supprimer ce qui était relatif à la *contumacia*, parce que, au moins de leur temps, la *contumacia* pouvait en principe être domptée par l'emploi de la force publique. Ce qui rend l'interpolation évidente; c'est le motif sur lequel se fonde la loi : « Quia invitis, etc., » motif qui n'est juste que pour le cas de *contumacia*, car c'est dans ce cas seulement que le défendeur *retinet*.

18. — 3^e Loi 7, § 1, D., *De fundo dotali*, 23, 8 :
• Sed cum uxor fundum, cui prædia viri servitutem
• debebant, in dotem dat, fundus ad maritum perve-
• nit amissa servitute : et ideo non potest videri per
• maritum jus fundi deterius factum. Quid ergo est ?
• Officio de dote judicantis continebitur ut redintegrata
• servitute jubeat fundum mulieri vel heredi ejus
• reddi. »

L'action *rei uxoriæ* peut donc être considérée, au moins en pratique, comme arbitraire.

19. — Nous croyons utile de transcrire ici un passage des *Textes sur la dot*, de M. Pellat, p. 81 :

• L'actio rei uxoriæ est in bonum et æquum con-

• *cepta* (*quidquid melius.....*). Les Romains considé-
• raient cette qualité comme se rattachant à la nature
• anormale de la dot. Une conséquence importante
• qui en découle, c'est que le juge a une latitude de
• pouvoir bien plus grande que dans les actions
• *bonæ fidei* ordinaires. Ainsi notamment, il peut et
• doit empêcher qu'une partie n'obtienne aux dépens
• de l'autre, par l'imprévoyance de celle-ci, un profit
• qui ne serait pas absolument interdit dans d'autres
• obligations. »

On trouve une preuve de cette dernière assertion de
M. Pellat dans la loi 6, § 2, D., *De jure dotium*, 23,
3, relative à un cas d'estimation erronée de la dot. —
Rapp., lois 2 et 8, C., *De rescind. vend.*, 4, 44.

20. — Les pouvoirs du juge très-étendus dans l'ac-
tion *rei uxoriæ*, sont au contraire très-restreints
quand la restitution de la dot est poursuivie par la voie
de la *condictio*. C'est que la *condictio* est une action
stricti juris.

CHAPITRE II.

A QUI EST DONNÉE L'ACTION REI UNORÆ.

21. — Des règles différentes doivent être observées en cette matière selon que la mort de la femme, celle du mari ou le divorce mettent fin au mariage.

§ 1. — Cas où le mariage finit par la mort de la femme.

22. — Il faut alors distinguer si la dot est *profec-tice* ou *adventice*.

DOT PROPECTICE.

23. — La dot *profectice* est celle que le père ou tout autre ascendant mâle, parent par les mâles, constitue à la femme, sa fille ou descendante. *Frag. d'Ulpien, tit. 6, § 3.* Elle est ainsi nommée parce que l'on considère son origine, le point d'où elle est partie, pour en régler l'attribution. Sur la question de savoir quand il y a positivement dot *profectice*, voyez loi 5, D., *De jure dotium*, et les *Textes sur la dot*, de M. Pellat, pages 57 et s.

24. — La femme venant à mourir *in matrimonio*, la dot *profectice* revient au constituant de plein droit : il n'est pas besoin qu'une stipulation ait, lors de la constitution, réglé ce retour. — La faveur ainsi faite à l'ascendant est motivée par le désir de lui assurer une consolation : on n'a pas voulu qu'il fût atteint à la fois

dans sa fortune et dans ses affections. (Loi 6, princ., D., *De jure dotium*.)

25. — Tout autre que l'ascendant mâle, parent par les mâles, la mère par exemple, ne jouirait pas du même avantage. Au surplus, le père adoptif a droit au retour comme le père naturel. Loi 5, § 13, D., *De jure dotium*.

26. — Régulièrement la dot devrait rester au mari qui en est propriétaire, ainsi qu'il en arrive de la dot adventice dont il sera parlé plus loin.

27. — Le retour légal au constituant forme tout l'intérêt de la distinction entre la dot adventice et la dot profectice (M. Pellat, p. 63).

28. — Est-il nécessaire que la femme ait été en puissance de l'ascendant donateur, soit au moment de la constitution de dot, soit au moment de la dissolution du mariage, pour que la dot fasse retour à cet ascendant ?

La négative résulte de la loi 5, § 11, D., *De jure dotium*, 23, 3.

• Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profectitiam nihilominus dotem esse nemini dubium est : quia non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profectitiam facit. » Rapp., loi 5, D., *De divortiiis*. — Loi 59, D., *Sol. mat.* — Loi 71, D., *De evictionibus*.

29. — On a cependant cité des textes paraissant rattacher le droit de retour du *parens* à sa *potestas* sur la femme.

« Dos a patre profecta, dit la loi 4, C., *Solut. mat.*, 5, 18, si in matrimonio decesserit mulier *filiafamilias*, ad patrem redire solet. »

Il est facile de remarquer que cette loi a simplement voulu constater un fait : dans l'hypothèse, la femme était *filiafamilias*, mais rien n'autorise un argument *a contrario* basé sur cette simple énonciation. Ou bien il faudrait étendre le même système de raisonnement aux textes nombreux qui consacrent une décision semblable quand il s'agit d'une fille émancipée, et on aurait alors un droit de retour sans aucune application possible.

30. — La loi 10, pr. D., *Sol. mat.*, est ainsi conçue :

- Si ab hostibus capta filia, quæ nupta erat, et do-
- tem a patre profectam habebat, ibi decesserit ; puto
- dicendum, perinde observanda omnia ac si nupta
- decessisset : ut, *etiamsi in potestate non fuerit patris,*
- dos ab eo profecta reverti ad eum debeat. »

Dira-t-on que la fiction dont profite ici le père, fiction empruntée à la loi Cornelia (6, § 2, D., *De inj. rupt.*, 28, 3), consiste à supposer non-seulement que la fille est décédée *in matrimonio*, mais encore qu'elle était *in potestate* au moment de sa mort : d'où il suivrait que la circonstance de la *potestas* est nécessaire, en règle ordinaire, pour qu'il y ait lieu au droit de retour ? Nous n'admettons pas ce raisonnement, car l'hypothèse parle d'une *filia* et non d'une *filiafamilias*, et sans aucun doute, Pomponius, l'auteur de la décision, eût écrit *filia* pour *filiafamilias*, s'il se fût placé au point de vue de la nécessité de la *potestas* chez le *parens* qui réclame le retour de la dot par lui constituée. Les mots *etiamsi in potestate*, etc., ne contiennent donc qu'une allusion à une circonstance accessoire de l'espèce, et dès lors ils

n'ébranlent pas notre opinion, ils la confirment. — (V. n° 35, *infra*, sur les effets de la captivité.)

Nous pouvons invoquer à notre appui la loi 6, D., *De jure dotium*, qui dit sans faire de distinction entre la femme fille de famille et la femme mère de famille :

« Jure succursum est patri, ut *filia* amissa solatii
» loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso pro-
» fecta : ne et *filiae* amissæ et pecuniæ damnum
» sentiret. »

Ulpien, *Fragments*, titre 6, § 4, ne distingue pas davantage : « Mortua in matrimonio *muliere*, dos a
» patre profecta ad patrem revertitur, quintis in sin-
» gulos liberos in infinitum relictis penes eum : quod
» si pater non sit, apud maritum remanet. »

32. — Mentionnons enfin le § 13 de la loi unique, C., *De rei ux. act.*, §, 13 ; après avoir consacré au profit de l'ascendant le droit de retour qu'il refuse à l'*extraneus*, il ajoute :

« Extraneum autem intelligimus omnem, citra pa-
» rentem per virilem sexum ascendentem, et in po-
» testate dotatam personam non habentem : parenti
» tacitam ex stipulatu actionem damus. »

Ainsi, le titre seul, le titre nu de *parens per virilem sexum ascendens*, suffit à fonder le droit de retour : celui à qui pareil titre manquera, ne pourra prétendre au droit de retour qu'en justifiant de sa *potestas* sur la femme dotée. Loi 8, § 13, D., *De jure dotium*.

Ce dernier texte nous fait, en outre, connaître sur quelle théorie Justinien fonde le droit de retour. L'ascendant donateur aurait pu, de droit commun, sti-

puler le retour de la dot à son profit : on supposera qu'une stipulation de ce genre a été faite, alors qu'en réalité elle n'a point eu lieu.

35. — Autre question. L'ascendant donateur peut-il exercer le droit de retour en présence d'enfants du mariage ?

Nous adoptons l'affirmative, parce que les lois qui règlent spécialement le droit de retour ne soumettent pas son exercice à cette condition qu'il n'y aura pas d'enfants du mariage.

On nous oppose la loi 17, D., *De senat.-consult. Mac.*, 14, 6 :

« Filiusfamilias si in id acceperit mutuam pecuniam
» ut eam pro sorore sua in dotem daret, pater ejus de
» in rem verso actione tenebitur : ipsi enim, mortua
» in matrimonio puella, repetitio dotis datur. »

Ant. Favre (lib. 1, *Conject.*, c. 16) pense que *puella* désigne une femme qui n'a pas enfanté.

De plus, les lois 86, D., *De jurē dotium*, et 46, D., *Familiæ erciscundæ*, 10, 2, posent en principe que la dot doit être entre les mains de celui qui est obligé d'acquitter les charges du mariage. Or, dit-on, la charge des enfants du mariage reste au mari survivant ; donc il doit garder la dot même profectice.

34. — La réponse à ces objections est facile.

L'expression *puella* employée par la loi 17 *Sen. C. M.* s'applique très-bien à une femme qui a enfanté. La preuve s'en trouve dans le passage suivant des *Nuits attiques*, d'Aulu-Gelle (liv. 1, chap. 1) : « Sed cum mater puellæ parcendum esse ei diceret, adhibendasque puero nutrices. . . »

Quant aux lois 56, § 1, *De jure dotium*, et 46, *Familiae erciscundæ*, il faut les combiner avec la loi 1, D., *Solut. mat.*, qui porte : « Nam et publice interest » dotes mulieribus conservari. »

Si la dot doit naturellement être entre les mains de celui qui est obligé de faire face aux charges du mariage, il peut y avoir exception au principe dans un but d'utilité publique. Ainsi la femme, après la mort du mari ou le divorce, reprend sa dot pour être en mesure de convoler à d'autres noces, tout en demeurant à peu près affranchie des charges du mariage qui vient de se dissoudre. De même l'ascendant recouvrera, au cas du prédécès de la femme, la dot qu'il aura livrée pour elle au mari. Ce retour favorise les mariages en facilitant les constitutions de dot. — D'ailleurs, à l'époque classique, le mari retient à l'encontre de l'ascendant exerçant son droit de retour, un cinquième de la dot par chaque enfant du mariage *in infinitum* ; de cette façon, tous les intérêts sont équitablement pris en considération. Les cinquièmes retenus par le mari et qui peuvent absorber la dot entière (M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 7 et s.), aideront le mari à supporter les charges du mariage diminuées déjà par la mort de la femme (*Frag. du Vatican*, § 108). — Justinien a aboli ces retenues de cinquièmes. (§ 8, loi unique au C., *De rei ux. act.*, 8, 13. — Comp. loi 48, D., *Solut. mat.*)

35. — Trois cas doivent être, en notre matière, réglés comme celui de mort de la femme *in matrimonio*.

Le premier fait l'objet de la loi 10, D., *Solut. mat.*, rapportée plus haut. — On sait que la captivité de la

femme est assimilée à sa mort, en ce qui concerne la dissolution du mariage, par la loi 1, D., *De divortiis*, 24, 2. — Mais, quant au droit de retour de l'ascendant donateur, la condition de la dissolution du mariage par le décès de la femme paraît indispensable. Cependant la femme venant à tomber en captivité et mourant captive, par faveur on donnera au père une action utile *rei uxoris* pour reprendre la dot, comme si le mariage avait été dissous par la mort de la femme, tandis qu'il l'a été, réellement, par sa captivité. — Notons que, sous Justinien, le mariage survit à la captivité de l'un des époux ou de tous les deux. (Lois 12, §§ 4 et 8, D., *De captivis*, 49, 15. — Nouvelle 22, chap. 7.)

36. — Le second cas est relaté dans la loi 59, D., *Sol. mal.*

• *Filiæ meæ emancipatæ et ægræ vir in hoc repudium misit, ut mortua ea dotem potius heredibus ejus, quam mihi redderet : Sabinus dicebat, utile mihi ejus dotis recipendæ judicium dandum esse : Gaius idem.* »

37. — Voici enfin le troisième cas, analogue au précédent :

• *Si filia emancipata idcirco diverterat, ut maritum lucro dotis adficiat, patrem fraudet, qui profectitiam dotem potuit petere, si constante matrimonio decessisset : et ideo patri succurrendum est, ne dotem perdat : non enim minus patri quam marito succurrere prælorem oportet : danda igitur est ei dotis exactio, atque si constante matrimonio decessisset filia.* » — Loi 5, D., *De divortiis*, 24, 2.

38. — Si le père meurt avant sa fille, ses héritiers ne peuvent réclamer la dot profectice : le motif du retour fait alors complètement défaut (Loi 6 prin., D., *De jure dotium*, 23, 3).

La dot, de profectice devenue adventice, reste au mari, *apud maritum remanet*, dit Ulpien (*Reg.*, lit. 6, §§ 4 et 5).

39. Le mari en sera-t-il propriétaire? Une constitution des empereurs Honorius et Théodose, qui forme la loi unique au Code, *Si dos constante*, 5, 19, porte :

« Si constante matrimonio a marito uxori dos sine
» causa legitima refusa est (quod legibus stare non
» potest, quia donationis instar perspicitur obtinere),
» eadem, uxore defuncta, ab ejus heredibus cum fructi-
» bus ex die refusæ dotis marito restituatur : ita ut
» proprietas ejusdem liberis ex eadem susceptis compe-
» tens alienari contra leges a marito non possit. »

La rédaction de ce texte laisse, ce semble, à désirer. Comment peut-on, sur le fondement des *leges*, défendre au mari d'aliéner la dot, si la propriété de cette dot n'est pas au mari, mais aux enfants? Probablement, ce que veulent dire les empereurs Honorius et Théodose, c'est que, les héritiers de la femme étant complètement écartés, le mari demeure propriétaire de la dot, mais à la charge de la conserver et de la rendre aux enfants du mariage.

40. — Justinien a innové en cette matière. Il résulte du § 6 de la loi unique, C., *De rei ux. act.*, que la dot passe aux héritiers de la femme décédée *in matrimonio*, à défaut d'une convention particulière dispensant le mari d'en opérer la restitution.

« Illo procul dubio in ex stipulatu actione ser-

• vando, ut si decesserit mulier constante matrimonio,
» dos non in lucrum mariti cedat, nisi ex quibusdam
» pactionibus, sed ad mulieris heredes ex stipulatu
» actio secundum sui naturam transmittatur, sive
• expressa fuerit, sive ex hac lege inesse intelligatur. »

Le texte est muet sur les droits des enfants : bien plus, la Novelle 22, chap. 20, § 1, et la loi 3, § 1, C., *De sec. nupt.*, 8, 9, méconnaissent formellement ces droits au profit du mari survivant qui persiste dans le veuvage.

41. — Toutefois, la loi 8, § 7, C., *De rep.*, 5, 17, et la Novelle 98, chap. 1, restaurent et accentuent l'ancienne doctrine, en ce qui concerne les enfants.

« Propterea igitur sancimus, dit Justinien dans cette
• Novelle, si mulier moriatur, et eveniat lucrum fieri
» viro, dotem hanc servare filiis, sive ad secundas ve-
» niat nuptias, sive etiam non. Et ex diverso si mor-
» tuus fuerit vir, mulierem antenuptialis donationis
» lucra propriis filiis servare : usum quidem lucrorum
» ex nuptiis apud eos constitutum, proprietatem vero
» eorum filiis omnino servandam.... »

Ainsi la dot revient en définitive aux enfants, même s'ils ne sont pas héritiers de leur mère, même si leur père ne se remarie pas.

Faut-il voir une antinomie entre ces mots du § 6 de la loi uniq., C., *Derej. ux. act.* : *Dos non in lucrum mariti cedat*, et ceux-ci de la Novelle 98 : *Et eveniat lucrum fieri viro* ?

Non, car il est question dans le § 6 d'une règle générale, et dans la Novelle, d'une circonstance particulière.

Et puis la solution de la Novelle oppose le père aux *fili* et assure à ces derniers sur la dot, un droit que leur avait déjà reconnu la loi *Si constante* : des héri-

liers de la femme, il n'en est pas question. Au contraire, le § 6 de la loi unique, C., *De rei ux. act.*, a trait au conflit de ces héritiers avec le père. Les points de vue ne sont donc pas les mêmes : il serait dès lors excessif de renverser tout le système du § 6, en argumentant d'une phrase incidente de la Novelle : d'autant plus que les deux textes peuvent très-bien se combiner de façon à avoir chacun un effet positif. En rapprochant leurs dispositions et celles de la loi *Si constante*, nous constatons : que les *fili* priment le mari pour la nue propriété et les héritiers de la femme pour la propriété entière ; que le mari en présence de *fili*, retient l'usufruit de la dot, mais reste sans droits quand il y a des héritiers de la femme et pas de *fili*.

(Voyez et comp. Loi 40, D., *Sol. mat.* — Lois 6, § 2, 8, § 3, *De bonis quæ liberis*, Code, 6, 61.)

42. — Revenons au droit de retour de l'ascendant donateur.

Le père ayant survécu à la femme décédée *in matrimonio*, peut exercer le droit de retour sur la dot qu'il a constituée.

Mais en supposant qu'il vienne lui-même à mourir, il ne transmettra son droit à ses héritiers que s'il a déjà mis le mari en demeure. (M. Pellat, p. 67.)

43. — Rien n'interdit au père de s'assurer le retour de la dot profectice au moyen d'une stipulation formelle, pour un autre cas que celui du décès de la femme *in matrimonio*, par exemple pour le cas de dissolution du mariage par le divorce.

44. — Nous avons à examiner l'effet d'une sembla-

ble stipulation et par rapport à la femme et par rapport au mari.

« Quotiens pater dotem dat, et stipulatur, ita demum
• in suam personam de dote actionem transfert, si ex
• continenti stipuletur : cæterum, si interposito tem-
• pore stipulari velit, non nisi consentiente filia po-
• terit quamvis in potestate sit : quia deteriore
• conditionem in dote filiae facere non potest, nisi
• consentiat : plane si ante nuptias dotem dederit,
• poterit ex intervallo, ante nuptias tamen, et citra
• voluntatem quoque filiae stipulari. » Loi 29, pr., D.,
Sol. mat., tirée du lib. 3, *Disputationum* d'Ulpien.

Tant que le mariage n'est pas contracté, le père qui a le droit des'y opposer (la femme est *filia familias*), peut modifier à son gré les conditions de la constitution de dot qu'il a faite (Doneau, 3, 1078). Mais le mariage une fois contracté, la fille a un droit acquis à la constitution de dot telle qu'elle a été réglée antérieurement. Le père ne saurait par une stipulation intervenue entre lui et le mari, porter atteinte à ce droit acquis : *si..... stipulari velit, non..... poterit*, dit Ulpien. D'où il semble découler que non-seulement le droit de la femme restera intact, mais encore que le père n'acquerra aucune action contre le mari. Cependant Ulpien peut seulement vouloir dire que la stipulation n'aura pas pour effet de transporter au père l'action de dot, action qui restera à la femme.

45. — Sa solution ainsi entendue concorderait avec celle de Papinien, dans la loi 40 du même titre *Sol. mat.*, relative à notre hypothèse. Papinien admet que l'action *ex stipulatu* naîtra au profit du père contre le mari.

« Post dotem datam, et nuptias contractas, stipulatus est pater filiam voluntate, divortio facto dotem dari. Si conditio stipulationis impleatur, et postea filia sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quo minus ex stipulatu agat : viva autem filia si agere vult, exceptione summovendus erit. »

Notons d'abord que Cujas, sur le fondement du texte des Basiliques, lit : « Stipulatus est pater *sine* filiae voluntate » au lieu de « stipulatus est pater filiae voluntate. » (Observ., liv. 4, chap. XXI.) — Cette correction est plausible : elle concilie, en ce qui concerne les rapports du père et de la fille, notre loi 40 avec la loi 29 transcrite ci-dessus : donc, nous l'admettons.

Il s'ensuit que Papinien ne refuse pas un certain effet *inter partes* à la stipulation du père faite sans le consentement de la fille, *post nuptias*, et ayant pour objet le retour de la dot au cas de divorce. Le père acquerra l'action *ex stipulatu* : seulement, tant que la femme ou les enfants du mariage vivront, le mari pourra opposer à l'action *ex stipulatu* une exception. Quelle est cette exception que le mari est en droit d'invoquer en présence de la femme ou des enfants, mais non sans doute en présence d'héritiers de la femme, même régulièrement saisis ?

Sa formule est donnée par les Basiliques : « At si non post contractas nuptias male stipulatus es sine voluntate filiae. »

Ne semble-t-elle pas avoir pour but de favoriser moins le mari que la femme et les enfants ? Mais quel avantage pratique leur offre-t-elle ? Car enfin l'action *rei uxoriae* résiste à la stipulation du père et

continue à être garantie par un *privilegium*. Et puis, le mari négligera peut-être d'opposer au père l'exception dont s'agit.

La pensée de Papinien ne ressort pas clairement.

46. — C'est, au surplus, Pomponius qui nous paraît avoir rencontré la solution juste des difficultés qui nous occupent; il dit dans la loi 7, D., *De pactis dotalibus*, 23, 4 :

• Cum dos filiae nomine datur, optimum est, pactum
• conventum cum utroque generum facere: quamquam
• initio dotis dandae legem quam velit, etiam citra
• personam mulieris, is qui dat dicere possit. Si vero
• post datam pacisci velit, utriusque persona in pa-
• ciscendo necessaria est: quoniam jam adquisita
• mulieri dos tum esset: quo casu, si solus pater
• pactus esset sine filia, sive solus agat, sive adjuncta
• filiae persona, ei soli nocebit et proderit pactum
• conventum. » Ce pacte ne profitera qu'à lui,
mais il lui profitera sans restriction.

Pomponius parle d'un *pactum conventum*; mais quelle différence peut-on faire à notre point de vue, entre un *pactum conventum* et une stipulation? En somme, le mari qui s'est librement engagé sans exiger que sa femme donnât son consentement à la convention, doit logiquement subir les conséquences de sa promesse. Quant aux droits de la femme ou de ses représentants, ils seront réservés.

47. — On a prétendu que le père ne pouvait, en livrant la dot, s'en réserver le retour au moyen d'un simple pacte, tandis que l'*extraneus* a le choix, à cet effet, entre une stipulation et un pacte. — On

invoque en faveur de cette opinion la loi 29, prin., *Sol. mat.*, et la loi 40, même titre, toutes deux relatives à des clauses de retour au profit du père et qui parlent de stipulations faites par lui. On cite encore la loi 6, *C., De jure dotium*, 5, 12, ainsi conçue :

« Avia tua eorum, quæ pro filia sua in dotem dedit,
• etsi verborum obligatio non intercessit, actionem ex
• fide conventionis ad te, si heres extitisti, transmit-
• tere potuit. Nec enim eadem causa est patris et ma-
• tris paciscentium : quippe matris pactum actionem
• præscriptis verbis constituit : patris dotis actionem
• profectitiæ nomine competentem conventionem sim-
• plici minime creditur innovare. »

Il est vrai, ajoute-t-on, que le pacte accompagnant la tradition d'une *res* est obligatoire et muni d'action ; mais il faut pour cela que la tradition soit volontaire. Or, le père est obligé de doter sa fille.

En ce sens : Doneau, 3, 1068 et 1078 — Duaren sur la loi 29, *S. m.* — Cujas, sur les §§ 13 et 14 de la loi unique, *C., De rei ux. act.* — Mulhenbruch, *Doctrina Pandectarum*, p. 483.

48. — Ce système ne paraît pas solidement établi. Le principe général est que : « In traditionibus
• rerum quodcunque pactum sit, id valere manifes-
• tissimum est. » (Loi 48, *D., De pactis*, 2, 14.) — On peut citer au moins une exception à ce principe : voyez la loi 11, *D., De religiosis*, 11, 7. Mais on ne montre aucun texte formel enlevant au père, dans l'espèce, le bénéfice de la règle générale. Au contraire, la loi 7, *D., De pactis dot.*, rapportée ci-dessus n° 46, dit, en termes absolus : « Quamquam initio dotis dandæ legem

• quam velit, etiam citra personam mulieris, is qui
• dat dicere possit. » Et même, l'auth. du § 14, loi
unique C., *De rei ux. act.*, parle formellement d'un
pacte créant au profit du père le droit de retour :

« Sed quamvis dos potestatis sive *pactionis jure* ad
» patrem redeat..... »

Les lois 29 et 40, *Sol. mat.*, mentionnent bien des
stipulations faites par le père, mais elles ne disent en
aucune façon qu'il n'aurait pas pu atteindre son but
au moyen d'une simple convention faite lors de la li-
vraison de la dot. Quant à la loi 6, C., *De jure dotium*,
elle refuse si peu au père le droit de s'assurer par un
pacte le retour de la dot, qu'elle fonde sa solution sur
l'intention même du père qui a fait un semblable pacte.

Enfin, l'argument basé sur l'obligation imposée au
père de doter sa fille est sans valeur. Car le pacte n'a
pas pour objet de diminuer cette obligation du père : il
la suppose au contraire remplie dans toute son étendue.
Ensuite, le père était tenu seulement envers la femme :
la tradition a donc été volontaire vis-à-vis du mari : or
c'est contre celui-ci que le droit de retour s'exerce.

DOT ADVENTICE.

49. — On peut définir la dot adventice, négative-
ment : « Celle qui n'est pas profectice. »

Avant Justinien, la dot adventice reste de droit au
mari chargé, en dernier lieu, de la conserver et de la
rendre aux enfants du mariage. (Ulpian, *Reg.*, tit. 6,
§ 4. — Loi uniq., C., *Si dos constante*, 8, 19.) —
Mais le constituant a pu s'en assurer le retour, auquel
cas elle est dite réceptice et échappe au mari et aux
enfants. (Ulp., *Reg.*, tit. 6, § 5.)

50. — Cette stipulation de retour s'entend restrictivement : si elle a été faite en vue du cas de dissolution du mariage par le divorce, elle n'aura pas d'effet au cas où le mariage finira d'une autre manière. C'est ce que dit expressément la loi 22, pr., D., *Sol. mat.*

51. — La loi 56 du même titre relative à une convention de ce genre, est un peu obscure ; en voici la teneur :

• Si quis sic stipuletur a marito, si quo casu Titia
• tibi nupta esse desierit, dotem dabis? Hac generali
• commemoratione, et ab hostibus capta ea commit-
• tetur stipulatio: vel etiam si deportata fuerit, vel
• ancilla effecta: hac enim conceptione, omnes hi
• casus continentur. Plane quantum veniat in stipu-
• latione? Utrum quasi mortua sit an quasi divor-
• tium fecerit? Humanius quis id competere dixerit,
• quod propter mortem convenit. »

Pour comprendre la seconde partie de cette loi, depuis *plane quantum....*, il faut supposer que les parties, en faisant la stipulation générale de retour pour tous les cas de dissolution du mariage, ont réglé en même temps à quelles conditions précises ce retour aurait lieu aux cas particuliers de divorce et de mort de la femme, et que les conditions sont moins dures pour le mari au cas de mort de la femme qu'au cas de divorce. Mais les parties ne se sont pas expliquées spécialement sur les autres causes de dissolution : suppléant à ce silence, la loi 56 décide, par une interprétation bienveillante de la volonté présumée des parties, que, dans les hypothèses non prévues, le mari sera traité comme si le mariage s'était dissous par la mort de la femme.

52. — Rappelons à ce propos que, dans le dernier état du droit, le mariage survit à la captivité (*supra*, n° 35) et à l'esclavage de la peine (Nov. 22, cap. 7 et 8). Quant à la déportation, elle ne dissout plus de plein droit le mariage (Loi 1, C., *De repudiis*, 5, 17. — Loi 5, § 1, D., *De bonis damn.*, 48, 20).

53. — Il est un cas où, même en l'absence de toute stipulation créant un droit de retour au profit du constituant, le mari ne gagnera pas la dot adventice : c'est celui où il aura tué sa femme. L'action de la dot est alors donnée aux héritiers de celle-ci. Il serait injuste et odieux en effet que le mari trouvât dans son crime la source d'un bénéfice. De même à l'inverse, la femme qui donnera la mort à son mari perdra sa dot (Loi 10, § 1, D., *Sol. mat.*).

54. — Si le mari rend la dot réceptice à la femme au mépris de la stipulation de retour faite par le constituant, celui-ci pourra néanmoins actionner le mari en restitution (Loi 20, § 1, D., *Sol. mat.*).

55. — Sous Justinien, la dot profectice ne reste plus au mari quand la femme meurt *in matrimonio*, que le constituant ne lui survit pas et qu'il y a des héritiers de la femme mais pas d'enfants du mariage : en ce cas, la dot n'est plus réellement profectice, et le droit de la réclamer passe aux héritiers de la femme (§ 6 de la loi unique, C., *De rei ux. act.*, 5, 13). Il en sera ainsi, dans les mêmes circonstances, de la dot adventice dès l'origine et non réceptice : l'action en réclamation de cette dot passera également aux héritiers de la femme, car le § 6 de la loi que nous venons de citer ne fait aucune distinction de dot

adventice ou profectice. Nous avons déjà émis ces principes sous les n^{os} 40 et 41 ci-dessus. Nous avons dit que la Novelle 98, chap. 1, n'abolit pas le § 6 de la loi uniq., C., *De rei ux. act.*; que, d'ailleurs, elle confirme pour les enfants du mariage le privilège en vertu duquel ils obtiennent, même en présence d'héritiers de la femme, la nue propriété de la dot, l'usufruit étant alors laissé au mari. Comp., § 3 de la loi 8, D., *De bonis quæ liberis*, 6, 61.

§ 2. — Cas où le mariage finit par le divorce ou par la mort du mari.

56. — Ici le mari est obligé de rendre la dot à la femme, parce que celle-ci peut contracter un nouveau mariage (M. Pellat, p. 15).

Il n'y a pas à distinguer si la dot est profectice ou adventice (Doneau, 3, 1066; Ulp., *Reg.*, 6, § 6,); ni si c'est la femme ou tout autre qui a fait la constitution (M. Demangeat, p. 345).

Mais des règles différentes doivent être suivies selon que la femme est *sui juris* ou fille de famille.

FEMME SUI JURIS.

57. — C'est à elle que l'action de dot sera donnée (Ulp., *Reg.*, tit. 6, § 6) :

« Soluta matrimonio, solvi mulieri dos debet : nec
» cogitur maritus alii eam ab initio stipulanti pro-
» mittere : nisi hoc ei nihil nocet ; nam si incommo-
» dum aliquod maritus suspectum habet, non debere
» eum cogi alii quam uxori promittere, dicendum

« est : hæc si sui juris mulier est. » (Loi 2, pr., D., *Sol. mat.*)

Muhlenbruch (*Doctrina Pandectarum*, p. 483) entend les mots *ab initio* comme se rapportant à une stipulation faite *ante nuptias*. Il en conclut qu'il s'agit d'une dot profectice; car relativement à la dot adventice, l'*extraneus* qui est bien libre de ne pas doter la femme, peut le faire à telles conditions qu'il lui plaira : tandis que le père obligé de doter, ne saurait le faire à des conditions trop dures pour le mari.

Sans contester précisément cette dernière assertion de Muhlenbruch, nous lui opposerons la première phrase de la loi 7, D., *De pactis dot.*, 23, 4, rapportée ci-dessus, au n° 46, et notamment ce passage : *quamquam initio dotis dandæ*, etc. Au surplus, il ne s'agit pas, dans l'espèce, de conditions trop dures imposées au mari, mais d'un *incommodum aliquod*, que la stipulation lui occasionnerait.

Pothier (Titre *Sol. mat.*, n° 6) paraphrase ainsi notre loi 2 :

« Nec cogitur maritus qui ad restitutionem dotis dilationem habet, eam ab initio temporis divortii promittere alii quam mulieri, » à moins qu'une promesse de ce genre ne lui nuise en rien. Mais il sera fondé à refuser de s'engager envers un tiers délégué par sa femme, quand ce tiers sera querelleur, ou que certaines exceptions ne pourront lui être opposées, qui auraient pu l'être à la femme.

Duaren n'a pas, sur ce point, de doctrine bien arrêtée. Il commence par dire qu'il est conforme au droit naturel qu'un homme fasse ce qui ne lui nuit pas et en

même temps profite à autrui. Puis il ajoute que ce qui est honnête n'est pas toujours sanctionné juridiquement. (Sur la loi 2, prin.)

58. — L'opinion de Pothier est celle qui paraît serrer le texte de plus près. Les mots *ab initio* sont assez vagues; mais l'ensemble de la phrase se rapporte au temps de la dissolution du mariage: *Soluta matrimonio,.... debet,.... cogitur,.... hæc si sui juris mulieris est.* Notez surtout ces derniers mots: *hæc* embrasse tout le *principium*: or la distinction entre la femme *sui juris* et la femme *filiafamilias* se rapporte spécialement, dans notre matière, à une époque où le mariage est dissous.

L'explication de Pothier se combine très-bien avec le caractère d'*arbitraire* que nous avons reconnu à l'action *rei uxoriæ*. Le juge ayant le droit d'adresser un *jussus* au mari, pourra lui imposer un engagement qui ne rendra pas sa condition pire.

59. — En thèse générale, l'action en répétition de la dot appartient à la femme, sans qu'il y ait à considérer qui a fait l'apport. Si, par exemple, c'est la femme elle-même qui l'a fait et qu'elle se soit constitué de bonne foi ou non la chose d'autrui, elle n'en aura pas moins le droit d'exercer contre le mari l'action *rei uxoriæ*. C'est qu'elle n'invoquera pas alors un droit de propriété, mais l'obligation du mari qui a reçu, de restituer. Cependant la réclamation de la femme ne sera pas admise si le vrai propriétaire de la chose la revendique au même instant contre le mari. (Loi 11, D., *Sol. mat.* — Loi 31, § 1, D., *Depositi*, 16, 3. — Duaren, sur la loi 11, *Sol. mat.*)

M. Demangeat décide même (p. 323) que la loi Julia

s'applique au fonds constitué en dot par une personne qui n'en était pas propriétaire.

60. — Supposons que le mari poursuivi *de dote* par la femme, lui fasse accepter un *expromissor* et qu'une novation s'ensuive. Rien de mieux, si tout se passe régulièrement, loyalement. Mais le mari peut abuser de la confiance de sa femme et se substituer un *expromissor* insolvable ? La loi 22, § 2, *Sol. mat.*, décide qu'en pareil cas, la femme aura encore le droit d'exercer contre le mari l'action *rei uxoriæ* : *Actio dotis ei remanebit*, dit le texte. Le prêteur restituait donc la femme *in integrum*, car, régulièrement, la novation aurait dû être maintenue, sauf à donner à la femme contre le mari une action *in factum*. (Loi 1, § 1, D., *Ex quibus causis*, 4, 6.)

Duaren (sur la loi 22, § 2, *Sol. mat.*) propose d'étendre la solution au cas où la femme acceptera l'*expromissor* involvable par suite d'une erreur invincible et sans qu'il y ait fraude de la part du mari : cette extension rentre dans l'esprit du législateur.

61. — La circonstance que la femme s'est remariée, ne l'empêche en aucune façon d'exercer l'action *rei uxoriæ* contre son précédent mari. La loi 30, pr., *Sol. mat.*, avait à peine besoin de le dire. D'après Duaren (sur cette loi 30), on aurait pu refuser à la femme remariée l'exercice de l'action, attendu que le but de la dot, à savoir le mariage, est alors réalisé (Loi 1, D., *Sol. mat.*). Mais il est facile de répondre que le second mariage ne se serait peut-être pas accompli sans l'espoir du recouvrement de la dot livrée au premier mari. Puis ce second mariage ne peut-il pas se dissoudre et la femme se trouver en mesure de

convoler à d'autres noces ? *Dotis causa perpetua est.*

62. — L'affranchie avait vis-à-vis de son patron une situation exceptionnelle. D'abord, elle était obligée de l'accepter pour époux, si c'était avec la pensée d'en faire sa femme qu'il lui avait donné la liberté : en ce cas, elle ne pouvait se marier qu'avec lui, à moins qu'il ne renonçât à son droit. (Lois 28, 29, 31, D., *De ritu nuptiarum*, 23, 2.) En outre, l'affranchie mariée avec son patron n'était pas ordinairement admise à divorcer malgré lui (Loi 10, D., *De divortiiis*, 24, 2); mais si le patron consentait au divorce, il subissait les conséquences de sa détermination, et l'affranchie était en droit de lui réclamer par l'action *rei uxoriæ* la dot qu'elle lui avait apportée (Loi 35, D., *Sol. mat.*).

63. — Le mari qui a reçu une dot meurt après avoir institué héritier son beau-père. La femme, fille de famille, demandera vainement à intenter contre son père l'action *rei uxoriæ*; car « *lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus : nisi ex castrensi peculio.* » (Loi 4, D., *De judiciis*, 3, 1.)

Toutefois, si elle vient à être émancipée, l'exercice de son droit ne saurait plus lui être refusé (Ulpien, *Reg.*, 6, § 6). De même, après la mort de son père, elle attaquera légitimement l'héritier qu'il se sera donné. Il est vrai qu'une certaine confusion s'est opérée sur la tête du père à la fois créancier et débiteur de la dot : créancier, du chef de la fille; débiteur, comme héritier du mari. Mais, dit Cujas (*ad libr. V, Quæstion. Pauli*, sur la loi 44, D., *Sol. mat.*), *ex sola patris persona confusio fit*. Le père ne peut de sa seule autorité

diminuer les droits de sa fille *in potestate* sur la dot, car il n'a pas la pleine disposition de ces droits (Loi 7, D., *De pactis dot.*, 23, 4). Toutefois si la fille avait donné son consentement à l'addition faite par le père de la succession du mari, la confusion signalée aurait eu un plein effet et l'action de dot se serait éteinte. (Loi 44, pr., D., *Sol. mat.*, — V. *infra*, 76 et s.).

64. — La loi 45, D., *Sol. mat.*, est intéressante, en ce qu'elle déroge à une règle fondamentale du droit romain.

Gaius Seius, *avus maternus*, constitue une dot à sa petite-fille Seia. Au même instant, intervient dans l'acte dotal une convention confirmée par une stipulation, aux termes de laquelle si les époux divorcent, et qu'aucune faute ne puisse être reprochée à la femme, le mari restituera la dot à celle-ci, ou bien à Seius. Le mariage s'accomplit; Seius meurt; puis les époux divorcent sans qu'il y ait faute de la femme. À qui appartiendra l'action en réclamation de la dot, *ex stipulatu*? Rigoureusement la stipulation ne peut être invoquée que par l'héritier de Seius; car ce dernier en faisant une stipulation n'a pu rendre sa petite-fille créancière (Loi 38, § 17, D., *De verb. oblig.*, 45, 1); Seia n'a pas plus le droit d'agir qu'un *adjectus solutionis causa* (Loi 50, § 2, D., *ibid.*). Néanmoins, par une interprétation bienveillante des intentions des parties et par faveur pour la dot, l'action sera accordée à Seia, mais *utile* seulement.

65. — Un mari qui avait promis à sa femme, sur stipulation, la restitution de la dot, meurt après lui

avoir fait un legs soumis à la condition de ne pas réclamer la dot aux héritiers par lui institués. La femme a l'option entre sa dot et le legs : telle paraît être la volonté du testateur. Elle se décide pour le legs ; puis il se trouve qu'elle ne peut *capere legatum*. Paul, dans la loi 46, D., *Sol. mat.*, pense que l'action *rei uxoriæ* devra lui être accordée contre les héritiers du mari. Cette décision est parfaitement conforme à l'intention présumée du mari. Il est clair aussi que la femme n'a choisi le legs que sous la condition de son efficacité.

Les mots *capere legatum* rappellent mal à propos les lois caducaires (Julia et Papia Poppæa) : car ces lois ne mettent aucune entrave au legs de la dot par le mari à la femme : elles autorisent donc, jusqu'à due concurrence, tout legs du mari à la femme en remplacement de la dot. (Voir Ulpien, *Regulæ*, tit. XV ; — M. Machelard, *Accroissement*, p. 167.)

66. — Les héritiers de la femme ont, en principe, les mêmes droits qu'elle : « Si post divortium mortua muliere, heres ejus cum viro, parenteve ejus agat : eadem videntur in restituenda dote intervenire, quæ ipsa muliere agente observari solent. » (Loi 27, D., *Sol. mat.*)

Mais cette règle comporte bien des tempéraments.

Elle s'applique d'abord seulement dans les cas où le droit à la restitution de la dot s'est ouvert sur la tête de la femme.

Si la dissolution du mariage résulte de la mort de la femme, ses héritiers n'ont aucun droit à la dot,

au moins avant Justinien (V. *supra*, n° 38 et suiv.) : c'est le mari ou le père qui la gagne.

Et même, lorsque, le mariage ayant été dissous par le divorce ou par la mort du mari, l'*actio rei uxoriæ* a pris naissance en la personne de la femme, elle ne passe aux héritiers de celle-ci que lorsque déjà le mari ou ses héritiers ont été mis en demeure de restituer la dot. (Ulp., tit. 6, § 7, des *Regulæ*.) — Au surplus, Justinien a modifié encore sur ce point le droit classique. (Loi unique au Code, § 4, *De rei ux. act.*) — V. n° 192 *infra*, et les §§ 97, 95 et 112 des *Fragments du Vatican*.

67. — Cujas prétend à tort que la mise en demeure du mari est nécessaire également pour que l'action soit donnée contre les héritiers du mari. Rien ne justifie cette assertion (Cujas, *in tit. Rei ux. act.*, tome IX, p. 460; — M. Pellat, p. 14).

68. — La femme qui réclame sa dot jouit d'un *privilegium* qui est refusé à ses héritiers agissant *de dote*. (Loi unique, C., *De privilegio dotis*, 7, 74).

69. — Les héritiers de la femme doivent, subir les mêmes rétentions qu'elle. Toutefois avant Justinien, les rétentions ayant un caractère pénal n'étaient opposables qu'à la femme.

70. — Le mari pourra certainement invoquer sur la poursuite des héritiers de la femme, le bénéfice de compétence (Lois 12, 13, 18, pr., 27, 30, D., *Sol. mat.*).

71. — Voyez, sur ces différents points, M. Demangeat, pag. 320 et s., et signalons les développements que présente le savant professeur sur les droits des héri-

tiers de la femme quand le mari a indûment aliéné le fonds dotal. (Loi 13, § 3, D., *De fundo dotali*, 23, 5.)

72. — Nous avons déjà exposé les droits des héritiers de la femme au cas où le décès de celle-ci met fin au mariage (*supra*, n° 38 et s.).

73. — Terminons cette matière en citant la loi 48, D., *Sol. mat.* :

« Si dotali instrumento ita stipulatio interposita sit,
» ut *liberorum* nomine dos apud maritum resideat :
» *nepotum* quoque nomine dos retinebitur. »

FEMME FILIA FAMILIAS.

74. — Un principe important du droit romain est que la personne *alieni juris* ne peut avoir de droit pécuniaire propre.

Gaius, *Instit.*, *Comm.* 2, § 87, dit : « Qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. »

Certaines exceptions à la rigueur de cette règle ont été successivement introduites en faveur du fils et de la fille de famille : on a fini par leur reconnaître une personnalité distincte de celle de leur père, en matière d'acquisition de biens.

Dans le Code de Justinien, on voit que le fils de famille a d'abord la jouissance et l'administration du *pécule profectice*, c'est-à-dire des biens que son père lui a constitués précairement.

Puis il a l'entière propriété des *pécules castrens* et

quasi-castrens acquis à l'occasion du service militaire ou de certaines fonctions et sur lesquels il peut exercer tous les droits accordés à un père de famille propriétaire.

Enfin tous les autres biens lui provenant d'une cause quelconque, biens compris par les commentateurs sous le nom de *pécule adventice*, lui appartiennent pour la nue propriété seulement; l'usufruit en demeure réservé au père, à moins qu'il ne s'agisse, par exemple, des biens légués au fils de famille avec condition précisément que le père n'en ait pas la jouissance; quant aux actions, elles sont exercées par le père avec le consentement du fils (Loi 6, § 2, 8, § 3, C., 6, 61, *De bonis quæ liberis*).

Des règles analogues doivent être appliquées à la fille de famille, sauf certaines anomalies que nous avons à signaler en matière de dot.

78. — Voici ce que dit Ulpien :

« Divortio facto, siquidem sui juris sit mulier, ipsa
habet actionem ad dotis repetitionem. Quod si
in potestate patris sit, pater adjuncta filie personæ,
habet actionem revera; nec interest, adventitia sit dos,
an profectitia. » (Ulpien, *Reg.*, tit. 6, § 6.)

Cujas a proposé avec raison de lire dans le texte ci-dessus *rei uxoriæ* à la place de *revera*. — *Notæ ad titulum VI*, des *Frag.* d'Ulpien.

Rapp. lois 10, pr., et 59, D., *Sol. mat.*, déjà citées (n^{os} 29 et 30).

79. — On trouve dans la loi 2, § 1, D., *Sol. mat.*, des développements empruntés à Ulpien même, du principe formulé par lui dans ses *Règles*.

Si la femme est soumise à la *potestas* de son père, la dot fût-elle profective, le père ne pourra exercer l'action en restitution par lui-même ou par un *procurator* qu'avec le consentement de sa fille.

Il faudra suivre la même règle en ce qui concerne la promesse que le mari ferait de la dot sur la stipulation d'un tiers. La promesse n'éteindra l'action de dot que si elle est faite à la personne désignée à la fois par le père et par la fille. Si le mari se contente de la désignation du père, la fille ne perdra rien de son droit à la restitution et pourra l'exercer elle-même quand elle sera devenue *sui juris*. Que s'il agit sur la seule injonction de la fille, il restera exposé à l'action *integra* du père.

Dans ce dernier cas, le père est encore obligé d'agir avec le consentement de la fille, et le mari ne pourra repousser la demande en se prévalant de l'ordre donné par celle-ci. C'est que d'une part, le père devant conserver entier le droit d'agir, il est indifférent au mari que la femme soit ou non associée à l'action ; et d'autre part, l'affection paternelle exige que le père ne tienne pas compte d'une renonciation faite peut-être un peu légèrement par sa fille.

Mais si le père meurt ou émancipe sa fille avant d'avoir exercé l'action *rei uxoriæ*, le mari opposera cette fois avec succès à la fille qui l'actionnerait, le consentement donné par elle à la promesse faite au tiers.

D'ailleurs, il n'y a ici ni société ni corréalité entre le père et la fille. L'action de dot est unique et sera exercée tantôt par le père, tantôt par la fille ; mais non, en principe, par les deux indistinctement.

77. — Telle est l'explication qui nous semble de-

voir être présentée de la loi 2, § 1, *Sol., mat.* Mais elle ne va pas sans quelque difficulté.

Nous disons en effet que la fille ayant seule donné au mari l'ordre de promettre la dot à un tiers, le droit du père reste entier, mais qu'il ne peut cependant l'exercer sans le consentement de la fille.

« Item, dit Ulpien, si voluntate solius filiae promittatur, remanebit dotis actio integra patri. Sed utrum »
» ut et agat solus, an et ut adjuncta quoque filiae persona experiri possit? Et puto, nec eam actionem »
» amissam, quam adjuncta filiae persona potest habere. »

Or, on lit dans la loi 7, *De pactis*, D., 27, 4 :

« Si vero, sic pactasit filia ut noceat (patri), ipsi quandoque agenti nocebit pactum, patri vero nullo modo »
» nocebit, nisi adjuncta quoque filiae persona experiatur. »

Cette décision, qui est de Pomponius, contredit formellement celle d'Ulpien, aux termes de laquelle le père agissant *adjuncta filiae persona*, a une *actio integra*. L'antimonie est évidente, et nous ne pouvons que la constater.

78. — Mais à qui, en définitive, du père ou de la fille, est la propriété de la dot ?

Sans aucun doute, à l'origine, on reconnaissait au père un droit absolu à la dot profectice ou adventice. Il pouvait, quand il y avait lieu, la réclamer et, après l'avoir reçue, en disposer à son gré : « Qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. »

Plus tard, probablement quand on commença à se préoccuper, au point de vue de l'intérêt public, de la

conservation des dots, on défendit au père d'exercer l'action de dot sans le consentement de la fille. Mais l'action une fois exercée avec ce consentement, la puissance paternelle reprenait son empire et le père avait toujours un droit de pleine disposition sur la dot recouvrée.

Puis vint, sous Constantin, l'institution du pécule adventice, dans lequel tomba la dot dite déjà adventice : or ce pécule appartenait pour l'usufruit au père, pour la nue propriété à l'enfant, et les actions étaient exercées par le premier avec le consentement du second. V. n° 74 *sup.* .

79. — Il nous est donc impossible d'admettre l'exaetitude des explications fournies par Doneau sur la loi 2, § 1, D., *Sol. mat.* :

« Non sic communis dos patris et filiae hic intelligenda est, quasi pars ejus in patrimonio patris, pars in patrimonio filiae. Hoc enim tenendum est, dotem quamvis patris, tamen esse *proprium patrimonium filiae*, id est rem ejusmodi, quæ *etsi a patre profecta sit*, non tamen ut res cæteræ profectitiæ, adquiratur patri, *sed sit filiae in solidum*. (Loi 3, § 6, D., *De minoribus*, 4, 4. — Loi 71, D., *De evictionibus*, 21, 2.)
« Sed dicitur dos communis quæ communis est non domini, sed petendi et exigendi jure : quia scilicet petitio et actio est communis. Et tamen rursum non ita communis, ut possit uterque eam exercere prout volet; solus enim eam exercet pater ut mox dicetur : sed communis ideo quia patris petitio est, ut tamen non possit is petere nisi voluntate et consensu filiae. » (L. 2, § 1, D., *Sol. mat.*; — Doneau, 3, 1072.)

C'est aussi à tort que Cujas dit : « Proinde dos
» adventitia communis est ex jure antiquo, mulieris
» propria ex jure novo. Actio dotis adventitiæ com-
» munis est etiam jure novo. » (Sur le frag. 6, § 6,
d'Ulpien.)

80. — Les textes du Digeste, qui, sans distinction de temps ni d'espèce, présentent la dot comme le *patrimonium* ou le *quasi-patrimonium* de la femme, signifient simplement que la femme retire de la dot des avantages tout à fait particuliers au regard du père, du mari ou des tiers. (Loi 16, D., *De religiosis*, 21, 7; — Loi 4, D., *De collat.*, 37, 6; — Loi 3, § 3, D., *De minor.*, 4, 4; — Loi 71, D., *De evict.*, 21, 2; — M. Demangeat, p. 80; — M. Pellat, p. 48.)

Citons, pour terminer sur ce point, l'authentique *De æqual. dot.*, placée à la suite du § 14 de la loi unique, au Code, *De rei ux. act.* :

» Sed quamvis dos potestatis sive pactionis jure ad
» patrem redeat, non tamen licet ei, filia denuo nu-
» bente, diminuere priorem dotis mensuram..... »

Comprendrait-on une pareille défense faite au père, si la dot constituée par lui devenait la propriété de la femme, ou restait indivise entre eux ?

81. — Il résulte de ce que nous avons dit précédemment que le mari, s'il paye la dot au père agissant seul, demeure exposé à une réclamation de la femme devenue *sui juris*. Mais il aura, au cas où cette réclamation lui serait effectivement adressée, tout au moins une *condictio sine causa*, pour obtenir du père l'équivalent du gain par lui indûment réalisé.

82. — La fille qui aurait ratifié le paiement fait

irrégulièrement au père seul, élèverait en vain une réclamation contre le mari à propos de ce paiement. (Loi 34, § 6, D., *De solut.*, 46, 5.)

83. — Quand l'argent compté à la fille sans le consentement du père sera parvenu aux mains de celui-ci, enrichi d'autant, l'action de dot sera définitivement éteinte. (Loi 5, D., *Sol. mat.*)

A l'inverse, le père ayant reçu la dot sans le consentement de la fille, mais l'ayant remise, toujours à titre de dot, au nouveau mari de la fille, celle-ci n'aura rien à réclamer; son action serait repoussée par une exception de dol. (Loi 4, D., *Sol. mat.*; — Nov. 97, cap. V. — Il en sera de même si la fille, sans l'agrément de laquelle la dot a été remboursée au père, a reçu de ce dernier, comme héritière ou comme légataire, *dotis nomine*, l'équivalent de la dot. (Loi 22, § 3, D., *Sol. mat.*)

Le texte de cette loi 22, § 3, porte : « Lucroque ejus cedit, si *tantum* ab eo consecuta sit, quantum ei » *dotis nomine* debeatur a marito, qui patri solvit. » Cujas (Obs. 5, 16) propose de lire *si amplius ab eo*. Cette correction est suffisamment justifiée par la teneur de la loi 34, § 8, D., *De legat.*, 2°, 34, 2; et aussi par le sens naturel du mot *lucrum* dont se sert la loi 22, § 3, S. m.

84. — Voyons maintenant dans quel cas il y aura consentement de la fille à l'action du père.

Faut-il que la femme consente réellement, ou suffit-il qu'elle ne s'oppose pas à l'action? D'après une décision d'Antonin, la fille qui ne s'opposera pas formellement à l'action, sera censée y consentir. (Loi 2, § 2, D., *Sol. mat.*) — Même, Ulpien est d'avis que le père peut agir seul lorsque la fille est *furiosa*. (Loi 22, § 9, D., S. m.)

85. — Au cas où la fille est absente, il est nécessaire qu'elle soit informée de l'intention qu'a son père d'exercer l'action ; son silence, après un avertissement positif, sera considéré comme une adhésion. Le père qui aura négligé d'avertir ainsi sa fille, devra fournir au défendeur une caution *rem ratam filiam habituram*. (Loi 22, § 3, D., *Sol. mat.*)

86. — Il peut arriver que la fille se cache pour éviter de donner son consentement à l'exercice de l'action de dot par le père. Dans cette hypothèse, l'action doit être accordée au père, si la fille est une femme légère ou très-jeune, ou trop généreuse envers un mari indigne de bienveillance. Mais la demande du père sera rejetée si c'est un malhonnête homme qui dissiperait probablement la dot. Le prêteur enfin décidera en connaissance de cause. Et même, l'expédient de la fille qui se cache, pourra être considéré, de la part de celle-ci, comme une manière respectueuse de refuser son consentement. (Loi 22, § 6, D., *Sol. mat.*)

87. — Le plus souvent la fille n'aura aucun motif juste de s'opposer à l'exercice de l'action, et il sera passé outre malgré son silence ou sa résistance (Loi 37, D., *Sol. mat.*)

88. — C'est au moment de la *litis contestatio* que la femme doit consentir. Peu importe qu'elle ait d'abord consenti, si elle se rétracte ou si elle est émancipée avant ce moment. (Loi 22, § 8, D., *Sol. mat.*)

89. — Quelquefois la fille est autorisée à recevoir la dot sans le consentement de son père. Ainsi, nous verrons (n° 232 et 242) qu'en principe le mari ne peut restituer la dot à la femme *constante matrimonio* ;

que cependant cela lui est permis pour certaines causes (Loi 20, D., *Sol. mat.*; — Loi 73, § 1, D., *De jure dotium*), et qu'alors la dot est valablement remise à la femme agissant seule. Il en sera de même, quand la restitution aura lieu, pour des causes identiques, *solutio matrimonii*. (Loi 22, § 1, D., *Sol. mat.*)

90. — La femme peut encore réclamer et recevoir la dot, si son père est prisonnier chez l'ennemi (Loi 22, § 11, D. *Sol. mat.*); — ou si le père est présent, mais refuse d'intenter l'action, bien qu'il ne soit pas en état de donner à sa fille une nouvelle dot d'égale importance ou que la ruine du mari soit imminente (Nov. 97, cap. ultimum, § 1, *De equal. dot.*; — Doneau, t. 3, p. 1072.); — ou si encore la dot a été prise par la femme sur le pécule que lui a confié son père, pécule dont l'administration ne lui a pas été retirée (Loi 24, D., *De jure dotium*); — ou si enfin l'action de dot doit être intentée à Rome et que le séjour de cette ville soit interdit au père par une sentence de condamnation. (Loi 22, § 4, D., *Sol. mat.*; — Loi 2, § 4, D., *De his qui not.*, 3, 2.)

91. — Supposons le père *furiosus* : la dot pourra être comptée à l'agnat curateur avec le consentement de la fille, ou à la fille avec le consentement dudit agnat. La fille pourrait aussi alors recevoir la dot en promettant par caution la ratification du curateur. (Loi 22, § 10, D., *Sol. mat.*)

92. — Un père, après avoir doté sa fille, est condamné à la déportation. C'est la fille qui exercera l'action de dot. Peu importe que la condamnation soit intervenue avant ou après le divorce : pourvu que,

dans ce dernier cas, le père n'ait pas déjà, au moment de la condamnation, intenté l'action de dot du consentement de la fille; car alors l'action passerait au fisc. (Loi 42, princ., D., *Sol. mat.* — Loi 10, § 1, D., *De bonis damn.*, 48, 20.) — Les héritiers du père ne sont pas aussi bien traités que le trésor impérial; car si le père meurt *in integro statu*, après avoir, du consentement de la fille, intenté l'action de dot, la suite de l'instance, c'est-à-dire le droit à la condamnation, passera non aux héritiers, mais à la fille. (Loi 31, § 2, D., *Sol. mat.*)

93. — Un mari avait, sur l'ordre de sa femme, promis de rendre au père de celle-ci la somme par lui constituée en dot, si le mariage venait à être dissous par le divorce. Cette circonstance se réalise en effet, et le mari compte au père une partie de la dot: le père meurt ensuite. Qui pourra réclamer au mari le surplus de la dot?

Pour résoudre la question, il faut apprécier la portée de l'ordre donné par la femme au mari de promettre au père la restitution. A-t-elle entendu faire une délégation parfaite de son droit, l'aliéner entièrement? L'héritier du père pourra alors agir *ex stipulatu*. A-t-elle entendu simplement faire exercer son droit par son père constitué mandataire à cet effet? Dans ce cas, elle sera fondée à exiger du mari le reste de la dot. (Loi 66, § 2, D., *Sol. mat.*)

94. — Voici une question de preuve. Un homme prétend que la femme est soumise à sa *potestas*; la femme le nie. C'est à l'homme à fournir la preuve de son dire. D'ailleurs, il ne sera admis à exercer

l'action de dot que du consentement de la femme.
(Loi 34, D., *Sol. mat.*)

95. — Observons en terminant ce chapitre que lorsque le père se sera expressément réservé le retour de la dot profectice pour le cas de dissolution du mariage par le divorce, ce cas échéant, il aura seul le droit de la réclamer.

CHAPITRE III.

CONTRE QUI EST DONNÉE L'ACTION REI UXORIE.

96. — L'action *rei uxoriæ* est donnée contre le mari, lorsque la dot lui a été livrée à lui-même, ou qu'elle l'a été de son consentement à une personne soumise ou non à sa puissance. (Loi 22, § 12, D., *Sol. mat.*)

97. — Si le mari est fils de famille et que la dot ait été remise directement au père agissant en son propre nom, l'action sera donnée contre celui-ci *in solidum* (Loi 22, § 12, D., *Sol. mat.*; — Loi 10, C., *Sol. mat.*, § 18.) — Mais le père n'est pas, de plein droit, tenu de garantir la restitution de la dot livrée à son fils. (Duren, sur la loi 22, § 12.) — Cependant si c'est sur son ordre que la dot a été remise à son fils, il sera obligé *in solidum* à la restitution. (Loi 1, pr., D., *Quod jussu*, 15, 4.) — Il en sera encore tenu *in solidum* s'il est coupable de dol envers la femme; par exemple : s'il a entre les mains les choses dotales et ne veut pas les restituer. Le juge en ce cas le condamnera sur le serment de la femme, *quanti ea res erit*. (Cujas, *Ad lib.* 36, *Pauli ad edictum*, sur la loi 25, pr. *Sol. mat.*; — Loi 36, D., *De peculio*, 15, 1.)

98. — Quand la dot aura été reçue par le fils sans l'ordre du père, celui-ci sera seulement responsable de *peculio*, ou de *in rem verso*; le fils demeurant au contraire tenu *in solidum*. La loi 53, D., *Sol. mat.*, qui traite de ce cas, reconnaît au père comme au fils le bénéfice de

compétence, c'est-à-dire le droit d'être condamné seulement *quatenus facere potest*. Mais il y a entre la situation du père et celle du fils deux différences importantes.

Le père ne sera jamais condamné au plus que dans la mesure du pécule profectice, tandis que l'importance de la condamnation prononcée contre le fils est basée sur la valeur tant de ce pécule que des biens particuliers du condamné (le pécule *castrens*, par ex.).

En outre, pour calculer la valeur du pécule, toutes les fois qu'il s'agira du père, on déduira de la masse brute, existante lors de la condamnation, ce qui sera dû au père et aux personnes placées sous sa puissance. (Loi 9, § 2, D., *De peculio*, 15, 1.) — Cette déduction n'a pas lieu quand c'est le fils qui est poursuivi. (Loi 53, D., *Sol. mat.*)

99. — Dans le cas où la femme devra quelque chose au pécule pour impenses faites sur les biens composant la dot, pour choses détournées, etc., sa dette augmentera la valeur du pécule, et le père sera obligé de compter du tout vis-à-vis d'elle. (Loi 28, pr. D., *Sol. mat.*) — Il convient ici de faire observer que la femme obtiendra plus du père par l'action *de peculio*, si l'on comprend dans le pécule ce qu'elle doit, que si on ne l'y comprend pas. Supposons que le pécule est de 300 et que la femme doit 300. Si ces deux sommes ne s'ajoutent pas, le père dira à la femme : « Je vous dois 300, puisque le pécule n'est que de 300 ; d'autre part, vous me devez 300, compensons. » En ajoutant les deux sommes, la fille dira, au contraire, au père : « Le pécule est de 600, vous me devez donc 600. Je

vous dois il est vrai 300 ; hé bien ! faites acceptilation de 300 et donnez-moi 300. (Cujas, *Ad lib. 36 Pauli, Ad edictum*, sur la loi 25, *Sol. mat.*)

(Dans la loi 25, Godefroid propose de lire : *Quod uxori debeat*, au lieu de *Quod uxori debeatur*. Correction inutile. Pothier, n° 24, *Sol. mat.*.)

100. — Une dot a été livrée au père sous la puissance duquel se trouve le mari. Le père meurt et institue son fils héritier sous condition et pour partie. Puis le mariage, *pendente conditione institutionis*, vient à être dissous par le divorce. On ne peut pas dire, dans cette espèce, que l'action de dot ne doit pas être donnée contre le fils parce qu'il n'est tenu *de dote* ni personnellement (il n'a pas reçu la dot), ni comme héritier (cette qualité ne lui est pas encore acquise). On ne peut pas le dire, parce que dès le moment du décès du père, le mari a le droit de prélever la dot sur la masse de la succession, quoique la condition de son institution demeure en suspens, et que d'ailleurs son institution ne soit pas universelle. C'est que la dot doit aller là où sont les charges du mariage, et que le mari est grevé de ces charges depuis le décès de son père.

A l'inverse, si, au moment de ce décès, le mariage est déjà dissous, nous n'affirmerions pas absolument avec Duaren, que le mari n'ayant plus à en supporter les charges ne pourra pas exercer le prélèvement en question. Est-ce que toutes les charges du mariage finissent avec lui ? Et ne voit-on pas quelquefois le mari qui a reçu la dot, la retenir même en totalité, bien que toutes les charges du mariage soient éteintes ? (Duaren, sur la loi 31, § 3, D., *Sol. mat.*)

Mais restons dans notre hypothèse de la dissolution du mariage se réalisant après le décès du père et l'institution du fils. Celui-ci peut, aussitôt après le décès de son père, et le mariage subsistant encore, exercer le prélèvement de la dot, sous l'obligation de la restituer *in solidum* à la femme. Toutefois les cohéritiers du mari institués purement et simplement n'en continuent pas moins d'être débiteurs de la dot vis-à-vis de la femme dans la mesure de leurs parts héréditaires et de rester soumis par conséquent à l'action *rei uxoriæ* ou à l'action *ex stipulatu*. (M. Pellat, p. 260.) Aussi le mari sera-t-il obligé, en prélevant la dot, de leur fournir toute garantie contre une réclamation de la femme.

101. — Nous avons supposé jusqu'ici que le père ayant reçu toute la dot devait toute la dot. Mais il pourrait se faire que son obligation ne fût pas aussi étendue; il n'était tenu par exemple que *de peculio* ou *de in rem verso*, parce que la dot a été reçue par le mari lui-même. Celui-ci devra alors prélever seulement ce qui sera nécessaire pour éteindre l'obligation de son père.

102. — Notons aussi que le mari, si ses cohéritiers ont déjà acquitté leurs parts dans la dette paternelle, devra se contenter de retirer de l'hérédité une valeur égale à sa propre part dans cette dette.

(Loi 31, § 3, D., *Sol. mat.*; — Loi 46, D., *Familiæ erciscundæ*, 10, 2; — Loi 20, § 2, *ibid.*)

103. — Le cas où le mari a été exhérédé doit être assimilé, à notre point de vue, au cas où il a été institué sous condition : l'exhérédation n'empêchera pas le prélèvement de la dot par le mari.

• Si exheredato marito, mulier agat, magis est, ut
• ex die aditæ patris hereditatis, incipiat ei dotis
• exactio. • (Loi 24, § 1, D., *Sol. mat.*)

Cette loi renferme une nouvelle application du principe que la dot doit être là où sont les charges du mariage.

Le texte porte : • ex die aditæ patris hereditatis. • C'est qu'il n'y a d'exhérédation qu'à partir de l'adition. Mais il ne s'ensuit pas que le mari et par conséquent la femme ne puissent agir avant l'adition.

104. — Quand le mari a été institué par son père, il exerce le prélèvement de la dot par l'action *Familiæ erciscundæ*. (Loi 20, § 2, D., *Fam. ercisc.*, 10, 2.)

S'il a été exhéredé, il aura une action utile *Fam. ercisc.* Telle est l'opinion de M. Pellat (p. 259); elle est fondée sur la loi 2, § 1, D., *Fam. ercisc.*, qui donne à l'adrogé exhéredé impubère l'action *Fam. ercisc.* utile pour réclamer la quarte Antonine. — Cujas a émis d'abord un avis semblable : plus tard il a enseigné qu'une action *in factum* devait être accordée au mari *ut marito non ut heredi*, parce que, selon lui, aucun texte n'accorde l'action *Fam. ercisc.* utile à une personne exhéredée. Mais cette assertion est inexacte, ainsi que le prouve la loi 2, § 1, D., *Fam. ercisc.* Nous suivrons donc le sentiment de M. Pellat. — (Rapp. Loi 22, princ., D., *De adoptionibus*, 1, 7.)

105. — Le fisc peut se trouver tenu de l'action de dot. C'est dans le cas où les biens du mari ont été confisqués à la suite d'un jugement public. *Nulla sunt bona nisi ære alieno deducto*. Le fisc est *loco heredis*; il

devra désintéresser les créanciers du condamné, et notamment restituer à la femme sa dot. (Loi 31, pr., D., *Sol. mat.*; — Loi 9, pr., C., *De bonis prosc.*, 9, 49; — Cujas, ad lib. xviii, Dig., *Salvii Juliani*, sur la loi 31, D., *Sol. mat.*; — M. Demangeat, p. 138.)

106. — Voyez *suprà*, n° 63, un cas où la fille peut agir *de dote* contre son père. (Loi 4, D., *De judic.*, 5, 1; — Loi 44, pr., D., *Sol. mat.*)

CHAPITRE IV.

OBJET DE L'ACTION REI UXORIÆ.

§ 1. — Généralités.

107. — La chose constituée en dot a été ou non estimée. Si elle a été estimée, c'est, sauf convention contraire, le montant de l'estimation qui constitue réellement la dot, et qui sera compté à la femme ; si elle n'a pas été estimée, elle devra être restituée *in ipso corpore*, car elle est elle-même *in dote*.

Ainsi l'estimation vaut en principe vente au mari. (Loi 10, § 5 *in fine*, D., *De jure dotium*, 25, 3.) — Quand, de convention expresse, il n'en est pas ainsi, l'estimation est faite, dit-on, *taxationis causa* ; elle a pour effet, notamment, de fixer l'indemnité que le mari, si, par sa faute, la chose vient à périr, devra à la femme. (Loi 69, § 1, D., *De jure dotium*. ; — Loi 5, C., *De jure dotium*, 5, 12.)

108. — Soit une dot consistant en choses estimées. Intervient entre les époux un pacte ainsi conçu : » Dans » le cas où la dot devra être restituée par le mari, il » sera obligé de rendre les choses mêmes données en » dot ; mais on tiendra compte de l'augmentation ou de » la diminution de valeur que ces choses présenteront

• alors, et cela d'après l'appréciation d'un homme de
• bien. Si la nouvelle estimation d'une chose est in-
• férieure à l'ancienne, le mari tiendra compte à la
• femme de la différence : au cas inverse, la femme
• devra indemniser le mari. Que si une chose n'existe
• plus, le montant de l'estimation qui en a déjà été
• faite sera dû à la femme. » — On peut voir dans les
lois 50 et 66, § 3, D., *Sol. mat.*, et 18, D., *De jure
dotium*, des exemples de conventions de ce genre.

Quand pourra-t-on dire qu'une chose n'existe plus ?
Par exemple, la chose vendue sera-t-elle considérée
comme n'existant plus ? Non, dit Scævola (loi 50, D.,
Sol. mat.) ; à moins, cependant, que la femme n'ait con-
senti à la vente, auquel cas elle ne saurait la méconnaî-
tre. Ainsi les choses vendues sans le consentement de
la femme devront être restituées *perinde atque si nulla
æstimatio intervenisset*, dit le jurisconsulte : ce qui
veut dire que les choses seront restituées *in ipso cor-
pore*, et que l'estimation déjà faite servira seulement
de base au décompte ordonné par le pacte.

109. — M. Pellat comprend sans doute comme
nous les lois 50 et 66, § 3, D., *Sol. mat.* ; — 18, D.,
De jure dotium. « Des esclaves, dit-il, ont été donnés
• en dot avec estimation, mais il a été convenu que
• le mari rendrait ces esclaves mêmes, s'ils exis-
• taient ; le prix d'estimation, si les esclaves avaient
• péri, même sans sa faute. » N'eût-il pas été à propos
d'ajouter que le mari ne doit pas se contenter de ren-
dre les esclaves mêmes, *mancipia*, s'ils existent, mais
qu'il doit les rendre *tantidem æstimata* ?

110. — A qui, dans notre hypothèse, appartient-

dront les accessoires des esclaves, c'est-à-dire les choses acquises à leur occasion? Au mari, sur qui la perte des esclaves retomberait (Loi 18, D., *De jure dotium*; — Loi 1, C., *Sol. mat.*) — Cependant Pothier (n° 59, tit. *Sol. mat.*) attribue au mari seulement les accessoires acquis avant la convention; parce que, dit-il, depuis la convention, la femme court le risque de la perte des esclaves. Mais, puisque le mari, en définitive, doit rendre les esclaves *tantidem aestimata*, quand ils existent, et leur *estimation*, quand ils n'existent pas, est-ce qu'après, comme avant la convention, les chances de perte ne sont pas supportées par lui?

Pothier invoque la loi 18, D., *De jure dotium*; mais cette loi le condamne formellement.

« Si mancipia in dotem aestimata accepisti, et pactum
» conventum factum est, ut tantidem aestimata divor-
» tio facto redderes, *manere* partum eorum apud te,
» Labeo ait, quia et mancipia tuo periculo fuerint. »
Il est impossible de rapporter l'expression *manere* seulement à l'époque antérieure à la convention. (Voir M. Pellat, p. 124.)

111. — Le pacte est une convention non spécialement reconnue obligatoire, c'est-à-dire non munie d'action par le droit civil romain, mais qui, au moins ordinairement, donne lieu à une exception. Quelle sera l'étendue de cette exception? C'est là une question d'interprétation de volontés.

La loi 31, § 1, D. *Sol. mat.*, contient un exemple remarquable d'appréciation de ce genre :

« Si pater, cum ducenta filiae suae nomine dotis promi-
» sisset, pactus fuerit, ne amplius quam centum a se

» peterentur, et soluto matrimonio egerit : centum, de
» quibus convenit, ne peterentur, nec intelliguntur
» dotis esse : quod si, mortuo patre, cum herede ejus
» maritum agere cœperit, ista quoque pecunia in dote
» erit. »

112. — Ainsi l'effet du pacte sera différent selon qu'on se trouvera en présence de celui qui l'a fait ou en face de son héritier.

Le beau-père actionné par le mari aura le droit de refuser de payer plus de 100, en invoquant le pacte sous forme d'exception; et si, la fille mourant *in matrimonio*, le beau-père gagne la dot, il ne pourra réclamer au mari que les 100 réellement payés. Mais supposons que le beau père, après avoir fait le pacte et avant d'avoir payé, vienne à mourir; son héritier, poursuivi par le mari en payement de la dot, ne pourra pas se prévaloir du pacte; il devra 200. Comment la convention profiterait-elle à une personne qui n'y a pas figuré et que les contractants n'avaient pas en vue?

« Pactorum quædam in rem sunt, quædam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor, ne petam; in personam, quotiens ne a persona petam, id est ne a Lucio Titio petam. Utrum autem in rem, an in personam pactum factum est, non minus ex verbis, quam ex mente convenientium æstimandum est : plerumque enim (ut et Pedius ait) persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur cum quo pactum factum est. » (Loi 7, § 8, D., *De pactis*, 2, 14.)

V. Cujas, *Ad libr. XVIII, Digest., Salvii Juliani, ad legem*, 31, D., *Sol. mat.*

113. — Une femme avait promis à son mari une certaine somme à titre de dot, et, sur son ordre, des créanciers à elle avaient stipulé du mari que, le mariage venant à se dissoudre, il leur compterait une partie de cette dot. La femme meurt avant d'avoir acquitté sa dette envers le mari, mais en instituant celui-ci héritier. La succession est onéreuse; néanmoins le mari l'accepte. Sera-t-il dès lors obligé de compter aux créanciers stipulants la partie de la dot qu'il leur a promise? Oui, dit Africain dans la loi 33, D., *Sol. mat.*; il est censé avoir reçu le paiement de la dot par compensation. Sans doute l'hérédité est onéreuse; mais le mari n'en est pas moins tenu par le fait de son acceptation envers les créanciers de la femme. — Cette opinion d'Africain est erronée.

La compensation suppose nécessairement deux personnes respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre. Où prendre, dans l'espèce, ces deux personnes? Puis, comment le mari serait-il censé avoir reçu la dot, alors que la femme ne lui a rien compté elle-même et que la succession ne renferme pas un sesterce d'actif? Le mari probablement a accepté la succession moins par esprit de spéculation que pour honorer la mémoire de la femme.

Il est, au surplus, indifférent que le mari soit, en qualité d'héritier de la femme, tenu envers les créanciers de celle-ci, même en l'absence de tout actif dans la succession. Cette conséquence d'une acceptation pure et simple, il a dû la prévoir; il l'a donc acceptée. Mais, dans l'espèce, il a bien pu ne promettre la dot aux créanciers délégataires que sous la condition qu'elle lui serait effectivement livrée.

Duaren (sur notre loi 33) semble croire que le mari pourra opposer le bénéfice d'inventaire aux créanciers agissant *ex stipulatu*. Il est évident qu'il n'y a pas lieu au bénéfice d'inventaire si le mari n'est pas poursuivi comme héritier.

Nous entendons les mots *secum pensasse* dans le sens de avoir compensé. On a proposé de leur faire signifier avoir délibéré. Cette dernière interprétation est inadmissible. Le texte porte : « quoniam adeundo » hereditatem debitoris, intelligeretur secum pensasse. » Cette allusion à la dette de la femme indique qu'il est question d'une compensation. Africain aurait-il seulement voulu dire que le mari héritier pur et simple de la femme est, comme tel, même en présence d'une succession sans actif, obligé vis-à-vis des créanciers héréditaires? La question était trop simple pour appeler l'attention du jurisconsulte.

114. — Un père a promis une dot à sa fille : celle-ci se marie et divorce sans que le père ait compté la dot ; mais il la compte au mari après le divorce qu'il n'a pas appris. Le mari détient indûment la dot. Comment lui sera-t-elle réclamée? Le père qui devait ce qu'il a payé, ne sera pas fondé à intenter la *condictio indebiti*. Mais l'action *de dote* pourra être exercée, selon les règles ordinaires, contre le mari qui a reçu la chose du père à titre de dot et en est débiteur par conséquent au même titre. (Loi 41, D., *Sol. mat.*)

Duaren corrige le texte de la loi 41 pour lui faire dire que les deux actions *ex stipulatu* et *rei uxoriæ* seront possibles : la *condictio* servirait au père quand la fille est *sui juris* et peut seule exercer l'action

de dot. Ce système est arbitraire et irrationnel, à la fois.

115. — Un père voulant doter sa fille, avait promis au mari une certaine somme; mais il avait posé à son engagement cette condition que la somme promise ne serait point exigible de son vivant. Le divorce causé par une faute du mari est venu dissoudre le mariage: puis le père donateur est mort en exhérédant sa fille. Le mari sera-t-il en droit de réclamer la dot aux héritiers de son beau-père? Paul décide que l'obligation de ce dernier a passé à ses héritiers; que d'ailleurs le mari pourra se contenter de céder son action contre eux à sa femme, mais que s'il juge à propos de l'exercer, il ne saurait être repoussé par une exception de dol fondée sur ce qu'il aurait à restituer l'objet de la condamnation; car il serait tenu de le rendre non à ses adversaires, mais à la femme. — En supposant que le père de la femme l'ait instituée pour partie, le mari ne serait admis à demander aux autres héritiers que leurs portions dans la dette paternelle; et il ne pourrait rien réclamer à la femme sous peine d'être cette fois justement repoussé par une exception de dol. (Lois 8 et 44, § 1, D., *De doli exceptione*, 44, 4; — Cujas, *Ad. lib. V, Quæst. Pauli, ad legem 44, D., Sol. mat.*)

Si le beau-père était déjà mort quand le divorce a eu lieu, l'action du mari contre les héritiers après le divorce et le décès du beau-père serait, d'après Paul, encore mieux justifiée. C'est sans doute parce que, dans ce cas, l'action du mari contre ses héritiers a pris naissance à un moment où il n'était encore tenu d'aucune restitution. (Loi 44, § 1, D., *Sol. mat.*)

116. — Une femme a stipulé de son mari la restitution d'une dot de 200 alors que la dot réellement apportée par elle n'était que de 100. Il y a eu erreur de la part du mari. La femme ne saurait équitablement réclamer que 100. Tel était l'avis de Labéon, avis approuvé par Javolenus. Le mari opposerait à la demande de 200 faite par la femme, une exception de dol. (Loi 66, § 4, D., *Sol. mat.*)

117. — Caia, épouse de Caius, divorce et reçoit de son mari seulement une partie de la dot. Elle se remarie, redevient veuve, puis épouse de nouveau Caius, et lui apporte une dot de 100 en omettant de s'expliquer au sujet du reliquat de la première dot. Labéon voulait que ce reliquat s'ajoutât à la nouvelle dot et en suivit le sort, de telle sorte que, Caius et Caia divorçant encore, Caius dût restituer à Caia le total dans les délais légaux calculés à partir de ce second divorce. Javolenus était du même sentiment. L'opinion de ces jurisconsultes, fondée sur une saine interprétation de la volonté des parties, est devenue la loi 66, § 5, D., *Sol. mat.*

118. — A la suite d'une condamnation prononcée contre la femme, les biens de celle-ci ont été confisqués *pro parte*. Elle ne sera reçue à demander à son mari, lors de la dissolution du mariage, que la partie non confisquée de la dot. Mais il peut se faire que la confiscation soit prononcée pendant l'instance même en restitution de la dot ; alors le juge ne condamnera le mari à rendre que la portion de la dot sur laquelle la confiscation ne portera pas ; que si la confiscation était totale, l'instance se trouverait éteinte, *expirabit*

judicium, dit la loi 24, § 7, D., *Sol. mat.* — Le fisc fera valoir ses droits contre le mari.

§ 2. — Fruits.

110. — Les fruits de la dot sont destinés à faire face aux charges du mariage : en sorte que le mari a droit aux fruits tant qu'il supporte ces charges. En conséquence, si le mariage ne dure pas un nombre entier d'années, le mari ne pourra garder un nombre entier de récoltes annuelles : un partage des fruits devra intervenir entre lui et ceux à qui il restituera la dot. (Loi 7, § 18, D., *Sol. mat.*)

On dit en ce sens que les fruits de la dernière année du mariage doivent être divisés entre le mari et les ayant droit à la dot, proportionnellement au temps que le mariage a duré pendant cette dernière année. Si, par exemple, le mariage a duré un an et quatre mois, le mari sera autorisé à garder toute la récolte de la première année et quatre douzièmes de la récolte de la seconde année.

« Sed pro modo temporis omnium mensium quo
» dotale prædium fuit ex mercede quo debetur por-
» tionem retinebit. » (Loi 7, § 2, D., *Sol. mat.*; —
Même loi, § 9. — V. aussi Loi 11, D., *Sol. mat.*)

Tous les fruits de la dot sont ainsi sans distinction considérés comme civils, c'est-à-dire sont censés acquis jour par jour. On sait qu'il en est autrement en matière d'usufruit. (Loi 89, § 1, D., *De usufructu*, 7, 1.)

120. — Il y a lieu à ce partage de fruits, sauf convention contraire, toutes les fois que le mari ou ses

héritiers se trouvent tenus de restituer la dot *in ipso corpore*. (Loi 31, D., *De pact. dot.*, 23, 4.)

121. — Le partage ne devra porter que sur la masse nette des fruits, sur ce qui en restera après la déduction des frais de culture et de récolte avancés tant par la femme que par le mari. Le prélèvement se fera donc au profit de l'un et de l'autre des époux. On y procédera pour la première et pour la dernière année du mariage, car la femme a pu faire des dépenses pour les récoltes pendantes sur le fonds dotal au moment de l'apport, comme le mari a pu en faire pour les récoltes pendantes sur ce fonds au moment de la restitution. Il arrivera même, si le mariage dure peu, que l'un et l'autre aient fait des avances pour la même récolte. (Loi 7, pr., D., *Sol. mat.*)

Ajoutons que le prélèvement des frais de culture et de récolte déboursés par le mari, peut être exercé sur tous les fruits d'une année considérés comme masse unique; de telle sorte que, par exemple, les frais faits pour la moisson soient pris sur la vendange. Le mari ne courra donc pas toutes les chances de chaque récolte prise à part. (Loi 8, § 1, D., *Sol. mat.*.)

122. — Comment se fait le calcul des années du mariage?

Le point de départ de la première année est au jour de la tradition du fonds dotal ou au jour du mariage : au jour de la tradition, si cette tradition a eu lieu après le mariage; au jour du mariage, si la tradition a eu lieu avant le mariage, ou au moment même du mariage.

« De divisione anni ejus quo divortium factum est
• quæritur, ex die matrimonii an ex die traditi marito

» fundi, maritus sibi computet tempus? Et utique in
» fructibus a viro retinendis neque dies dotis consti-
» tutæ neque nuptiarum observabitur : sed quo pri-
» mum dotale prædium constitutum est, id est, tradita
» possessione. » (Loi 8, D., *Sol. mat.*)

Notons que la première année du mariage peut en être aussi la dernière. Voyez l'exemple rapporté dans la loi 7, § 1, D., *Sol. mat.*, que nous expliquons plus loin, n° 120.

Tout l'intérêt de la détermination des années du mariage est dans la fixation du moment à partir duquel le mari gagne les fruits de la dot.

123. — Cujas (Ad lib. XI, Quæst. Papin., ad legem 7, D., *Sol. mat.*) fait remarquer sur la loi 8, D., *Sol. mat.*, ci-dessus transcrite, que ces mots *dotis constitutæ* se rapportent à une dot promise. Il y avait probablement dans le texte original *dotis dictæ*. La diction de dot étant tombée en désuétude et, d'autre part, la simple promesse de dot ayant été reconnue civilement obligatoire (Loi 6, C., *De dotis promissione*, 8, 11), Tribonien a dû remplacer le mot *dictæ* par le mot *constitutæ* qui avait l'avantage, vu sa généralité, de s'appliquer à toutes les hypothèses possibles. — Il est vrai que l'expression *dos constituta* appartient au vocabulaire de Tribonien; mais nous ne voyons pas bien pourquoi le texte original devait porter *dotis dictæ* plutôt que *dotis promissæ*. Au surplus, ce n'est là qu'un détail. Mais Cujas a tort d'avancer trop absolument que : « In » jure semper dos constituitur traditione rei. » Il peut y avoir dot jusqu'à un certain point, avant toute tradition de la chose dotale, puisque certains effets de la

dotalité se produisent aussitôt après la promesse de la dot, notamment en ce qui concerne l'inaliénabilité du fonds dotal. (M. Demangeat, p. 24.)

124. — Quand la tradition du fonds dotal a précédé le mariage, il a pu arriver que le mari perçût avant le mariage des fruits de ce fonds. La dot se trouve, en ce cas, augmentée d'autant, et le mari devra rendre le tout *solutum matrimonio*. (Loi 3, D., *Sol. mat.*; — Loi 7, § 4, *ibid.*)

125. — Si la femme qui a promis la dot, retarde l'exécution de sa promesse, le premier jour du mariage ne commencera pas à la mise en demeure de la débitrice, mais à la *litis contestatio*. De plus, il faut bien remarquer qu'en matière d'actions *stricti juris*, le demandeur ne peut réclamer accessoirement que les fruits provenant *ex re*; et que ni la demeure, ni la *litis contestatio* ne font courir à son profit les intérêts des sommes dues. Or la promesse de dot ne peut engendrer qu'une action *stricti juris*. (Cujas, *in libr. XI, Quæst. Papin. ad legem 7, Sol. mat.*; M. Vernet, *Obligations*, p. 27 et s.)

126. — Après avoir fixé le point de départ des années du mariage, nous avons à rechercher selon quelle règle les fruits de la dot seront appliqués à telle ou telle de ces années.

Il n'y a point de difficulté pour les fruits improprement dits, tels que les intérêts des capitaux, les loyers des maisons. Ces prestations périodiques, d'après la convention même de prêt ou de louage, se rapportent toujours à une époque déterminée. Ainsi on prête 1,000 pour un an, de tel jour à tel jour, moyennant un

intérêt de 8 p. 100. L'intérêt montant à 80 s'applique à l'année désignée et doit se répartir entre tous les jours de cette année.

Quant aux baux à ferme, leur prix étant la représentation des fruits du champ loué, doit, selon nous, suivre les règles que nous allons exposer pour les fruits proprement dits. (Loi 58, *princ.*, D., *De usu-fructu.*)

127. — « Fructuum (1) toto tempore quo curantur, » non quo percipiuntur, rationem habere debemus, » dit la loi 7, § 9, D., *Sol. mat.*

Donc, les fruits appartiennent à toute la période de temps nécessaire à leur production depuis la préparation de la terre, et son ensemencement jusqu'à la récolte. Si le mariage a duré pendant toute la période, le mari gagnera tous les fruits ; si le mariage n'a duré que pendant une partie de la période, le mari ne gagnera qu'une part proportionnelle des fruits.

127. — La période de production des fruits est ordinairement d'un an ; mais elle peut être de six mois, de deux ans, de cinq ans, etc. L'attribution des fruits au mari se fera sur les mêmes bases, dans tous les cas. Si le mariage a duré six mois, le mari pourra avoir droit à la totalité d'une récolte semestrielle, à la moitié d'une récolte annuelle, au dixième d'une récolte quinquennale, etc. (§§ 6, 7, 8 de la loi 7, *Sol. mat.*)

Dans l'hypothèse d'un domaine diversement cul-

(1) On lit *fructus* dans beaucoup d'éditions du *Corpus juris*. Mais les glossateurs avaient proposé *fructuum*. V. l'édition glosée, donnée à Lyon, en 1418, par Cardon.

tivé, il faudra appliquer séparément à chaque récolte le système légal de répartition des fruits entre les années du mariage.

Pour la clarté de nos argumentations, nous raisonnerons toujours sur un seul champ et une seule récolte annuelle.

128. — Il arrivera rarement que les années du mariage concordent avec les années agricoles. La plupart du temps, le point de départ des années du mariage se placera au cours de la période de culture afférente à une récolte; de même le mariage finira pendant la période de culture afférente à une autre récolte. En principe, le mari a droit à portion de la récolte initiale et à portion de la récolte finale. Mais ici surgit une grave difficulté.

Supposons que le mari, dès le lendemain du mariage, recueille sur le fonds dotal une récolte annuelle. Doit-il restituer à la femme la portion de fruits afférente au temps antérieur au mariage? Non, parce que le partage des fruits n'est ordonné que *soluto matrimonio*. Dans ce cas, il y aura comme une avance de la femme au mari dans le but de l'aider à supporter les charges du mariage.

A l'inverse, si la femme avait perçu, la veille du mariage, une récolte annuelle, de façon à ce que l'on dût attendre un an ou plus, une nouvelle récolte, le mari serait alors obligé, dans l'intervalle, d'avancer les sommes nécessaires pour faire face aux charges qui lui incombent.

Dans les deux cas, un règlement des droits respectifs des époux aura lieu *soluto matrimonio*.

Comment ce règlement se fera-t-il? Les §§ 1 et 2 de

la loi 7, D., *Sol. mat.*, nous le disent, mais en termes assez obscurs pour avoir fatigué, dérouté même la perspicacité des meilleurs jurisconsultes.

120. — Lisons ces paragraphes fameux.

§ 1. — « Papinianus autem, lib. XI Quæstionum,
» divortio facto fructus dividi ait, non ex die loca-
» tionis, sed habita ratione præcedentis temporis, quo
» mulier in matrimonio fuit : neque enim si vindemiæ
» tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex
» calendis novembribus primis fruendum locaverit,
» mensis januarii suprema die facto divortio, retinere
» virum et vindemiæ fructus et quartam partem
» mercedis æquum est : alioquin si coactis vindemiis,
» altera die divortium intercedat, fructus integros
» retinebit : itaque si fine mensis januarii divortium
» fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit,
» vindemiæ fructus et quarta portio mercedis instantis
» anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia
» portio viro relinquatur. »

Une femme s'est mariée aux calendes d'octobre, un peu avant les vendanges et s'est constitué en dot une vigne encore chargée de sa récolte. Le mari a perçu cette récolte, puis a loué le fonds pour un an à partir des calendes de novembre. Enfin le mariage vient à être dissous par le divorce le dernier jour de janvier, après avoir ainsi duré quatre mois. — Quels seront les droits du mari ?

130. — § 2. « E contrario quoque idem observan-
» dum est : nam si mulier, percepta vindemia, statim
» fundum viro in dotem dederit, et vir ex calendis
» martiis eundem locaverit, et calendis aprilibus pri-
» mis divortium fuerit secutum, non solum partem

» duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium quo dotale prædium fuit, ex mercede, quæ debebitur, portionem retinebit. »

Dans cette seconde hypothèse, la femme dont la dot consiste en une vigne, s'est mariée aux calendes d'octobre après les vendanges : le mari a loué le fonds aux calendes de mars, et le divorce a eu lieu aux calendes d'avril.

La solution est ici certaine : le mari prendra six douzièmes de la *merces* pour six mois de mariage.

Mais les auteurs sont divisés sur la première hypothèse.

Nous allons exposer et discuter les six principaux systèmes auxquels a donné lieu le § 1 de la loi 7.

131. — 1^{er} Système. Paul de Castro, dans ses commentaires sur le Digeste, au titre *Solutio matrimonii*, s'exprime ainsi :

» Adverte quod tota difficultas hujus legis consistit in illa quarta parte pensionis, quæ venit in contributionem; quare veniat, cum non debeatur pro fructibus præsentis anni quo solvitur matrimonium, quod incepit in calendis octobris et finitur in sequentibus calendis; sed debetur pro fructibus percipiendis in sequenti mense octobris, qui est extra annum matrimonii, et sic in anno sequenti?

Cependant Paul de Castro en vient à accorder au mari, avec le tiers de la vendange, non pas seulement le quart, mais bien le tiers de la *merces*. S'il accorde cette portion de *merces* au mari, c'est pour le récompenser de sa diligence : « Si non locasset, dit-il, nihil haberet; sed hoc statuitur hic propter diligentiam quam habuit maritus in locando. »

Cujas admet ce système et le pousse à ses dernières conséquences en autorisant le mari à garder les deux vendanges que par le jeu des saisons, il se serait trouvé percevoir la dernière année du mariage, sur la vigne dotale : adeo, dit-il, « ut si expleatur annus in matrimonio, etiamsi bis in eo vendemiam collegerit maritus, omnem eum fructum lucratum sit. » (*Ad lib. XI Quæst. Papin. ad legem 7, Sol. mat.*).

132. — 2^e Système. Alciat (*Paradoxorum*, lib. 3, cap. 1) veut que le bail soit pris pour base de la liquidation des droits du mari. Celui-ci, pour quatre mois de mariage aura droit à quatre douzièmes de la merces; seulement il retiendra sur la vendange la valeur d'un de ces douzièmes.

133. — 3^e Système. Duaren (*Commentaire sur le Digeste*, au tit. *Sol. mat.*, loi 7, page 316 et s.). Doneau (3, 1001). — La pensée des jurisconsultes Papinien et Ulpien, est que les quatre mois du mariage se rapportent à deux récoltes de nature différente et de valeur diverse. Il serait injuste de fixer la part du mari d'après une seule récolte. Ainsi la vendange valant 24 et la merces montant à 12, si le calcul des droits du mari se fait seulement sur la première somme, on lui donnera 8. Si le calcul se fait en prenant pour base seulement la seconde somme, le mari recevra 4. Mais il est plus juste de tenir compte des deux sommes et d'attribuer au mari 2 sur la première, à raison d'un mois de mariage, et 3 sur la seconde, à raison de trois mois de mariage; en tout 5. Les deux époux sont ainsi traités avec égalité.

Confundere vindemiæ fructus et quartam portionem mercedis, c'est tenir compte à la fois des deux récoltes,

pour liquider les droits du mari. C'est ajouter le douzième de la vendange au quart de la merces : le total formera la portion que le mari peut réclamer d'après la durée de mariage. — Le texte parle de *confundere fructus* et non de *confundere duodecimam partem fructuum*, parce que la difficulté était non pas de déterminer quelle portion de fruits revenait au mari, mais de savoir, avant tout, s'il avait droit à des fruits.

On peut opposer à ce système qu'il attribue au mari une masse entière, tandis que le texte semble ne lui donner que portion d'une masse : Duaren prévoit l'objection et y répond en disant :

« Quid enim refert an maritus trientem suum capere ex ea pecunia quæ confusa est, an vero eam pecuniam capere pro suo triente dicatur ? »

134. — 4^e système. Illiger, annotateur de Doneau. (Voy. œuvres de Doneau, 3, 1091.)

Confundere signifie, non pas additionner, mais compenser. Le mari doit à la femme onze douzièmes de la vendange : elle lui doit, de son côté, trois douzièmes de la merces. En conséquence, le mari retiendra, sur les onze douzièmes de la vendange qu'il doit, les trois douzièmes de la merces qui lui sont dus.

« Ut fructuum totius anni tertia portio viro relinquatur, quæ sumitur..... ex ea pecunia, scilicet vindemiarum sola quæ jam percepta, cum pensionis nomine necdum quidquam exactum fuerit. »

Confundere a aussi le sens de compenser dans la loi 26, § 4, D., *De conditione indebiti*, 12, 6.

Illiger est si content de son système qu'il s'écrie : « Ac licet mihi non ita blandiar ut applausum le-

» gentium ad meas ubique suspiciones mihi polliceri
» ausim, vix tamen mihi tempero quin hic *εὐρηξ* ex-
» clamem. Ausim equidem vel sacramento quinquege-
» nario cum quovis, mihi litem hac de re facturo,
» contendere, me veram Papiniani assecutum senten-
» tiam. »

136. — 5^e système. Proudhon. (*Traité des droits d'usufruit*, vol. 3, p. 181 et s.)

Le mari ne doit jamais prendre sur le revenu dotal qu'une part proportionnelle à la durée du mariage. Pour déterminer cette part, on ne doit jamais cumuler ensemble, pour le même temps, le produit d'une récolte avec le prix d'un bail applicable à une autre époque.

Partant de ces premières données, il n'y a qu'une manière d'entendre sainement le paragraphe 1 de la loi 7 : il faut considérer le bail dont il est fait mention comme portant même sur la vendange que le mari avait déjà recueillie, et qu'il aura remise à son fermier, soit par forme d'avance, et pour l'aider dans l'entrée en jouissance de sa ferme, soit pour donner tout de suite lieu aux échéances journalières des fermages au profit du mari lui-même.

L'alliance de cette supposition avec le système d'Alciat fait disparaître toute difficulté dans la liquidation des droits des parties ; car, du moment que la vendange déjà levée se trouve ramenée dans le bail, l'on n'a plus qu'à opérer sur le prix du fermage qui, pour cette année, est le prix de la vendange elle-même ; de manière qu'en accordant au mari un prorata équivalant aux quatre mois des échéances du bail, il aura

bien certainement tout ce qui doit lui revenir pour avoir supporté les impenses du mariage durant ces quatre mois, et il serait impossible de dire que cette somme d'échéances contient un centime de trop.

Si l'on plaçait la vendange en dehors du bail, il serait nécessaire de reconnaître que l'objet de ce bail se trouve seulement dans les récoltes futures. Il serait donc impossible d'imaginer comment le prix de ce bail pourrait, pour une partie quelconque, céder au mari à l'effet de satisfaire aux charges de la première année du mariage, pour laquelle il n'a point été fait, et à laquelle il ne peut ni appartenir ni être applicable.

156. — 6^m système. M. Giraud.

Papinien veut que l'on fasse un décompte sur une masse totale. Mais sur quelle masse ? Sur la *merces*.

En effet, Ulpien qui, dans le § 1 de la loi 7, relate l'opinion de Papinien et se l'approprie, en poursuit les conséquences dans le § 2. Or ce dernier § attribue au mari seulement une portion de la *merces*.

Les mots *ex ea pecunia* du § 1 ne se rapportent pas à une prétendue somme formée de la vendange et du quart de la *merces*. Ils sont en relation avec ces autres mots : « *mercedis instantis anni*. » C'est comme si le texte portait *ex ea mercede*. En somme, le mari recouvrera le tiers de la *merces*.

Le § 2 commence ainsi : « *Idem observandum est*. » L'identité de décision entre le § 1 et le § 2 ne peut porter que sur l'attribution au mari d'une portion du prix de ferme calculée sur toute la durée du mariage, et non pas seulement d'après le temps écoulé entre la date du bail et celle du divorce. Dans le § 1, le mari

obtient le tiers du prix de ferme pour trois mois de bail et quatre mois de mariage. Dans le § 2, il a droit, en supposant le mariage accompli aux calendes d'octobre et dissous aux calendes d'avril, à moitié de la *merces* pour un mois de bail et six mois de mariage.

Dans les deux cas, la vendange doit rester à la femme; dans les deux cas, le mari prendra une portion de la *merces* proportionnelle à la durée du mariage.

— Répondons à chacun de ces systèmes.

138. — Le premier système perd complètement de vue les principes fondamentaux de la matière.

La loi 7, 9, § D., *Sol. mat.*, dit formellement :

« *Fructuum toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem habere debemus.* »

Les fruits n'appartiennent pas seulement au temps où ils ont été recueillis, mais encore à toute la période de culture qui a préparé, qui a amené leur production. Soit un fonds planté en vigne et donnant une récolte par an : chaque vendange représentera toute la période annuelle qui s'est écoulée depuis la dernière vendange.

Paul de Castro a donc tort de dire que, dans l'hypothèse de la loi 7, § 1, la *merces* du bail se rapporte à une récolte qui est en dehors de l'année du mariage. Trois douzièmes de cette récolte appartiennent certainement à l'année du mariage commencée au 1^{er} octobre et interrompue au 31 janvier suivant.

En outre, le premier système méconnaît cette règle incontestable que le mari a droit aux fruits proportionnellement au temps qu'a duré le mariage, *pro*

modo temporis omnium mensium quo dotale prædium fuit. — Il en arrive à donner au mari jusqu'à deux récoltes annuelles pour une seule année de mariage.

Si Paul de Castro et Cujas se sont écartés de règles certaines et parfaitement logiques, en revanche ils en ont créé de vraiment singulières, d'après lesquelles le mari aurait droit à une récompense à raison de sa diligence, c'est-à-dire pour avoir simplement accompli son devoir ; ou même, en quelque sorte, à raison du jeu irrégulier des saisons !

Les éminents jurisconsultes dont nous combattons l'opinion avaient sans doute la prétention de suivre fidèlement le texte du paragraphe 1 de la loi 7. Mais ils commettaient un contre-sens en entendant ces mots : « *Ut ex ea pecunia tertia portio,* » comme s'il y avait eu : « *Ut ejus pecuniæ tertia portio.* »

138. — L'erreur d'Alciat et du second système consiste à régler les droits du mari sur la première récolte d'après valeur de la seconde. Un semblable mode de procéder ne trouve de base ni dans le texte, ni dans la raison.

Que le mari puisse retenir sur la première récolte l'équivalent en valeur de ce qui lui revient dans la seconde récolte, rien de mieux. Mais il est inadmissible qu'un douzième de la vendange valant un, lui tienne lieu d'un douzième de la vendange valant deux. — Et puis, comment ce système marchera-t-il, si le douzième de la *merces* valant deux, toute la vendange ne vaut qu'un ? Le cas sera rare, mais il est possible.

• 139. — Le calcul adopté par Duaren et par Doneau

se présente avec toutes les apparences de l'équité. Aussi a-t-il rencontré assez de faveur. Malheureusement le texte lui résiste. On lit, en effet, dans le § 1 de la loi 7 :

« *Vindemiæ fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.* »

Et non,

« *Duodecima pars vindemiæ fructuum et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ea pecunia pro tertia portione viro relinquatur.* »

On ne saurait admettre les raisons sur lesquelles Duaren, en particulier, se fonde pour interpréter ainsi, c'est-à-dire dénaturer le texte qui nous occupe.

Où prend-il que la question pour Papinien et pour Ulpien ne consiste pas à déterminer la portion revenant au mari dans la vendange, mais à savoir avant tout s'il a droit à une portion quelconque de cette vendange? Avancer une pareille assertion, c'est faire une pétition de principe : c'est supposer connu ce qui ne l'est pas. Un seul texte renferme la pensée des jurisconsultes romains ; on doit l'expliquer tel qu'il est et c'est ce que Duaren ne fait pas ; il entrevoit une solution équitable et l'impose au texte qu'il prétend commenter.

En outre, n'est-ce pas subtiliser sur le sens des mots que de faire signifier à la préposition *ex* un rapport d'égalité?

140. — Illiger s'est rapproché de la vérité tout en raisonnant mal. En définitive, il aurait perdu son *sacramentum quinquagenarium*.

Le mot *confundere*, d'abord, ne signifie pas *compenser*, mais *mettre ensemble, confondre*.

La loi 26, § 4, D., *De condictione indebiti*, 12, 6, ne l'emploie pas pour désigner un cas de compensation. Elle suppose que le débiteur de 100 a donné par erreur en paiement un fonds de 200 ; il pourra *condicere* le fonds entier en continuant à être tenu de 100 :

« Licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem ; tamen si ex falsa debiti quantitate majoris pretii res soluta est, non fit *confusio* partis rei cum pecunia. »

C'est-à-dire que la dation en paiement ne sera pas valable jusqu'à concurrence de 100 ; que, même dans cette proportion, le fonds ne jouera pas le rôle de l'argent. La raison en est que : « *Nemo invitus compellitur ad communionem*. »

N'est-il pas clair que l'expression *confundere* se rapporte ici à une dation en paiement et non à une compensation ?

D'ailleurs la compensation suppose deux dettes exigibles qui sont balancées. (§ 67, commentaire 4 de Gaius.) Or, si le mari peut être considéré comme devant à la femme onze douzièmes de la vendange, la femme n'est certainement pas débitrice, même conditionnelle, envers son mari, d'une portion quelconque des sermages. Elle n'a contracté aucun engagement à l'occasion du bail vis-à-vis de qui que ce soit : ce n'est pas à elle que la merces est due, mais au mari qui a fait le bail.

En outre, le § 66 du commentaire 4 de Gaius, dit formellement que la compensation n'a lieu que pour

des choses de même nature et qu'on ne pourrait précisément compenser, de l'argent et du vin. Or Papien est presque contemporain de Gaïus.

Enfin Hilliger comprend d'une singulière façon la phrase :

« *Vindemiæ fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.* » — Il fait rapporter les mots *ex ea pecunia* à *vindemiæ fructus*, et non à *quarta portio mercedis*. Et cependant la *merces* seule consiste en argent. Que le mot *pecunia* ait dans le texte qui nous occupe, un sens général qui s'applique à la masse composée de la vendange et du quart de la *merces*, nous le comprenons; mais que pris dans un sens particulier, il désigne plutôt la vendange que la *merces*, c'est ce qui est vraiment insoutenable. D'ailleurs, cette relation entre *pecunia* et *fructus* conduirait à l'absurde palpable. Supposons la vendange de 12 et la *merces* de 120. Le mari a droit à 1 sur la vendange et à 30 sur la *merces*; comment ôlerait-il 30 de 11 ?

141. — Que dire du système de Proudhon, si ce n'est qu'il renferme des erreurs par trop évidentes ?

Proudhon part de ce principe incontestable que
« le mari ne doit jamais emporter, sur le revenu dotal,
» qu'une part proportionnelle au temps de la durée
» du mariage. » Et tout aussitôt, il donne au mari, pour quatre mois de mariage, une portion de *merces* égale au tiers de la valeur de deux récoltes annuelles. En effet, le prix de ce bail étrange qui comprendrait une récolte annuelle *faite* et une récolte annuelle à

faire, représente bien la valeur de deux récoltes annuelles.

Nous ne savons si la pratique a jamais fourni un exemple d'un bail du genre de celui imaginé par Proudhon; ce que nous pouvons affirmer, c'est que le § 1 de la loi 7 ne contient aucune énonciation qui puisse légitimer la conception du savant auteur.

« Neque enim si vindemiæ tempore fundus in
» dotem datus sit, eumque vir ex calendis novembribus
» fruendum locaverit. »

Si le fermier bénéficiait de la récolte perçue en octobre, serait-il exact de dire que sa jouissance court du mois de novembre seulement ?

« Vindemiæ fructus et quarta portio mercedis
» instantis anni confundi debebunt. »

Cependant c'est sur toute la *merces* et non pas seulement sur sa *quarta portio* que Proudhon opère.

Enfin, il est erroné de prétendre que, du moment où le bail ne comprendrait pas la vendange, son objet ne pourrait se trouver que dans des récoltes futures inapplicables à l'année du mariage. Nous avons déjà fait justice de cette erreur, en répondant au premier système.

142. — Le sixième système a été présenté par M. Giraud. Il est fondé sur la relation qui existe entre le § 1 et le § 2 de la loi 7 : l'idée commune à ces deux paragraphes, serait que, dans tous les cas, le mari doit être désintéressé au moyen d'une portion de la *merces*. D'après nous, cette idée commune est qu'il ne faut pas considérer isolément la période de temps qui s'est écoulée entre la confection du bail et la dissolution du mariage, et attribuer toujours au mari

une portion de *merces* proportionnelle à cette période ; on doit aussi tenir compte du temps antérieur au bail ; de telle sorte qu'en définitive, les droits du mari sur la *merces* seront plus ou moins étendus selon les circonstances. Très-souvent même le mari n'aura rien à prétendre de ce chef.

Le sens donné par M. Giraud à nos paragraphes implique un résultat bizarre. Le mari, pauvre peut-être, qui a entre les mains des fruits dont la destination est précisément d'être appliqués aux charges du mariage, devra les restituer à la femme, sauf à attendre pendant plusieurs mois le remboursement des dépenses que lui a occasionnées le mariage.

La logique grammaticale est en outre méconnue par le sixième système. Dans la phrase : « *Vindemia fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur*, » le mot *pecunia*, en admettant qu'il ne désigne ni la vendange ni la masse formée par la vendange et le quart de la *merces*, doit se rapporter à *quarta portio* et non à *mercedis*.

143. — Il nous reste à donner une explication satisfaisante des §§ 1 et 2 de la loi 7, D., *Sol. mat.*

Reprenons brièvement les idées que nous avons déjà développées.

Le mari a droit aux fruits du fonds dotal proportionnellement à la durée du mariage. (§ 2 de la loi 7, D., *S. m.*)

Les années du mariage commencent au jour même du mariage ou au jour de la tradition du fonds dotal. (Loi 8, D., *S. m.*)

Les fruits appartiennent à toute la période de temps nécessaire à leur production, depuis la préparation de la terre et son ensemencement jusqu'à la récolte. (Loi 7, § 9, S. m.)

Ce qui est dit des fruits doit être étendu aux fermages.

Il arrivera rarement que les années du mariage concordent avec les années agricoles. La plupart du temps, le point de départ des années du mariage se placera au cours de la période de culture afférente à une récolte; de même, le mariage finira pendant la période de culture afférente à une autre récolte; de telle sorte que le mari aura droit à portion de la récolte initiale et à portion de la récolte finale.

Si le mari perçoit une récolte se rapportant à une période de temps déjà commencée quand le mariage a été célébré, il ne doit point restituer à la femme la portion de la récolte correspondant au temps antérieur au mariage. A l'inverse, il ne peut demander à la femme aucune avance lorsque le mariage a été célébré au milieu de la période de préparation d'une récolte prochaine. Mais, dans les deux cas, un règlement aura lieu entre les époux *soluto matrimonio*; car il faut que le mari ait une part de fruits proportionnelle à la durée du mariage, ni plus ni moins.

C'est ce règlement qui fait l'objet des §§ 1 et 2 de la loi 7, à l'interprétation desquels nous allons donner toute notre attention.

144. — Nous avons déjà vu l'hypothèse du § 1. Le mariage a été célébré au premier jour des calendes d'octobre, et la femme s'est constitué en dot une vigne chargée de ses fruits. La vendange a été faite dans

le courant d'octobre. Aux calendes de novembre, le mari a loué la vigne dotale pour un an. Enfin, le mariage a pris fin le dernier jour de janvier par suite de divorce, après avoir ainsi duré quatre mois.

Nous sommes en présence de deux récoltes annuelles successives.

Le premier mois du mariage correspond à la période de culture de la première récolte; les trois autres mois du mariage correspondent à la période de culture de la seconde récolte. Donc, un douzième de la première récolte et trois douzièmes de la seconde doivent être attribués au mari. Si la première récolte vaut 24, et la seconde 12, il reviendra 8 au mari. Si la première vaut 12, et la seconde 24, le mari aura droit à 7. Avec quelles valeurs sera-t-il rempli de ses droits? Il se payera sur la première récolte d'abord, et subsidiairement sur la seconde, en basant le décompte sur les valeurs.

Il ne dira pas : Le mariage a duré 4 mois; donc je puis retenir quatre douzièmes de la première ou quatre douzièmes de la seconde récolte. Mais il dira : J'ai droit à un douzième de la première récolte et à trois douzièmes de la seconde, c'est-à-dire à une valeur totale de 10, par exemple; donc, je puis prendre une valeur de 10 sur la première récolte, d'abord, et subsidiairement sur la seconde.

148. — Ainsi le mari se désintéressera autant que possible sur la première récolte de ce qui lui revient dans la seconde. Tel est le sens de ce passage du § 1.

• *Fructus et quarta portio mercedis instantis anni con-*
• *fundi debebunt....* • Les fruits et le quart de la

merces seront confondus, c'est-à-dire que les fruits serviront, jusqu'à due concurrence, à remplir le mari de ses droits sur la *merces*. A ce point de vue, les fruits seront l'équivalent de la *merces*, et en feront la fonction.

Le sens que nous donnons ici au mot *confundere* est celui qu'il a certainement dans la loi 26, § 4, D., *De condictione indebiti*, 12, 6; loi que nous avons déjà expliquée et qui est précisément d'Ulpien.

Pecunia dans le passage « *ut ex ea pecunia...* » se rapporte, d'après nous, à la fois à *fructus* et à *quarta portio*. Il n'est point en relation particulière avec *quarta portio*, car il est impossible évidemment de prendre dans cette *quarta portio* trois douzièmes de la *merces* et quelque chose de plus. Il ne se rapporte pas à *mercedis*, car ce n'est pas de la *merces* qu'il est question, mais de la *quarta portio mercedis*. Enfin *pecunia* ne saurait désigner *fructus*, c'est-à-dire une récolte en nature, mise en opposition avec un revenu en argent.

Il est d'ailleurs certain que *pecunia* a un sens large :

« *Pecuniæ nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli quam mobiles, et tam corpora, quam jura continentur.* » (Loi 222, D., *De verb. sig.*, 80, 16.)

146. — Notre système semble se rapprocher de celui d'Hilliger, au moins quant aux résultats. Cependant nous repoussons toute idée de compensation entre de prétendues dettes réciproques du mari et de la femme. Cette idée de compensation a conduit Hilliger à faire rapporter les mots *ex ea pecunia* uniquement à *fructus* : le mari ne peut en effet retenir par forme de compensation que la valeur qu'il a en main. Or, nous

avons vu que cette interprétation aboutit à une impossibilité.

147. — Voici les conséquences pratiques de notre système :

La vendange valant 24 et la *merces* montant à 12, le mari retiendra sur la vendange 8 et rendra 10, plus la *merces*.

La vendange valant 12 et la *merces* montant à 44, le mari retiendra toute la vendange, pendant que toute la *merces* ira à la femme.

La vendange valant 12 et la *merces* montant à 96, le mari retiendra toute la vendange et recevra 13 sur la *merces* ; la femme aura le surplus de la *merces*.

Ainsi, quoique les trois mois de bail appartiennent à l'année du mariage, le mari n'aura que bien rarement droit à une portion de la *merces*, parce que, dans le règlement de ses droits, il faut tenir compte de la récolte perçue antérieurement au bail.

148. — Il arrivera cependant quelquefois, à l'inverse, que le mari puisse prétendre à un nombre de douzièmes de la *merces* supérieur au nombre des mois du mariage auxquels le bail du fonds dotal correspondra.

Le § 2 de la loi 7 s'occupe d'un cas de ce genre : on suppose que le mariage a eu lieu aux calendes d'octobre, après les vendanges. Aux calendes de mars, le mari afferme pour un an la vigne dotale. Un mois après, aux calendes d'avril, le mariage se dissout. Le mari a droit à six douzièmes d'un revenu annuel pour six mois de mariage.

Il n'a aucune récolte en main qu'il puisse retenir

jusqu'à concurrence de ses droits. D'autre part, le bail n'a duré qu'un mois pendant le mariage. N'importe : comme le prix du bail représente une récolte dont la période de culture remonte aux calendes d'octobre, il appartient au mari pour six douzièmes. En conséquence le mari, quand il aura touché ce prix, sera autorisé à n'en restituer que moitié à la femme.

149. — Nous résumons comme suit toutes nos explication sur les §§ 1 et 2 de la loi 7, en supposant toujours un seul fonds et une seule récolte annuelle :

1° Le mariage a duré pendant toute la période de culture d'une récolte. La totalité de la récolte appartient au mari.

2° Le mariage, célébré avant la période de culture d'une récolte, est dissous pendant cette période. Le mari prendra sur la récolte future une portion correspondante à la première partie de cette période de culture, sauf à tenir compte d'abord de ce qu'il se trouverait avoir perçu en trop sur les récoltes antérieures.

Spécialement : le mariage, célébré au cours de la période de culture d'une récolte, se dissout pendant la période de culture de la récolte suivante. Le mari retiendra toute la récolte qu'il a perçue et dont seulement une portion lui revient directement. Mais il imputera l'autre portion sur ses droits dans la récolte suivante ; et, sauf le cas de balance exacte, il y aura lieu, de sa part, tantôt à une restitution, tantôt à une réclamation.

3° Le mariage, célébré au cours de la période de cette culture d'une récolte, est dissous avant la fin

période. Le mari aura droit à la portion de la récolte future correspondant à la partie de la période de culture pendant laquelle le mariage a duré.

En définitive, les §§ 1 et 2 de la loi 7 règlent moins une question de liquidation qu'une question d'imputation ou de payement.

Le *quantum* des droits du mari est déterminé, d'une part, d'après la durée du mariage; d'autre part, d'après la valeur des récoltes ou portions de récoltes correspondant au temps du mariage. — Maintenant, le mari se paye ou est payé sur les récoltes postérieures au mariage, au fur et à mesure qu'il les recueille ou qu'on les recueille.

180. — Le § 3 qui a été un peu oublié dans le débat soulevé par les §§ 1 et 2, confirme pleinement notre théorie.

Il suppose un mariage célébré aux calendes de janvier et dissous aux calendes de septembre; une récolte de blé faite dans le cours de juillet et représentée par une *merces*; enfin une récolte de vin en nature à recueillir dans le cours d'octobre.

« *Pecunia messium in computationem cum spe future vindemise veniet.* »

Ce qui est synonyme de « *pecunia messium et spes future vindemise confundi debent.* »

Le mari, qui peut prétendre à sept douzièmes de la *merces* et à huit douzièmes de la vendange, retiendra la *merces* tout entière, sept douzièmes définitivement et cinq douzièmes provisoirement à valoir sur les huit douzièmes qui lui reviennent dans la vendange; il faudra attendre cette seconde récolte pour régler exacte-

ment la situation respective des époux. Le mari aura alors, selon les cas, une restitution à faire ou une réclamation à élever.

181. — Le § 4 confirme aussi une des règles que nous avons posées; à savoir, que le mari n'a de droit que sur les fruits dont la période de culture correspond en totalité ou en partie au temps du mariage. Il ne peut rien réclamer des fruits perçus avant le mariage.

182. — Le mari qui, au moment de la dissolution du mariage, se trouvera avoir perçu plus de fruits qu'il n'a le droit d'en conserver, devra rendre l'excédant. Toutefois, d'après le § 8 de la loi 7, il sera fondé à compenser cet excédant avec ce que la femme lui devra par suite de détournements commis par elle, ou pour toute autre cause.

Mais il faut considérer cette disposition du § 8 de la loi 7 comme abrogée par le § 8 de la loi unique au Code, *De rei ux. act.*, 8, 13: « Taceat in ea retentio-
» num verbositas. »

La compensation dont il s'agit aurait en effet pour résultat d'autoriser le mari à retenir des choses dotales.

183. — L'excédant de fruits à restituer par le mari pourra être réclaté par la femme au moyen de l'action de dot, quoiqu'elle ait déjà reçu le fonds : car l'excédant de fruits fait partie de la dot. (Loi 31, § 4, D., *Sol. mat.*)

184. — Il s'est élevé des difficultés sur le point de savoir si tel produit est fruit. En général, les fruits sont les produits que le fonds est destiné à porter, à

fournir périodiquement. Les coupes régulières, les émondages habituels constituent des fruits : mais l'arbre arraché par la tempête n'est pas un fruit, évidemment ; le mari pourra bien en disposer, mais il en sera comptable envers la femme (§ 12, loi 7).

155. — Doivent être considérés comme des fruits : les produits des animaux, laines, petits, etc. (§ 9, loi 7) ; les prix de location des services des esclaves (§ 10, loi 7) ; les fermages du *prædia urbana* (§ 11, loi 7).

156. — Le trésor trouvé dans le fonds dotal appartient au mari propriétaire de ce fonds ; il ne constitue pas cependant un fruit (§ 12, loi 7) ; en conséquence, le mari devra restituer à la femme, en même temps que le fonds dotal, la part du trésor à laquelle il n'a pas droit comme inventeur.

M. Demangeat (p. 76) pense que le mari aura droit à une moitié du trésor, comme inventeur, même quand il aura fait des recherches sur le fonds dotal ; tandis qu'en règle ordinaire, le trésor doit être découvert par le pur effet du hasard. (Instit. de Just., § 59, *De divisione rerum*, liv. 2. — Loi unique, Code, *De thesauris*, 10, 15.) C'est que le mari ne commet aucune faute en faisant ces recherches.

157. — Une question difficile se présente en ce qui concerne les carrières ouvertes pendant le mariage, sur le fonds dotal : divers textes qui paraissent en contradiction s'occupent de leurs produits.

§ 13, loi 7, D., *Sol. mat.*

« Si vir in fundo mulieris dotali, dit Ulpien, lapidinas marmoreas invenerit et fundum fructuosiorum rem fecerit, marmor quod cæsum neque exporta-

- tum est, mariti est; et impensa non est ei præstanda :
- quia nec in fructu est marmor, nisi tale sit ut lapis
- ibi renascatur, quales sunt in Gallia, sunt et in Asia. »

Si l'on fait rapporter la phrase : *quia nec in*, etc., aux mots *mariti est*, on arrive à cette conclusion étrange que le mari fait les marbres siens parce qu'ils ne sont pas des fruits. Pothier et Cujas, qui admettent ce rapport, prennent le parti de corriger le texte. Le premier (n° 45, *Sol. mat.*) propose de lire : « *mariti non est.* » Mais ou le marbre est fruit ou il n'est pas fruit : au premier cas, pourquoi n'appartiendra-t-il pas au mari ? Au second cas, comment l'ouverture de la carrière augmentera-t-elle les fruits du fonds ?

D'ailleurs, il ne serait pas juste que le mari, ne gagnant pas les marbres, supportât les dépenses que nécessite leur extraction.

Cujas parlant de cette idée que les produits des carrières ne sont pas des fruits, écrit : « *Nec fundum fructuosiores fecerit.* » Mais sur quelle règle se fonde-t-il pour attribuer au mari des produits non fruits ? Nous ne saurions admettre une correction qui tient si peu compte des principes de la matière. (Cujas, *Observ.*, lib. 15, cap. 21.)

158 (bis). — On a tenté d'interpréter notre § 13 de la loi 7, en disant que le mari n'a droit aux produits des carrières que si, d'une part, ces produits ont le caractère de fruits, et si, d'autre part, le revenu du fonds se trouve, en définitive, augmenté par suite de l'ouverture et de l'exploitation de la carrière. — Cette interprétation a le tort de créer arbitrairement une règle exceptionnelle : car, en principe, les fruits du

fonds dotal, par cela seul qu'ils sont fruits, appartiennent au mari. Elle n'explique pas, en outre, quelle relation logique existe entre la phrase : *quia nec in fructu...* et le surplus du texte.

159. — M. Demangeat propose le système suivant :

« Dans tous les cas, les blocs de marbre, lorsqu'ils
» sont extraits de la carrière, appartiennent au mari,
» et il n'aura point à en rendre compte dans l'action
» *rei uxoriæ*; mais il ne peut se faire indemniser par sa
» femme des frais de mise en exploitation, qu'autant
» qu'ils ont créé une source durable de revenus, la
» carrière n'étant pas déjà épuisée au moment où le
» fonds est restitué à la femme. » (*De fundo dotali*, p. 399.)

Ce système nous paraît admissible, sauf en un point :

Nous ne pensons pas que les produits des carrières appartiennent toujours au mari. En principe, le mari ne gagne que les produits-fruits. Or les produits des carrières ne sont pas toujours des fruits.

« *Quia nec in fructu est marmor*, dit la loi 7, § 13,
» *nisi tale sit ut lapis ibi renascatur : quales sunt in*
» *Gallia, sunt et in Asia.* »

Et comment cette loi, si le mari gagnait toujours les produits des carrières, exigerait-elle pour les lui attribuer que le fonds fût devenu *fructuosior* ?

La loi 18, D., *De fundo dotali*, 23, signale comme notre loi 7, § 13, des carrières *in quibus lapis crescere possit*.

Enfin nous pouvons tirer argument *a contrario* de la loi 32, D., *De jure dotium*, 23, 3, qui porte :

« *Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem vel arborem*
» *quæ fructus non essent, sive superficiem ædificii do-*

• dotalis voluntate mulieris vendiderit ; nummi ex ea
» venditione recepti sunt dotis. »

M. Demangeat suppose, il est vrai, que cette loi parle de pierres déjà extraites de la carrière au moment où le fonds est devenu dotal, ou bien encore de pierres extraites pendant le mariage, mais qui, par convention matrimoniale, doivent être *in dote*, comme le fonds d'où elles proviennent. Cette explication nous semble être en opposition avec l'économie du texte : les pierres et les arbres étant nommés ensemble dans une catégorie à part, il est probable que la même nature juridique leur est reconnue ; or les arbres n'ont pas toujours, en dehors des circonstances auxquelles M. Demangeat fait allusion, le caractère de fruits.

160. — Nous expliquerons très-simplement le § 13 de la loi 7, *Sol. mat.*, en faisant rapporter *quia nec in fructu...* non à *mariti est*, mais à *et fundum fructuosiorum fecerit*. Le jurisconsulte a voulu expliquer pourquoi il notait cette circonstance *et fundum fructuosiorum fecerit* : c'est parce que les produits des carrières ne sont fruits qu'exceptionnellement, là où, par exemple, le marbre se renouvelle comme en Gaule ou en Asie. Ainsi il est question dans le § 13 d'un fonds devenu *fructuosior*, c'est-à-dire pourvu d'une nouvelle source de revenus par l'ouverture d'une carrière donnant des fruits : ces fruits appartiendront au mari qui devra supporter les frais de perception périodique, mais non ceux de premier établissement. Notre interprétation a le double mérite de concorder parfaitement avec les principes généraux et de respecter les textes.

Notez que la phrase *quia nec in fructu*, etc., est,

dans le *Corpus academicum*, séparée par deux points de la phrase précédente; une pareille ponctuation n'indique point une relation particulière entre ces deux phrases.

161. — On a prétendu que notre loi était en opposition avec la loi 18, D., *De fundo dotali*, ainsi conçue :

« Vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas aperuerat : divortio facto quæritur marmor, quod cæsum neque exportatum esset, cujus esset : et impensam in lapidicinas factam, mulier an vir præstare deberet? Labeo marmor viri esse ait : cæterum, viro negat quidquam præstandum esse a muliere ; quia nec necessaria ea impensa esset, et fundus deterior esset factus.

« Ego (c'est Javolenus qui parle) non tantum necessarias, sed etiam utiles impensas præstandas a muliere existimo ; nec puto fundum deterioresem esse, si tales sunt lapidicinæ, in quibus lapis crescere possit? »

Certes, il ne serait pas surprenant que les jurisconsultes romains eussent été divisés sur la difficile question de savoir si les produits des carrières sont ou non des fruits. Cependant Javolenus approuve la décision de Labéon, qui est la même, en réalité, que celle présentée par la loi 7, § 13, *Sol. mat.* ; la discussion porte sur les motifs ; il est faux, d'après Javolenus, que le mari ne puisse demander à la femme remboursement que des dépenses nécessaires ; il est faux que l'ouverture de la carrière ait dégradé le fonds, s'il s'agit d'une carrière où le marbre se renouvelle, sous-entendu : et c'est l'hypothèse, autrement le mari ne garderait pas lo

marbre. — La conjonction *si* signifie très-bien *puisque*.

162. — La même doctrine devra être suivie pour toutes les carrières, d'or, d'argent, de craie, de sable, etc. Ce qui pourra être considéré comme fruit sera acquis au mari définitivement. (Loi 7, § 14, S. m.)

163. — Remarquons avec Duaren qu'on pourra assimiler à la périodicité des produits, une possibilité d'usage pendant un long temps.

164. — Parlons maintenant des carrières déjà ouvertes au jour du mariage, sur le fonds dotal.

Les produits des carrières perçus antérieurement au moment où le fonds est devenu dotal, qu'ils soient ou non des fruits, n'appartiennent jamais au mari. (Loi 6, D., *Sol. mat.*)

Mais si la femme constitue en dot au mari un fonds sur lequel une carrière est en exploitation, elle sera censée avoir entendu que le mari jouisse à l'avenir de cette carrière comme elle le faisait elle-même : « *Ut iste fructus ad maritum pertineat* » dit la loi 8 princ. D., *Sol. mat.*)

Le mari aura également droit aux produits d'une carrière déjà en exploitation constituée à titre de dot par un tiers. Il ne faut pas considérer ici la qualité du constituant, mais son intention. Et il n'y a plus dès lors à rechercher si, d'après les règles ordinaires, les produits des carrières sont ou non des fruits.

« *In initio cum datur..... non refert an renascatur, vel non, sed si vir postea inciperet incidere, tunc distinguitur an renascatur, vel non.* » (Azo.)

165. — Les dépenses faites par le mari directement pour la perception des fruits qu'il a gagnés, restent à son compte. Ce sont des charges de fruits. On con-

sultera l'usage pour savoir à quelles dépenses il convient de reconnaître ce caractère.

Parmi les autres dépenses que le mari a pu faire sur le fonds dotal, devront lui être remboursées celles qui auront réalisé des améliorations, produit des avantages de nature à survivre à son administration. (Loi 7, § 16, D., *Sol. mat.*) Ulpien distingue, dans cet ordre d'idées, trois sortes de dépenses ainsi qualifiées : nécessaires, utiles, voluptuaires. Le mari a toujours un recours pour les premières, jamais pour les dernières, quelquefois pour les secondes. Mais nous n'avons pas à nous étendre sur ce point (Ulp., tit. 6, § 14, *Reg.*)

§ 2. — Intérêts.

166. — *Usuræ vicem fructuum obtinent.* (Loi 34, D., *De usuris*, 22, 1.)

Si donc le mari prête à intérêt l'argent de la dot, il n'aura droit à l'intérêt que *pro portione anni*.

Le père de la femme a promis une somme en dot et s'est engagé à en servir les intérêts jusqu'à parfait paiement. Si la femme meurt *in matrimonio* avant que le père ait tout payé, le mari devra rendre à celui-ci ce qu'il aura reçu de lui, avec les intérêts convenables, s'il y a lieu. Toutefois il pourra compenser ces intérêts avec ceux que le père devra de son côté à raison du reliquat non payé de la dot. Seulement il faudra, pour que cette compensation soit admise, que le père n'ait pas fourni de ses propres revenus aux dépenses du ménage : car autrement le mari qui n'a droit en principe aux revenus dotaux que pour les appliquer aux

charges du mariage, serait tenu pour complètement désintéressé par le père en ce qui concerne les intérêts de la dot promise. (Loi 42, § 2, D., *Sol. mat.*)

§ 3. — Accessoires de la dot.

167. — Le mari doit restituer les accessoires non fruits de la dot.

« Quia ipse fundus est in dote, quodcumque
• propter eum consecutus fuerit a muliere maritus,
• quandoque restituet mulieri de dote agenti. » (Loi 52, D., *De jure dotium*, 23, 3.)

L'enfant de l'esclave dotale n'étant pas un fruit de la dot, sera rendu avec sa mère à la femme. Loi 28, § 1, D., *De usuris*, 22, 1.

168. — Des difficultés se sont élevées relativement aux legs et aux hérités laissés à l'esclave dotal.

Rapprochons quelques textes qui ont trait à ce genre d'accessoires de la dot.

• Fundus dotali servo legatus, ad legem Juliani
• pertinet, quasi dotalis. » (Loi 3, D., *De fundo dotali*, 23, 5.)

• Si legato aut hereditate aliquid servo dotali ob-
• venit, quod testator noluit ad maritum pertinere,
• id soluto matrimonio reddendum est mulieri. »
(Loi 65, D., *De jure dotium*, 23, 3.)

• Si fundum dotalem recepisset mulier, non habita-
• ratione fructuum pro portione anni quo nupta non
• fuisset, nihilominus de dote agere potest : quia
• minorem dotem recepisset : hoc enim ad dotes

• augmentum pertinet : quemadmodum si partum
• ancillarum non recepisset aut legata vel hereditatēs
• quæ *post divortium* per servos dotales acquisitæ ma-
• rito fuissent. » (Loi 31, § 4, D., *Sol. mat.*, 24, 3
(Julien.)

« Si servo in dotem ante nuptias dato donatum
• aliquid vel legatum *ante nuptias* fuisset, ampliatur
• dos, sicut ex fructibus fundi qui ante nuptias tra-
• ditus est. » (Loi 47, D., *De jure dotium*, 23, 3
(Julien.)

• Aditio hereditatis non est in opera servili. Id-
• circo si servus dotalis adierit, actione de dote eam
• hereditatem mulier recuperabit; quamvis ea, quæ
• ex operis dotalium servorum adquirentur, ad vi-
• rum pertineant. » (Loi 45, pr. et § 1, *De acq. vel
omitt. hered.*, 29, 2 (Julien.)

On s'est demandé pourquoi Julien suppose dans la loi 47, *De jure dotium*, une acquisition réalisée *ante nuptias*, et dans la loi 31, § 4, *Sol. mat.*, une hérédité ou un legs recueillis *post divortium*.

169. — Cujas (*in lib. XVIII, Digest., Salvii Juliani*) explique la loi 47, en disant qu'elle a trait à un esclave donné en dot au mari avec estimation. Celui-ci gardera les acquisitions réalisées seulement *post nuptias* au moyen de l'esclave, car c'est seulement à partir du mariage que la vente contenue dans l'estimation aura effet. Mais il est impossible d'admettre que le jurisconsulte ait omis de mentionner la circonstance qui formerait la base même de son système.

Sur la loi 31, § 4, Cujas avance que, pendant le mariage, le mari acquiert les legs et hérédités laissés

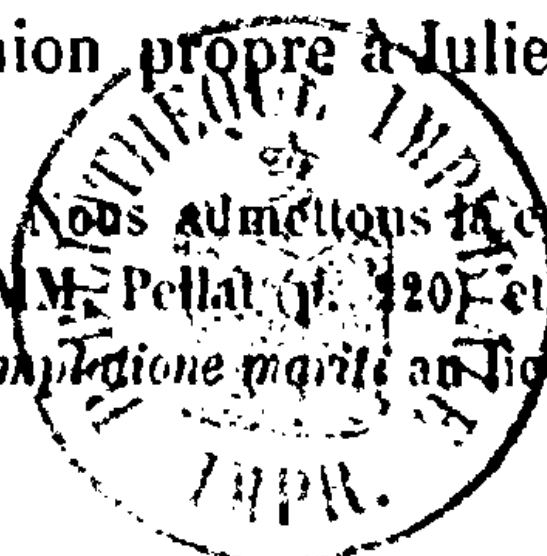
à l'esclave *contemplatione mariti* (1) et restitue les autres, mais qu'après le divorce, il restituera tout ce qui sera laissé à l'esclave sans distinction. Cette explication est arbitraire et ne cadre pas d'ailleurs avec les principes généraux. En effet, le divorce ne change pas les relations juridiques du mari et de la femme d'une façon qui justifie le système de Cujas : sans doute l'obligation du mari de restituer la dot devient certaine, encore n'est-ce, jusqu'à la mise en demeure, que vis-à-vis de la femme; mais il ne cesse pas d'être propriétaire de la dot. — On ne comprendrait pas en outre que, dans une action de bonne foi comme l'action *rei uxoriae*, la femme pût bénéficier d'un legs ou d'une hérédité contrairement à la volonté du testateur.

170. — D'après Pothier (n° 55 et 80, *Sol. mat.*), le mari doit restituer la *causa rerum dotalium*, surtout si l'acquisition a lieu soit *ante nuptias*, soit *post divortium*, mais également si elle a lieu *constante matrimonio*.

Il est remarquable que c'est précisément le cas où Pothier ne voit pas de difficulté qui en présente le plus. On aurait pu douter, en effet, de la possibilité d'une augmentation de dot, quand il n'y a pas encore ou quand il n'y a plus de dot proprement dite, parce qu'il n'y a pas encore ou qu'il n'y a plus de mariage.

171. — M. Pellat (p. 220) pense que les lois 47, *De jure dotium*, et 31, 4, *Sol. mat.*, renferment une opinion propre à Julien d'après laquelle le mari ne

(1) Nous admettons la correction du texte de Cujas proposée par M. Pellat (p. 220) et Demangeat (p. 185), et nous lisons *contemplatione mariti* au lieu de *contemplatione mulieris*.



serait pas tenu de restituer à la femme ce qu'il a acquis *per servum dotalem ex donatione, vel legato, vel institutione*. Il y aurait seulement exception pour le cas d'une disposition faite *contemplatione mulieris* et aussi pour le cas d'une acquisition réalisée *ante nuptias* ou *post nuptias*. La loi 45, § 1, *De acq. vel omitt. hered.*, qui est du même Julien, indiquerait chez lui un revirement d'opinion.

Ce système n'est-il pas conjectural ? La loi 45, § 1, *De acq.*, peut être parfaitement conciliée avec les lois 47, *De jure dotium*, et 31, § 4, *Sol. mat.* ; il suffit pour cela d'entendre simplement ces dernières, sans en tirer d'arguments *a contrario* et d'admettre que Julien a cru devoir s'expliquer sur la période antérieure et sur la période postérieure au mariage, dans le seul but de prévenir des doutes possibles.

172. — Concluons avec M. Demangeat (p. 185) que toute chose acquise par le mari à l'occasion des biens dotaux et qui ne peut pas être considérée comme fruit destiné à faire face aux charges du mariage, est réputée dotale et doit être comprise dans l'action *rei uxoris*.

173. — Quand l'esclave dotal a été institué héritier par un tiers, c'est au mari à lui donner l'ordre soit de faire adition, soit au contraire de répudier la succession. Mais le mari peut craindre d'engager sa responsabilité vis-à-vis de la femme au cas où la succession serait onéreuse. La loi 58, D., *Sol. mat.*, lui fournit un moyen simple de prévenir les réclamations de la femme. Il demandera à celle-ci, en présence de témoins, si elle veut accepter ou répudier l'hérédité. Si elle veut la

répudier, le mari se conformera à ce désir. Si elle est d'avis de l'accepter, le mari lui transférera la propriété de l'esclave sous la condition d'être réintégré dans cette propriété après l'adition. La femme devenue propriétaire de l'esclave, lui donnera l'ordre d'accepter l'hérédité; l'ordre accompli, elle rétrocédera l'esclave au mari.

Dans cette hypothèse, le legs ou l'hérédité constituent des biens paraphernaux de la femme.

Nous pensons au surplus que la responsabilité du mari serait à couvert s'il se contentait de faire faire adition par l'esclave du *consentement de la femme*. Mais il aurait alors tous les inconvénients comme tous les avantages de la qualité d'héritier. Le procédé indiqué par la loi 58 dégage au contraire entièrement sa position.

174. — Le mari jouira du pécule de l'esclave dotal comme de toute autre partie de la dot, et sous la même responsabilité : il restituera le pécule avec l'esclave, *soluta matrimonio*. Loi 67, D., *Sol. mat.*

§ 5. — Usufruit constitué en dot.

175. — L'usufruit qui se réunit à la nue propriété constituée en dot, ne forme pas une dot nouvelle, mais augmente la dot primitive. Le droit de retour du père s'étendrait donc à cet usufruit. Loi 4, D., *De jure dotium*, 23, 3.

176. — Le mari gagne tous les fruits du fonds dont l'usufruit lui a été donné en dot : il rendra seulement le droit même d'usufruit, sauf convention contraire. Loi 7, § 2, D., *De jure dotium*, 23, 3.

Il y a divers modes de restitution par le mari à la femme de l'usufruit dotal.

Examinons trois cas mentionnés dans la loi 57, D., *Sol. mat.*

176. — 1^{er} cas, Usufruit constitué en dot par un tiers propriétaire du fonds sur lequel porte l'usufruit.

Une restitution directe est en ce cas impossible, parce qu'un usufruit ne peut être valablement cédé qu'au maître de la nue propriété. Mais il y a des moyens indirects de restitution.

Ainsi le mari cédera son usufruit au tiers donateur, à la condition que celui-ci le reconstitue au profit de la femme ou lui en remette la valeur.

Ou bien le mari vendra ou louera *nummo uno* son droit à la femme.

Ou enfin il promettra, sous garantie de caution, de laisser la femme jouir de l'usufruit dotal pendant toute sa durée.

Voir loi 66, D., *De jure dotium*, 25, 5.

2^e cas. Usufruit constitué en dot par la femme propriétaire du fonds.

Cet usufruit sera restitué à la femme directement par une *in jure cessio*, si elle a conservé la nue propriété; indirectement, par un des procédés ci-dessus énumérés, si la nue propriété ne lui appartient plus.

3^e cas. La femme s'est constitué en dot l'usufruit qui lui revient sur le fonds du mari.

La restitution s'effectuera au moyen d'une *cessio in jure* créant un nouvel usufruit au profit de la femme.

177. — Mais, sur ces trois cas et sur tous autres semblables, une observation importante doit être

faite. Si l'usufruit dotal, droit essentiellement temporaire, vient à s'éteindre selon les règles de droit commun, il ne pourra plus désormais être question de le restituer; néanmoins, au cas où, avant son extinction, l'action de dot aura été intentée, et la *litis contestatio* accomplie, la femme demanderesse ou ses héritiers conserveront toujours leur droit au montant de la condamnation. (M. Pellat, sur l'art. 78, § 3, D., *De jure dotium*, p. 405 en note.)

CHAPITRE V.

RESPONSABILITÉ DU MARI.

§ 1. — Dot non estimée.

178. — M. Pellat (p. 121, 122) pense que le mari est responsable de la dot comme un associé de la chose commune, parce que la femme s'est confiée à lui comme à un associé dans un intérêt pécuniaire commun.

Or, un associé doit aux affaires de la société seulement les soins qu'il donne habituellement à ses propres affaires. Instit. de Just. liv. 3, tit. 25, § 9, *De societate*. Donc la responsabilité du mari, quant à la dot, s'appréciera *in concreto*.

Telle est la doctrine commune : mais les textes romains ne la justifient pas parfaitement.

179. — La plupart déclarent simplement le mari responsable de son dol et de sa faute. Lois 18, § 1; 25, § 1; 49, pr. et § 1; 67, *Sol. mat.*; — 72, § 1, D., *De jure dotium*; — § 101, Frag. du Vatican.

180. — D'autres paraissent plus explicites et n'arrivent qu'à obscurcir la question.

« In rebus dotalibus, » dit la loi 17, pr., D., *De jure dotium*, « virum præstare oportet tam dolum, quam » culpam : quia causa sua dotem accipit : sed etiam » diligentiam præstabit, quam in suis rebus exhibet. »

Cette expression augmentative *sed etiam* est remarquable, car la responsabilité *in concreto* est ordinairement plus douce que la responsabilité *in abstracto*. Cependant il n'est pas impossible de supposer un homme déployant, pour la conservation et l'entretien de sa chose, une diligence encore plus grande que celle habituelle à un bon administrateur. Mais est-ce bien à cette hypothèse extraordinaire que notre loi fait allusion? S'il en est ainsi, elle aurait dû, il faut en convenir, s'expliquer plus clairement.

181. -- Voici un autre texte; il parle d'un mari qui maltraite également ses propres esclaves et les esclaves dotaux :

« Quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab
» eo exigat, quam rebus suis exhibet, nec plus possit :
» attamen sævitia, quæ in propriis culpanda est, in
» alienis coercenda est, hoc est in dotalibus. » Loi 24,
§ 5, D., *Sol. mat.*

Le principe de la responsabilité *in concreto* est ici nettement posé, mais pour être aussitôt renversé, et notre embarras continue.

182. — Serons-nous plus heureux avec la loi 66, pr., D., *Sol. mat.*? « In his rebus, dit-elle, quas præter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam cum præstare oportet, Servius ait :
» ea sententia Publii Mucii est : nam is in Licinia
» Gracchi uxore statuit, quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, perissent, ait,
» quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Liciniae
» præstari oportere. »

Si la responsabilité du mari s'appréciait véritable-

ment *in concreto*, Gracchus ayant exposé son patrimoine propre et la dot aux mêmes dangers, ses héritiers n'auraient dû être tenus d'aucune restitution envers Licinia. La loi 66 est donc dans le sens de la responsabilité *in abstracto*, et d'après l'ensemble des textes, nous pensons que telle était l'opinion dominante dans la pratique.

Les glossateurs disaient :

« In dotis conservatione bonum maritum sufficit
» eandem diligentiam quam in suis rebus præstare.
» In malo ac dissoluto, non sufficit eandem diligentiam præstare. »

Notons d'ailleurs que l'assimilation des époux à des associés n'est pas rigoureusement exacte. A Rome, le mariage ne supposait pas de société pécuniaire entre les époux.

Hasse, *Die culpa*, chap. xii, p. 438 et Gluck, *Pandectes*, t. xxv, p. 34, admettent que dans le recouvrement des créances dotales le mari est tenu de la diligence la plus exacte.

183. — M. Troplong (3585 et s. *Du contrat de mariage*) fait remarquer que la décision de la loi 66 peut être attribuée à un sentiment d'inimitié de Mucius (Scævola) contre la mémoire du célèbre tribun. On ne saurait admettre cette supposition quand on voit Servius et, bien plus tard, Tribonien approuver l'opinion de Scævola. Ces derniers jurisconsultes ne devaient point partager les haines du premier.

Au surplus, M. Troplong explique l'hypothèse de la loi 66 d'une façon certainement erronée : d'après lui les héritiers de C. Gracchus auraient été condamnés à

indemniser Licinia de la perte de sa dot *confisquée* à la suite de la sédition. Cette confiscation est un fait authentique (Plutarque, *Tib. et C. Gracchus*, 49). Mais il n'en est pas question dans la loi 66, l'expression *perire* a trait à une destruction matérielle, par exemple celle qui résulte d'un incendie. La confiscation eut pour objet ce qui restait de la dot de Licinia : et elle fut sans doute motivée sur une faute personnelle à celle-ci.

184. — Le mari est tenu de son dol et de sa faute ; s'il a commis un dol, il sera condamné à restituer une somme égale à celle que lui demandera la femme sous la foi du serment (Loi 28, § 1, D., *Sol. mat.*); *quantum in litem juraverit*; mais s'il est seulement en faute, le juge le condamnera *quantum res erit*, sans demander à la femme une évaluation sous serment. (Lois 1, 2, 4, 5, 9, D., *De in litem jur.*, 12, 3. — Cujas, *ad lib.* 58 *Pauli ad edictum*, sur la loi 28, D., *Sol. mat.*)

185. — La demeure est un cas de faute. « Si post
• divortium res dotales deteriores factæ sint, et vir
• in reddenda dote moram fecerit, omnimodo detri-
• mentum ipse præstabit. » Loi 28, § 2, D., *Sol. mat.*

On entend ordinairement par demeure le retard apporté à l'accomplissement d'une obligation par celui qui en est tenu. Il y a aussi la demeure du créancier produite par l'*oblatio*. — La demeure du débiteur résulte d'une interpellation qui lui est faite en une forme quelconque, mais en présence de témoins, *ad probationem*. On doit toujours laisser au débiteur le délai que nécessite matériellement l'exécution de l'obligation. (Lois 3, 21, 24, 27, D., *De usuris*, 22, 1. — Loi 72, *pr.*, D., *De solut.*, 40, 3.)

Voyez *supra*, n° 68, en quoi consiste exceptionnellement la demeure quand il s'agit de la transmission de l'action de dot aux héritiers de la femme, et *infra*, n° 189, les conséquences de la demeure de la femme créancière de la dot.

186. — Le mari, au cas de perte de la dot arrivée sans sa faute, doit toujours céder à la femme les actions en indemnité qui peuvent lui compéter à raison de cette perte. Loi 18, § 1, *in fine*, D., *Sol. mat.*

187. — Otacilius avait promis à Mœvia *daturum se cum nuptum ire cœpisset, decem millia* et un acte avait été dressé pour constater cette promesse. Mœvia s'est mariée et a apporté en dot sa créance sur Otacilius; elle en a livré le titre à son mari chargé du recouvrement en qualité de *procurator in rem suam*. Si ce recouvrement n'est pas opéré et qu'il n'y ait aucune faute à reprocher au mari, il ne pourra être recherché ni par l'action *rei uxoriæ*, ni par l'action *mandati*. Loi 49, *pr.*, D., *Sol. mat.*

188. — Le mari qui, sans le consentement de la femme, a fait acceptilation au profit de son beau-père, de la somme que celui-ci avait promise en dot, prend à sa charge les périls et risques de cette créance, en ce sens qu'il en demeure comptable vis-à-vis de la femme, et cela quand même l'acceptilation aurait eu pour motif la pauvreté du débiteur; car celui-ci pouvait revenir à meilleure fortune. Loi 66, § 6, D., *Sol. mat.* — Mais si l'acceptilation se trouve, en définitive, ne causer aucun dommage à la femme, sans doute la responsabilité du mari sera dégagée.

Remarquons, dans un autre ordre d'idées, qu'une semblable acceptilation faite au profit d'un constituant insolvable, sera jugée quelquefois renfermer une libéralité du mari envers la femme. Loi 53, D., *De jure dotium*.

§ 2. — Dot estimée.

189. — Les choses dotales estimées sont aux risques du mari, même lorsque c'est l'usage que la femme en a fait qui les a détériorées, pourvu que cet usage soit raisonnable. Loi 51, D., *Sol. mat.*

190. — Au cas de dot estimée, c'est, en principe, l'estimation qui est *in dote*, et non la chose même. De là, la responsabilité indéfinie du mari quant à la chose : *res perit domino*.

Mais l'estimation ne vaut pas toujours vente; elle est faite quelquefois *taxationis causa* et a pour effet de déterminer à l'avance la somme que le mari devra si la perte de la chose lui est imputable.

En outre, elle rend, dit-on, le mari responsable de la *culpa levis in abstracto*, tandis qu'il n'est tenu ordinairement que de la *culpa levis in concreto*. On argumente en ce sens de la loi 52, § 3, D., *pro socio*, 17, 2.

Mais ce second effet de l'estimation *taxationis causa* est pour nous très-contestable, parce que nous regardons le mari comme tenu ordinairement de la faute *in abstracto*.

191. — Notons que le père du mari, qui a reçu la dot estimée ou non, est soumis aux diverses règles de

responsabilité qui viennent d'être exposées. Loi 72, § 1, D., *De jure dotium*.

— Comp., sur notre matière, les lois 49 et 78, § 2, D., *De jure dotium*; — 4, D., *De impensis in res dot.*, 25, 1; — M. Pellat, p. 177 et s.

CHAPITRE VI.

OBLIGATIONS DE LA FEMME.

192. — La femme a d'abord constitué le mari en demeure. Puis c'est elle qui est mise à son tour en demeure, parce qu'elle a refusé indûment ou négligé de prendre livraison de la dot. Dès lors le mari ne répond plus que du dol qu'il aurait commis, car la femme doit subir les conséquences de son refus ou de sa négligence. Il devra, d'ailleurs, rendre les fruits qu'il viendrait à recueillir, fruits qui resteraient *sine causa* entre ses mains; mais il n'est pas tenu de cultiver le fonds. V. lois 9 et 26, D., *Sol. mat.*

193. — La femme a donné en *commodat* la chose du mari : si c'est avec son consentement, elle sera considérée comme son mandataire; il existera alors entre eux un contrat de bonne foi. Dans ce cas, la chose venant à périr par la faute de la femme, celle-ci devra une juste indemnité au mari, mais elle pourra obtenir du juge de l'action *rei uxoriæ* un délai à l'effet de se libérer; tandis que si elle avait fait le *commodat* sans le consentement du mari, elle devrait être condamnée à une réparation immédiate de sa faute.

La loi 24, § 6, D., *Sol. mat.*, qui donne ces solutions, parle de compensation entre ce que la femme pourrait devoir au mari par suite du *commodat* et ce qu'elle aurait à lui réclamer d'autre part. Faisons

observer que la loi unique, C., *De rei ux. act.*, § 5, ne permet plus cette compensation en tant qu'elle aboutirait à la retenue de la dot par le mari. (Duaren sur la loi 24, § 6.)

194. — Supposons que le mari soit en faute parce qu'il n'a pas exigé au moment opportun la dot promise à la femme; de droit, il est responsable de sa négligence. Néanmoins, si la femme vient à mourir *in matrimonio*, le mari gagnera la dot et dès lors sa responsabilité s'effacera par confusion.

Il en sera de même si la femme meurt en léguant la dot précisément à celui qui l'a constituée et qui la devait. — Le débiteur et légataire de la dot ne pourra demander au mari que d'être libéré de son obligation. (Loi 30, § 1, D., *Sol. mat.*)

195. — Faut-il conclure, *a contrario*, des décisions ci-dessus que dans le cas où la femme elle-même réclamera la dot qui lui a été promise, fût-ce par son père ou par un donateur, elle sera toujours en droit d'imputer à faute au mari de n'avoir pas poursuivi le constituant?

Julien semblait être pour l'affirmative absolue. (Lois 33, D., *De jure dotium*, et 30, § 1, D., *Sol. mat.*) Ulpien distinguait : d'après lui, l'indulgence du mari envers le père ou le donateur de la femme n'était point fautive.

Mais nous pensons avec Muhlenbruck (*Cession der forderungs rechte*, § 38, p. 432; 3^e édit.) que Julien et Ulpien étaient en désaccord seulement au cas où des poursuites rigoureuses auraient été nécessaires pour obtenir paiement du socer ou du donateur. Co

qui le démontre, c'est que les lois 50, § 1, D., *Sol. mat.*, et 55, D., *De jure dotium*, font allusion à une exécution forcée; ainsi elles emploient les expressions suivantes : *exigere, urgere ad solutionem, convenire*. Probablement le mari aurait été reconnu responsable de sa négligence et par Ulpien et par Julien, s'il avait laissé échapper une occasion convenable, opportune de recouvrer la dot sur le *socer* ou le donateur.

Au cas où la femme serait débitrice elle-même de la dot soit pour l'avoir promise, soit pour avoir succédé au constituant, elle ne pourrait, sans aucun doute, reprocher au mari sa négligence à poursuivre contre elle ou contre le constituant le recouvrement de la dot. Son droit se réduira à obtenir une *acceptilatio*. (Loi 41, § 4, D., *De jure dotium*; — Loi 66, § 7, D., *Sol. mat.*)

196. Le mari a compté par erreur à la femme une somme en remboursement d'une dot qu'il n'a pas reçue effectivement, bien qu'il en ait peut-être souscrit une reconnaissance anticipée. Quoi qu'il en soit, la femme devra lui restituer ce qu'elle aura touché indûment. (Loi 52, D., *Sol. mat.*; — Titre *De dote cautâ non numerata*, C., 5, 18. — V. aussi loi 66, § 4, D., *Sol. mat.*).

197. — Quand la dot a été estimée, le mari est tenu de rembourser à la femme le montant de l'estimation et la chose lui demeure acquise avec tous ses risques. Néanmoins, il ne devra pas supporter l'éviction *ex antiqua causa*, c'est-à-dire provenant d'une cause antérieure à la constitution de dot. Car alors la dot n'a

point eu d'existence réelle et l'obligation du mari d'en rendre l'estimation manque tout à fait de base. Peu importe qui aura constitué cette dot. Ainsi la femme objecterait à tort que le constituant est son père et qu'il est mort sans l'instituer héritière. La loi 49, § 1, D., S. m., permet formellement de repousser en ce cas la réplique de la femme par une duplique de dol, attendu que la mauvaise foi du père ne doit pas enrichir la fille. Cette loi suppose donc que le père était de mauvaise foi quand il a fait la constitution, c'est-à-dire qu'au moment de la constitution de dot, il connaissait la cause d'éviction et qu'il n'en a pas prévenu le mari. Mais eût-il été de bonne foi, il ne faudrait pas encore accueillir la prétention de la femme, parce que le mari n'a promis une somme qu'à la condition d'avoir une dot, et il n'a réellement point eu de dot. (Rapp. loi 25, 1, D., *Quæ in fraudem*, 42, 8; — Loi 4, § 20, D., *De dol. mal. et met. except.*, 44, 4).

198. — Les habits achetés par des esclaves paraphernaux avec de l'argent que leur aura donné le mari à cet effet, seront restitués tels quels à ce dernier si le mariage vient à être dissous par le divorce. Il est naturel de supposer que le mari entend alors révoquer sa libéralité.

Si la femme néglige de faire la restitution de ces habits, le mari sera fondé à exiger d'elle une indemnité pécuniaire convenable. (Loi 66, § 1, D., *Sol. mal.*; — Loi uniq., § 8, C., *De rei ux. act.*, 8, 13.)

CHAPITRE VII.

BENÉFICE DE COMPÉTENCE.

100. — Une personne jouit du bénéfice de compétence quand elle ne doit être condamnée que *in id quod facere potest*.

200. — Jouissent du bénéfice de compétence :

1° Le mari poursuivi en remboursement de la dot, par l'action *rei uxoriæ* (Loi 12, D., *Sol. mat.*), — à moins qu'il n'ait commis quelque dol au préjudice du demandeur (Loi un., § 7, C., *De rei ux. act.*, §, 13);

2° Le père du mari, répondant à la même action et exempt aussi de dol (Loi 15, § 2, D., *Sol. mat.*), — Il est comme un *parens* pour la femme (Loi 16, D., *Sol. mat.*);

3° Le père de la femme actionné par le mari en paiement de la dot qu'il s'est engagé à livrer (Loi 17, pr., D., *Sol. mat.*); excepté s'il a trompé le mari en lui promettant, pour le déterminer au mariage, une somme qu'il savait ne pouvoir payer (Loi 84, D., *De jure dotium*); excepté encore si la poursuite a lieu *soluta matrimonio*, c'est-à-dire après le décès de la femme (Lois 21 et 22, D., *De re judicata*, 42, 1);

4° La femme débitrice de la dot envers le mari (Loi 17, § 1, *Sol. mat.*). « *Etsi maritus uxori nullam revertiam debeat*, » dit Duaren sur la loi 17, § 1, pré-

tant ainsi, bien gratuitement, aux Romains une injustice de l'ancienne société française.

201. — Le bénéfice ne passe pas aux héritiers des personnes auxquelles il est nommément accordé. (Lois 12 et 13, D., *Sol. mat.*)

Ainsi l'héritier du mari ne pourra invoquer le bénéfice, tandis qu'il a ordinairement les mêmes droits que son auteur en matière de rétentions à opposer à la femme. (Loi 18, § 1, D., *Sol. mat.*)

Par faveur cependant, les fils de la femme qui sont en même temps héritiers du père, poursuivis en restitution de la dot, doivent être condamnés seulement *in id quod facere possunt*. (Loi 18, pr., D., *S. m.*) — Que dire des petits-fils? Duaren (sur la loi 18) rappelle contre eux que les privilèges ne s'étendent pas. Nous aimons mieux leur appliquer la loi 48, D., *Sol. mat.*, transcrite *supra*, n° 73.

202. — Les héritiers de la femme, agissant *de dote* contre le mari ou son père, n'obtiendront pas contre eux une condamnation plus élevée que celle qui aurait été prononcée au profit de la femme elle-même. (Loi 27, D., *Sol. mat.*; M. Demangeat, p. 331.)

203. — Le défenseur du mari, c'est-à-dire celui qui prend fait et cause pour lui sans son agrément, sera libéré envers la femme, s'il lui restitue tout ce qu'elle aurait pu réclamer au mari. (Loi 14, p., D., *Sol. mat.*) — Une décision semblable se rencontre dans la loi 23, D., *De re judicata*, 42, 1, en ce qui concerne le *procurator* du mari. Cette loi 23 nous apprend, en outre, que le mari venant à mourir, son *defensor* ou son *procurator* seront condamnés *in solidum*. V. loi 13, D., *Sol. mat.*)

La jurisprudence romaine n'assimilait point en cette matière le fidejusseur au *defensor* ou au *procurator*. (Loi 24, pr., et 41, pr., D., *De re judicata*, 42, 1) — Et pourtant, voyez loi 9, § 3, D., *De Sen. Cons. Mac.*, 14, 6.

204. — Le mari peut se prévaloir du bénéfice de compétence contre le trésor impérial qui le poursuit en remboursement de la dot confisquée sur la femme. La faute de celle-ci ne saurait équitablement rejaillir sur son conjoint. (Loi 36, D., *Sol. mat.*; — M. Demangeat, p. 331; — Rapp., n° 118 sup.)

205. — Supposons qu'après la dissolution du mariage, le mari promette, sur stipulation, à la femme la restitution de la dot. Conservera-t-il le bénéfice de compétence? Oui certainement, car la femme n'a dû lui demander que ce dont il était tenu par l'action *rei uxoriæ*, et il n'a pas entendu s'engager au delà. Rapp., loi 32, D., *Sol. mat.* — V. n° 216, inf.

206. — Mais que dire au cas où le mari aurait fait une semblable promesse, non à la femme, mais à un tiers sur la délégation de la femme?

Les jurisconsultes romains étaient divisés sur une question analogue, celle de savoir si la personne qui, dans une pensée de libéralité envers la femme, fait une promesse au mari, jouit vis-à-vis de celui-ci du bénéfice de compétence. On peut citer, pour l'affirmative, la loi 33, D., *De jure dotium*; et pour la négative, les lois 8, § 8, *De dol. et met. except.*, 44, 4; — 21, pr. et 41, pr., D., *De re judicata*, 42, 1; — 33, § 3, D., *De donat.*, 39, 8; — 33, D., *De novat.*, 40, 28.

Une conciliation de ces textes a été tentée au moyen

d'une correction un peu hardie de la loi 33, D., *De jure dotium*. (Cujas, *Observ.* XII, 17; — Pothier, *Sol. mat.*, 70) — Mais nous préférons admettre, avec M. Pellat (p. 144), une divergence manifeste d'opinion entre Ulpien, à qui cette loi 33 est empruntée, et les autres jurisconsultes romains. Ulpien est d'avis que le mari doit partager la reconnaissance de la femme envers le donateur; et son opinion n'est pas entièrement isolée: Pomponius lui fait une certaine part dans la loi 22, pr., D., *De re judicata*, en décidant que le père de la femme, poursuivi *de dote* par le mari pendant le mariage, a droit au bénéfice de compétence (n° 200 sup.).

Spécialement, sur notre question, nous avons un texte, un seul à notre connaissance, par lequel Julien maintient au mari le droit de compétence quand la femme a délégué la dot à son nouveau mari. (Loi 32, D., *Sol. mat.*) — Est-ce à dire que les jurisconsultes romains étaient ici tous d'accord? La conclusion serait téméraire. Quoi qu'il en soit, Julien pensait, sans doute, que la femme ne pouvait céder plus de droits qu'elle n'en avait effectivement, ni s'affranchir indirectement de ses devoirs d'épouse.

207. — Il n'y a pas à distinguer quant au bénéfice de compétence, si le mari défendeur à l'action personnelle de la femme, a ou non entre les mains les choses dotales. Mais quand la femme revendique sa dot, usant de la faculté que lui accorde la loi 30, C. *De jure dotium*, §, 12, le mari sera-t-il encore fondé à lui opposer le bénéfice de compétence? Duaren soutient l'affirmative (sur la loi 12, D. *Sol. mat.*), et il nous paraît

avoir raison. La femme, quelle que soit la voie par laquelle elle réclame sa dot, doit toujours à son mari respect et affection.

208. — Le mari qui, après le divorce, a géré les affaires de la femme, demeure exposé à l'action *negotiorum gestorum*, et c'est par cette action que la femme pourra lui redemander la dot qu'il aurait dû, comme mandataire, recouvrer sur lui-même. Il ne saurait alors prétendre au bénéfice de compétence, et subira dans toute son étendue, la responsabilité nouvelle qu'il a librement acceptée. (Loi 35, D., *De negotiis gestis*, 3, 5.) — Cependant la loi 20, D., *De re judicata*, 42, 1, porte : « Non tantum dotis nomine maritus, in quantum facere possit, condemnatus : sed ex aliis quoque contractibus ab uxore judicio conventus, in quantum facere potest, condemnandus est ex divi Pii constitutione. Quod et in persona mulieris æqua lance servare, æquitatis suggerit ratio. » — Nous supposons que la loi 20 est relative seulement aux contrats intervenus entre mari et femme *constante matrimonio*. En ce sens V. Duaren, sur la loi 12, D., *Sol. mat.*

Il est certain toutefois que les Institutes de Justinien ne parlent du bénéfice de compétence accordé au mari qu'en supposant celui-ci poursuivi par la femme *de dote*. (*De action.*, § 37.)

209. — Le bénéfice de compétence est fondé sur des considérations morales, sur des idées de devoir. On ne peut convenir, même sous serment, qu'il ne sera pas opposé. (Loi 14, § 1, D., *Sol. mat.*; Loi 7, § 16, D., *De pactis*, 2, 14; Loi 6. C., *De pactis*, 2, 3.) — Duaren pense à tort que la renonciation anticipée de la femme à s'en prévaloir, serait valable. (Sur la loi 17, § 1, D., *S. m.*)

210. — Admettons que le juge condamne, par ignorance, le mari *in solidum* : la sentence ne prévaudra pas contre le droit et le mari aura une exception de dol tendant à restreindre dans de justes limites les effets de la condamnation. (Loi 17, § 2, D., *Sol. mat.*) — Cette décision suppose que le mari a réclamé le bénéfice de compétence en faisant insérer dans la formule l'exception convenable. Au cas où l'insertion n'aura pas été faite, on induira de cette renonciation, selon les circonstances, une renonciation du mari à profiter de la faveur qui lui était offerte; renonciation valable, car ce qui est défendu, c'est une convention supprimant le bénéfice de compétence. Que si l'omission de l'insertion provient simplement d'un oubli du mari, celui-ci aura encore l'exception de dol, parce que *res inter conjuges non sunt amare tractandæ*.

211. — Le mari condamné *in id quod facere potest*, doit naturellement le surplus de la dot : naturellement, car le droit des créanciers après la délivrance de la formule est éteint (*ipso jure* ou *exceptionis ope*). Donc la femme pourra opposer sa créance du surplus en compensation de ce qu'elle devra au mari : donc le mari qui aura payé ce surplus ne sera pas en droit de le répéter.

D'ailleurs le juge doit obliger celui qui invoque le bénéfice de compétence à fournir caution « quod si » *ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus » persolvit, hoc restituere procuret.* » (Loi unique, § 7, C., *De rei uxor. act.*, 8, 13; — Loi 9, D., *De condict. indeb.*, 12, 6; — M. Machelard, *Obligations naturelles*, p. 505 et 506.)

212. — Comment le juge appréciera-t-il les fa-

cultés du mari? Il doit d'abord, selon la règle ordinaire, examiner la situation de fortune du mari au moment de la condamnation. (Loi 15, *pr.*, D., *S. m.*)—Ensuite, il cherchera à concilier équitablement les intérêts de la femme et ceux du mari.—Mais il y a un point à noter: c'est que le mari est moins bien traité que le donateur qui lui aussi jouit du bénéfice de compétence. (Loi 19, § 1, *De re judicata*, 42, 1.)

En effet, on laisse au donateur la somme nécessaire pour payer le créancier et subvenir à ses besoins *non pro sua dignitate, sed pro necessitate*. Le mari au contraire peut retenir seulement un capital suffisant pour faire face, dans la même mesure, à ses besoins personnels, et encore ne le peut-il que depuis Justinien. Par suite, le secours accordé en apparence au mari, profite uniquement à ses créanciers; ils ne manqueront pas évidemment de se faire attribuer les biens qui lui auront été laissés. (Loi 173, D., *De regulis juris*, 50, 17; — Loi 54, D., *Sol. mat.* — M. Pellat, p. 147.)

213. — Dans les facultés du mari, on doit faire entrer ce qu'il a droit de réclamer à la femme pour des dépenses faites dans l'intérêt de cette dernière. Si la dépense n'est pas encore réalisée, par exemple, si le mari ne s'est engagé que sous condition et que la condition ne soit pas remplie, le montant de l'obligation ne sera pas compté à son actif. Mais la femme devra lui promettre sous caution de l'indemniser s'il se trouve ensuite contraint d'exécuter l'obligation. (Loi 28, D., *Sol. mat.*) .

214. — On portera aussi à l'actif du mari les pertes

qu'il aura subies sur la dot ou sur ses biens personnels par suite d'une mauvaise administration : avec cette observation que, quant à ses biens personnels, on tiendra compte seulement du dol qu'il aura commis en haine de la femme ; mais qu'il repondra, quant aux biens dotaux, de son dol, quel qu'en ait été le mobile, et même de sa faute. (Loi 18, § 1, D., *Sol. mat.*)

215. — La loi 43, D., *Sol. mat.*, tirée des *Questions* de Scævola, a donné lieu à quelques difficultés. En voici la teneur, d'après les Florentines :

« Si maritus in id, quod facere potest condemnatus sit, et nomina sint ad dotis quantitatem, neque amplius : neque habebit mandare actiones. »

La leçon de la Vulgate est un peu différente. Elle est ainsi conçue :

« Neque amplius habebit, mandare actiones debet » au lieu de « neque amplius : neque habebit mandare actiones. »

Les diverses explications que l'on a données de ces deux textes aboutissent en définitive aux mêmes solutions, et se résument en deux idées justes en elles-mêmes : 1° le mari a le droit de n'effectuer la restitution de la dot que sous la déduction de ce qui lui est nécessaire pour vivre ; — 2° si obligé à une restitution, il se trouve n'avoir que des créances, il se contentera de céder, jusqu'à due concurrence, ses actions à la femme. — Nous ferons remarquer seulement que la première idée ne saurait être attribuée à Scævola, le droit pour le mari de retenir une valeur suffisante pour ses besoins n'ayant été consacré que par Justinien.

216. — On lit dans le paragraphe 7 de la loi unique

C., *De rei ux. act.*, que le bénéfice de compétence ne pouvait, avant Justinien, être opposé par le mari à la femme agissant *de dote ex stipulatu*. Nous croyons cette assertion inexacte. — Des textes nombreux de l'époque classique montrent un défendeur poursuivi *ex stipulatu*, et opposant le bénéfice de compétence : V. notamment la loi 17, pr., D., *Sol. mat.* — En outre, Julien, dans la loi 32, D., *S. mat.*, maintient formellement le bénéfice de compétence au mari qui a promis la dot, sur la délégation de la femme, au nouveau mari de celle-ci. Or nous ne voyons pas que, logiquement, les solutions doivent varier à notre point de vue, selon que la promesse du mari a lieu à tel ou tel moment, et est faite à la femme ou à telle personne qu'elle aura désignée.

La différence à notre point de vue entre l'action *rei uxoriæ* et l'action *ex stipulatu*, c'est que la première laisse toujours au mari le bénéfice de compétence et que la seconde ne le lui laisse que par exception, eu égard à la qualité du demandeur.

CHAPITRE VIII.

CAUTIONS ENTRE ÉPOUX.

217. — Le mot *cautio* signifie en général *sûreté*.

La *cautio* peut consister en une simple promesse, ou bien en une promesse garantie par l'intervention d'un fidéjusseur; dans ce dernier cas, elle prend le nom de *satisfactio*. (Loi 1, § 6, D., *De stipulat. præl.* 46, 4.)

Il est probable que le juge de l'action *rei uxoriæ* jouissait de la plus grande latitude pour déterminer les cas où l'un des époux devait à l'autre une *sûreté* et aussi le genre de cette *sûreté*.

Notons en passant que la défense faite à la femme d'exiger du mari une *satisfactio* garantissant la restitution de la dot, défense écrite au titre *Ne fidejussores*, Code, 5, 20, n'est applicable que *constante matrimonio*.

§ 1. — Cas où le mari doit caution.

218. — Le mari doit garantir que la dot n'est pas, au moment de la restitution, détériorée par son dol ou par sa faute. (Loi 25, § 1, D., *Sol. mat.*)

219. — Un esclave dotal est en fuite et le mari se trouve dans l'impossibilité d'en opérer la remise. La femme doit alors accepter la promesse du mari de poursuivre l'esclave avec diligence, et s'il l'atteint,

de le restituer. Cette solution suppose que la fuite de l'esclave ne peut être attribuée à la négligence du mari. (Loi 25, § 3, D., *Sol. mat.*)

220. — Soit un fonds dotal loué par le mari pour cinq ans. Après la première année du mariage, les époux divorcent. Le mari continue à être tenu personnellement envers son preneur : mais la femme à qui le fonds loué est restitué, ne participe pas aux obligations du mari. Celui-ci en conséquence sera autorisé à ne restituer le fonds à la femme que lorsqu'elle aura promis « si quid præter unius anni locationem maritus damnatus sit, id a se præstatum iri. » Le mari de son côté promettra « quidquid præter primum annum ex locatione consecutus fuerit, se ei restitutum. » (Loi 25, § 4, D., *Sol. mat.*)

221. — Toutes les fois que le mari est obligé de fournir à la femme une *satisfactio* pour sûreté de la restitution de la dot au bout d'un certain temps, s'il se trouve dans l'impossibilité de la fournir, le juge le condamnera à une restitution immédiate, en tenant compte toutefois de l'avance qui lui est de cette façon imposée. Que si le mari se refuse par mauvaise volonté à fournir la *satisfactio* exigée, il sera condamné *in solidum*, sans aucune réduction à raison de l'anticipation du paiement.

Dans la pratique, on condamnait plus facilement le mari à une restitution immédiate sous les déductions convenables, qu'à une restitution à terme, à charge de *satisfactio*. Mais, en somme, le juge appréciait ce qu'il convenait le mieux de faire. (Loi 24, § 2, D., *Sol. mat.*)

§ 2. — Cas où la femme doit caution.

222. — On sait que, pour la dernière année du mariage, il intervient un partage de fruits entre le mari et la personne à qui la dot est restituée. Supposons que le mari n'ait pas, au moment de ce partage, perçu en fruits une valeur égale à celle qui lui revient; l'ayant droit à la dot, la femme par exemple, devra promettre de le désintéresser avec les fruits à venir. (Loi 7, § 15, D., *Sol. mat.*)

223. — Si le mari a donné la *cautio damni infecti* à raison d'un immeuble dotal, la femme devra le garantir des suites de cette *cautio*. (Loi 55, D., *Sol. mat.*)

224. — Voyez des exemples de *cautiones* entre époux : *supra*, n° 190, 210, 217, *infra*, n° 267. — V. aussi loi 66, D., *De jure dotium*, 23, 3.

CHAPITRE IX.

A QUEL MOMENT L'ACTION REI UXORIE PEUT-ELLE ÊTRE EXERCÉE?

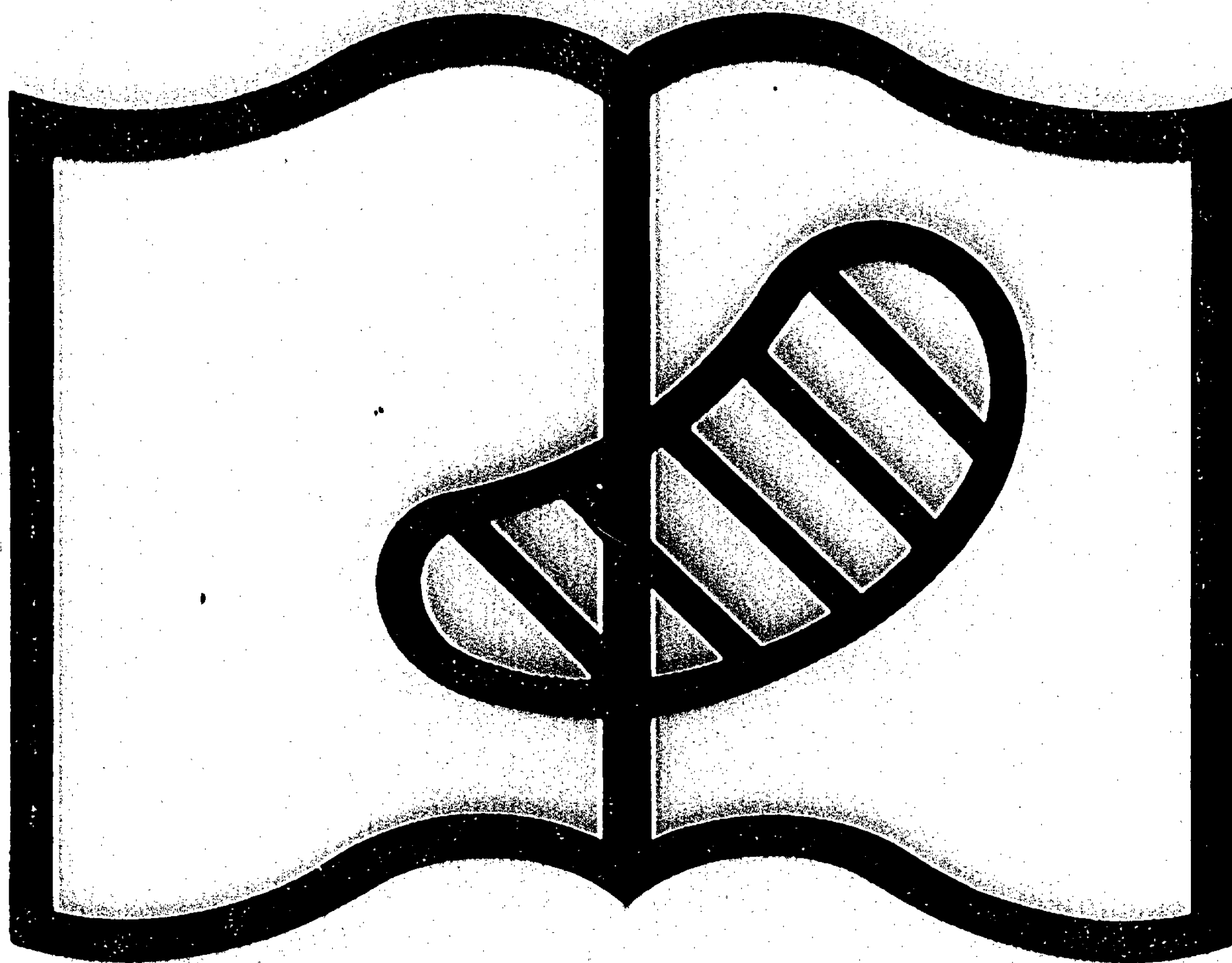
§ 1. — *Restitutio soluto matrimonio.*

225. — La dissolution du mariage donne en principe ouverture à l'action en réclamation de la dot. Toutefois un délai est quelquefois imparti au mari pour effectuer la restitution. Voyez Ulpien, *Reg.*, tit. 6, § 8, et la loi unique, § 7, au Code, *De rei ux. act.*, 5, 13.

La loi 1, D., *De divortiis et rep.*, 25, 2, indique certains cas dans lesquels le mariage se dissout. Rappelons seulement que sous Justinien, le mariage survit toujours à la captivité (Novelle, 22, chap. 7), et à l'esclavage de la peine (Nov. 22, chap. 8); quelquefois à la déportation (Loi 1, C., *De repudiis*, 5, 17; — Loi 5, § 1, D., *De bonis damn.*, 48, 20).

226. — Les risques de la dot sont pour la femme quand il s'agit d'un corps certain, pour le mari quand il s'agit d'une quantité. Mais dans les deux cas, sans distinction, le mari doit restituer la dot *legitimo tempore*. (Loi 24, § 3, D., *Sol. mat.*)

227. — Le mariage venant à se dissoudre par la mort de la femme, fille de famille, le père qui gagne la dot profectice, mais, ne doit la recevoir que *statuto*



Original illisible
NF Z 43-120-10

tempore, peut cependant, s'il a fait l'avance des frais funéraires, en réclamer tout de suite le montant au mari.

En ce cas, la somme comptée par le mari viendra en déduction de ce qu'il doit au père pour la dot. (Loi 60, D., *Sol. mat.*)

228. — Un des époux est devenu *furiosus*. Son conjoint a-t-il le droit de demander le divorce? Non, si le malade a des moments lucides, ou si, n'en ayant pas, il est encore supportable à ceux qui l'entourent, quand même, d'ailleurs, sa démence serait continue : *Quid enim tam humanum est quam ut fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri, participem esse?* Mais si la maladie est assez forte, pour qu'aucun espoir de guérison ne soit permis, et si le malade est dangereux pour ceux qui le servent, son conjoint pourra alors, à bon droit, poursuivre le divorce, et, par suite, il y aura lieu à la restitution de la dot. (Loi 22, § 7, D., *Sol. mat.*)

229. — La femme *furiosa* ne peut elle-même demander le divorce; mais son père le peut pour elle : en même temps il exigera du mari qu'il restitue la dot *sibi filiae suae*. (Loi 22, § 9, D., *Sol. mat.* — Loi 4, D., *De divortiiis et rep.*, 24, 2.) — Mais il faut, pour cela, que le père ait la fille *in potestate sua*. (Pothier, *De divort. et rep.*, n° 7. — Lois 4 et 5, C., *De repud.* 5, 17.)

229 bis. — Nous ferons observer que, sous Justinien, le divorce ne peut plus être demandé pour cause de folie de l'un des époux. (Loi 8, § 2, C., *De repudiis*, 5, 17.)

§ 2. — Restitution constante matrimoniale.

230. — Supposons une femme *furiosa*. — Le mari ne veut pas demander le divorce (en admettant qu'il le puisse), mais ce n'est pas un sentiment d'affection pour sa femme qui provoque sa détermination, car il lui refuse l'entretien auquel elle a droit. Il agit par calcul, et ne veut pas se mettre dans l'obligation de restituer la dot dont il dissipe les revenus. En ce cas, le curateur ou l'un des cognats de la femme peut recourir au juge compétent : celui-ci ordonnera au mari de fournir à la femme ce qui lui sera nécessaire, eu égard à sa position, pour son entretien et le traitement de sa maladie. Si cet ordre est méprisé par le mari, le juge nommera un séquestre qui administrera les biens dotaux, ou, si la dot consiste en quantités, une portion suffisante des biens personnels du mari : avec les revenus de ces biens, le séquestre pourvoira à l'entretien de la femme et des personnes dont elle a la charge : sans qu'il soit d'ailleurs porté autrement atteinte aux conventions matrimoniales arrêtées entre les époux et pour l'exécution desquelles on attendra la guérison de la femme ou la dissolution du mariage. (Loi 22, § 8, D., *Sol. mat.*)

231. — M. Demangeat (p. 266 et 267) signale un cas intéressant de restitution anticipée de la dot. Un usufruit constitué à titre de dot au mari, s'est éteint par le fait de la négligence de celui-ci ; la femme pourra-t-elle lui en demander compte par l'action *rei uxoriæ* ? Non, si la femme était et est encore proprié-

taire du fonds; car alors l'extinction de l'usufruit lui a profité; et c'est bien là un cas de restitution anticipée de la dot, valable, en ce sens que le mari se trouve dès à présent, de ce chef, à l'abri de l'action de dot. Mais si la femme n'a jamais été ou a cessé d'être propriétaire du fonds, elle aura droit à une indemnité. (78, § 2, D., *De jure dotium*, 23, 3.)

232. — D'après la loi 24, pr., D., *Sol. mat.*, au cas où, pendant le mariage, les ressources du mari se trouvent diminuées à ce point que, évidemment, elles ne suffisent plus pour assurer la restitution de la dot à la fin du mariage, la femme est en droit de demander que cette restitution lui soit faite immédiatement.

233. — Mais la règle posée par cette loi 24 ne doit pas être prise dans toute la rigueur de ses termes. Ainsi, et telle est l'opinion généralement admise, la femme ne sera pas obligée d'attendre pour agir que la ruine du mari soit consommée; l'action en restitution lui est ouverte dès que le mari commence à mal administrer sa fortune, dès que *vergit ad inopiam*, parce que, dès ce moment, il y a danger pour la dot. (Novelle, 97, § 6; — Glossateurs.)

Par contre, selon nous, toute réclamation sera femme, si l'insolvabilité du mari provient de pertes interdite à la fortuites, et non de sa faute ou de son incapacité. La loi 22, § 8, D., *Sol. mat.*, et la Novelle 70, cap. 3, parlent formellement d'un mari mauvais administrateur.

• Quid enim, dit Ulpien dans la loi 22, § 7, D., *S. m.*,
• tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulie-
• ris maritum, vel uxorem viri, participem esse. •

234. — Le consentement de son père sera nécessaire à la fille de famille pour répéter ainsi la dot par anticipation (Novelle 97, § 6).

235. — La femme qui a épousé un homme dont elle connaissait la pauvreté, ne peut se plaindre du peu de garantie qu'il offre pour la sûreté de la dot. Il faut reconnaître, avec Voet, que celui qui souffre un préjudice par sa faute, est censé ne pas le souffrir (Voet sur le tit. *Sol. mat.*, n° 2).

Que dire si le mari était notoirement dissipateur au moment du mariage? Voet (*loco citato*) interdit encore toute réclamation à la femme. C'est pousser trop loin la sévérité : comment le mari aurait-il un droit acquis à mésuser de la dot?

236. — Le mari ne saurait se refuser à la restitution de la dot en offrant à la femme une *satisfactio*. (Voet *loco citato*). — Rapp., tit. 26, § 12, liv. 1, Instit. de Just.)

237. — Nous avons jusqu'ici supposé que l'action de dot était dirigée contre le mari ; mais elle pourrait l'être, dans les mêmes circonstances et pour les mêmes motifs, contre le père du mari ou tout autre qui aurait reçu la dot. La conservation de la dot est d'intérêt public au regard de tout détenteur.

238. — La femme qui réclame, *constante matrimonio*, la restitution de la dot, jouira, pour la sûreté de cette restitution, des divers avantages qui lui sont spécialement accordés lorsque sa réclamation se produit *soluta matrimonio*.

Elle exercera une action utile *rei uxoriæ, quasi factio divortio*. (Loi 30, C., *De jure dotium*, 8, 12.)

Elle pourra se prévaloir de son droit d'hypothèque privilégiée (Lois 29 et 30, C., *De jure dotium*; — Loi uniq., § 18, C., *De rei uxoriæ, act.*, 8, 13; — Loi 12, C., *Qui potiores*, 8, 18), — et aussi intenter l'action en revendication de la dot. (Loi 30, C., *De jure dotium.*) — V. M. Demangeat, p. 188.

239. — La restitution ne confère pas à la femme le droit de vendre les choses dotales; les revenus de ces choses continuent d'être affectés aux charges du mariage. (Loi 29, C., *De jure dotium*, 8, 12; — Nov. 97, cap. 6, princ.)

240. — Si le mari revient à meilleure fortune, peut-il redemander à la femme la dot qu'il lui a restituée? Voet (*loc. cit.*) admet l'affirmative quand l'insolvabilité du mari a été causée par des pertes fortuites. Pour nous, cette solution manque de base, parce que nous ne permettons pas à la femme la réclamation anticipée de la dot, alors que le mari n'est ni incapable ni fautif.

Mais nous poserons la question pour le mari corrigé et éclairé, et nous déciderons qu'il n'est pas en droit de reprendre à la femme la dot qu'il a été obligé de lui restituer. Sans doute l'équité paraît demander que le mari tenu de pourvoir aux charges du mariage, reçoive, quand cela est possible, une dot qui l'aide à remplir ses obligations: le mariage, toutefois, se comprend très-bien sans dot, et il serait d'autant moins juste d'enlever à la femme le bénéfice de sa position, qu'elle n'est peut-être pas complètement rassurée par les prétendues garanties que lui offre le mari.

Au surplus, rien ne l'empêchera de reconstituer la dot, si elle le juge à propos.

241. — Nous avons maintenant à examiner si la restitution *volontaire* de la dot par le mari à la femme, *constante matrimonio*, est valable.

Il résulte de la loi 28, D., *De pact. dot.*, 23, 4, et de la loi uniq. C., *Si dos constante*, §, 10, qu'une semblable restitution équivaut à une donation du mari à la femme; que, par conséquent, elle n'est pas valable, et que le mari sera toujours admis à répéter la dot contre la femme ou ses héritiers.

242. — Cependant, une opinion considérable rattache la prohibition des restitutions volontaires et anticipées de la dot à la destination perpétuelle de la dot, destination fondée sur un motif d'utilité publique. Ce point de vue entraîne des conséquences auxquelles la prohibition seule des donations entre époux ne mènerait pas.

Ainsi, la donation qui porte sur des fruits ou sur des intérêts, a plein effet. (Lois 16, § 1 et 17, *De donat. int. vir. et ux.*; D., 24, 1.) — Au contraire, le mari qui restitue indûment la dot a droit d'en répéter non-seulement le capital, mais aussi les fruits. (Loi unique, C., *Si dos constante*.)

En outre, la règle qui prohibe les donations reconnaît seulement au donateur le droit de revenir sur l'acte accompli : de telle sorte que la restitution volontaire et anticipée de la dot par le mari, si elle n'était qu'une donation de lui à la femme, pourrait être attaquée par lui seul : or il est certain que la femme peut aussi la critiquer quelquefois.

« Quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut æs alienum solvat, aut prædia idonea emat : sed ut liberis ex alio viro egentibus, aut fratribus, aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret : quia justa et honesta causa est, non videtur male accipere : ideo recte ei solvitur : idque et in filiafamilias observatur. » Loi 20, D., Sol. mat. — Ce texte montre bien qu'une restitution sans *causa justa et honesta* peut donner lieu à une réclamation de la part de la femme.

Rapp. Loi 27, § 1, D., *De religiosis*, 11, 7; — Loi 1, § 5, D., *De dote prælegata*, 33, 4; — Loi 73, § 1, D., *De jure dotium*, 23, 3.

213. — L'origine de la prohibition spéciale de la restitution volontaire et anticipée de la dot se trouve dans la loi ou les lois Julia et Papia Poppæa qui avaient pour but de fortifier l'institution du mariage. Ces lois, en posant le principe, indiquaient aussi des cas d'exceptions qui ont été plus tard étendus. (Loi 27, D., *De religiosis*; — Loi 73, § 1, D., *De jure dotium*; — Loi 20, D., Sol. mat.)

214. — Tel est, dans son ensemble le système de MM. Francke (*Archiv. für die civilistische Praxis*, 1834-35, t. XVII, p. 458-472 et t. XVIII, p. 1-30) et Pellat. (*Textes sur la dot*, p. 339 et suiv.). Nous l'adoptons comme conforme aux idées romaines : peu importe l'assimilation que font certains textes de la restitution anticipée à la donation : l'assimilation s'explique très-bien par la ressemblance des deux opérations, et d'ailleurs elle n'est pas présentée comme absolue. En somme, la théorie de la destination de la

dot complète celle de la prohibition des donations : il n'y a pas à proprement parler d'opposition entre elles.

245. — La règle est donc que le mari ne peut spontanément restituer la dot par anticipation. Mais il existe à cette règle des exceptions énumérées dans les lois 73, § 1, D., *De jure dotium*, 20 et 21, D., *Sol. mat.*

Étudions les cas d'exceptions signalés dans la loi 20, D., *Sol. mat.*, transcrite ci-dessus (n° 242).

246. — 1° *Ut æs alienum solvat.*

La loi 28, D., *De pact. dot.*, 23, 4, semble contredire en ce point notre loi 20.

• Quæris, si pacta sit mulier, vel ante nuptias, vel
» post nuptias, ut ex fundi fructibus, quem dedit in
» dotem, creditor mulieris dimittatur; an valeat
» pactum? Dico, si ante nuptias id convenerit, valere
» pactum; eoque modo minorem dotem constitutam :
» post nuptias vero, cum onera matrimonii fructus
» relevaturi sunt, jam de suo maritus pasciscitur, ut
» dimittat creditorem; et erit mera donatio. »

D'après M. Francke, la loi 20, *S. m.*, a trait à une restitution réelle de la dot, et la loi 28, *De pact. dot.*, à une simple promesse de restituer la dot. Mais pourquoi aurait-on interdit au mari la promesse d'une restitution qu'il pouvait réellement effectuer?

Voici, selon nous, la conciliation des lois en question. Le mari gagne définitivement les fruits de la dot, tandis qu'il n'acquiert la dot elle-même que sous l'obligation de la restituer en certains cas. Quand le mari emploie le capital de la dot à payer les créanciers de la femme, on peut ne voir là qu'une restitution anticipée de

la dot; mais lorsqu'il emploie à cet effet les fruits de la dot, il diminue vraiment son patrimoine, il fait véritablement une donation contre laquelle il sera en droit de revenir.

Notons que la loi 20, S. m., n'exige point pour la validité de la restitution de la dot payée aux créanciers, que la femme ne puisse les désintéresser au moyen de ses paraphernaux. Tout ce qui est nécessaire, c'est que la mesure soit fondée sur une *justa causa*, c'est-à-dire qu'elle procure à la femme un avantage certain ou au moins très-probable.

247. — *Aut prædia idonea emat.* Le mot *idonea* a donné lieu à plusieurs interprétations. D'après certains auteurs, il s'applique à des fonds que la femme se propose d'hypothéquer, au profit d'un individu qui s'engagera pour elle comme fidéjusseur. D'autres pensent qu'il désigne des fonds avantageux à acquérir en emploi de la dot et qui deviendront par conséquent eux-mêmes dotaux.

La première opinion est arbitraire; la seconde confond un cas de restitution de dot avec un cas de *permutatio dotis*. (Lois 21, 26, 27 D., *De jure dotium*.)

Nous adopterons une troisième opinion, celle de MM. Francke et Pellat. La restitution pourra être faite simplement dans le but de faciliter à la femme une acquisition avantageuse. Seulement la chose achetée sera paraphernale et non dotale.

248. — *Ut liberis ex alio viro egentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret.* Ces hypothèses se comprennent et se recommandent d'elles-mêmes. —

248 bis. On peut en dire autant des cas mentionnés dans la loi 21, D., Sol. mat.

Ut a latronibus redimeret necessarias mulieri personas.

Ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem.

249. — Une restitution totale ou partielle de la dot, régulièrement faite pendant le mariage, entraîne décharge pour le mari. Si toute la dot a été restituée, l'action *de dote* sera éteinte. Si partie seulement de la dot a été rendue, l'action subsistera ; mais, bien entendu, le juge tiendra compte, au profit du mari, des sommes déjà reçues par la femme. (Loi 21, D., Sol. mat.)

250. — Est-il nécessaire pour la complète libération du mari que la femme ait fait de la dot l'usage légitime en vue duquel la restitution anticipée a eu lieu ? Nous répondrons par la négative, avec les lois 73, D., *de jure dotium*, et 22, § 1, D. Sol. mat.

Le mari sera à l'abri de toute réclamation lorsque la restitution aura été faite, d'abord, dans un des cas où elle est permise, et en outre *mulieri non perdituræ*, c'est-à-dire à une femme dont la sagesse apparente garantissait un bon emploi de la dot. (Accurse — M. Pellat, p. 372.)

CHAPITRE X.

EXTINCTION DE L'ACTION REI UXORIÆ.

281. — L'action de dot s'éteint par payement quand le mari restitue à qui de droit, la dot ou son estimation, selon les cas.

282. — Elle s'éteint par novation lorsque la femme accepte un tiers pour débiteur de la dot à la place du mari. (Loi 22, § 2, D., *Sol. mat.*)

283. — Une femme divorce, et intente l'action de dot contre son ex-mari. Mais, au cours de l'instance, elle contracte un nouveau mariage avec le défendeur. Dès lors, le procès est anéanti : la femme est censée s'être reconstitué sa dot. (Loi 10, D., *Sol. mat.*)

Cependant le rétablissement du mariage ne nuira pas à l'*extraneus* qui aurait stipulé le retour de la dot à son profit au cas de dissolution du mariage. Il conservera le droit de répéter la dot. (Loi 63, D., *De jure dotium*, — Loi 42, § 3, D., *Sol. mat.*)

284. — Lucius Titius, fils de famille, avait, sur l'ordre de son père, épousé Mœvia. La dot avait été comptée au père en question. Un jour, Mœvia envoie, sans motif sérieux, à son mari un libelle de répudiation et le divorce s'accomplit. Plus tard, en l'absence de Lucius Titius, son père l'engage dans un contrat

de fiançailles avec la même Mœvia : mais celle-ci retire bientôt sa parole. Enfin le père de Lucius Titius vient à mourir sans avoir encore restitué la dot : il a institué son fils héritier.

Les choses en cet état, Mœvia intente l'action de dot contre Lucius Titius. Ce dernier sera-t-il fondé à refuser la restitution de la dot sous ce prétexte que le divorce survenu entre lui et Mœvia a été causé par la faute de celle-ci ? Oui, pourvu qu'il n'ait pas consenti au contrat de fiançailles fait par son père en son nom, postérieurement au divorce, car alors il serait censé avoir pardonné la faute de Mœvia. En définitive, il avait un droit propre que le seul fait de son père n'a pu détruire. (Loi 38, D., *Sol. mat.* — Loi 8, § 4, C. *De rep.*, 8, 17; — Duaren, sur la loi 38, D., *Sol. mat.*)

255. — Si des époux qui ont divorcé sont convaincus d'avoir l'un et l'autre commis des fautes assez graves pour autoriser le divorce, on compensera les fautes réciproques et chacun des époux conservera ses droits. (Loi 39, D., *Sol. mat.*)

Ainsi le mari qui a favorisé l'adultère de la femme n'aura pas le droit de retenir la dot au cas de divorce fondé sur cet adultère. (Loi 47, D., *Sol. mat.*) Il tenterait au contraire avec succès contre la coupable une accusation criminelle fondée sur la loi Julia *De adulteriis*. (Loi 13, § 5, D., *Ad leg. Jul.* 48, 8). Les lois 39 et 47, D., *Sol. mat.*, n'ont trait qu'aux intérêts pécuniaires des époux.

256. — La femme qui aura négligé en recevant le fonds dotal, d'exiger sa portion des fruits de la dernière année du mariage, la réclamera par l'action de dot

(Loi 31, § 4, D., *Sol. mat.*). Cujas dit à ce propos dans son commentaire *Ad lib. XVIII Digest. Salvii Juliani*: « Actione de dote sæpius agi potest. » Cette assertion est sans doute exacte, prise en elle-même, car aucun texte, à notre connaissance, ne pose en règle que l'action *rei uxoriæ* ne pourra être exercée qu'une fois. (Comp., Loi 20, § 4, D., *familiæ erciscundæ*, 10, 2.) — Nous remarquons seulement que la loi 31, § 4, D., *Sol. mat.*, ne suppose point une action de dot intentée pour la seconde fois : elle dit simplement : « Si fundum dotalem recepisset mulier. . . »

En tout cas, une seconde formule de l'action *rei ux.* ne devait être délivrée que pour un objet non compris dans la première.

287. — Un édit appelé *de alterutro* mentionné dans la loi unique, au Code de Justinien, *De rei ux. act.*, et dans le Code Théodosien, *De testam.*, dispose que si le mari a laissé quelque chose à la femme à titre d'héritage, de legs ou de fidéicommis, elle devra choisir entre cette libéralité et sa dot, entre l'action *ex testamento* et l'action *rei uxoriæ*. La condition de la femme est ici plus mauvaise que celle d'un créancier ordinaire qui peut accepter un legs à lui fait par son débiteur sans perdre sa créance. (Inst. de Just., tit. 28, § 14, *De legatis*, liv. 2).

Mais l'édit *de alterutro* ne recevait pas d'application quand la femme ayant stipulé du mari la restitution de sa dot, agissait *ex stipulatu* contre lui. C'est ce que démontre la loi 46, D., *Sol. mat.* — La femme était admise à exercer simultanément l'action *ex stipulatu* et l'action *ex testamento*, à moins que le testateur n'eût

imposé à la femme l'obligation de ne pas exercer l'action *ex stipulatu*.

Cujas (obs. XVI) pense que le cas où la femme reçoit de son père un legs, est en dehors de l'hypothèse de l'édit, c'est-à-dire que la femme peut alors intenter à la fois l'action *rei uxoriæ* et l'action *ex testamento*. — La loi 22, § 3 (déjà expliqué *sup.*, n° 83 et 85), semble infirmer cette opinion de Cujas, car il n'y est pas dit positivement que le legs ait été fait *dotis nomine*, et cependant la compensation du legs et de la dot y est opérée. Mais d'une part les textes qui s'occupent de l'édit, mentionnent une libéralité venant du mari, or il ne faut pas étendre les dispositions restrictives; d'autre part, les lois 4, D., *Sol. mat.*, et 34, § 5, D., liv. 31, *De legatis*, 2°, qui semblent prévoir la même hypothèse que la loi 22, § 3, D., *Sol. mat.*, parlent de dispositions faites *dotis nomine*.

Enfin il est à observer que dans notre loi 22, § 3, le père léguant à la fille *tantum quantum doti satis esset* et non une valeur déterminée en elle-même, montre son intention évidente de faire un legs *dotis nomine*.

L'édit *de alterutro* a été aboli par Justinien (§ 3, loi uniq., C., *De rei ux. act.*).

258. — Dans le droit classique, l'action *rei uxoriæ* ne passe aux héritiers de la femme que si le mari ou ses héritiers ont été mis par elle en demeure. (Ulp. *Reg.* 6, § 7.)

Il en était autrement de l'action *ex stipulatu* qui se transmettait aux héritiers de la femme selon les règles ordinaires.

Sous Justinien, l'action *ex stipulatu* nouvelle passe

également aux héritiers de la femme sans condition de mise en demeure préalable du mari ou de ses héritiers. (§ 4, loi uniq., C., *De rei ux. act.*)

280. — Voyez sup., n° 118, l'explication de la loi 24, § 7, D., *Sol. mat.*

DEUXIÈME PARTIE.

CONDICTIO SINE CAUSA

AU CAS DE DOT IMPROPREMENT DITE.

200. — Il n'y a pas de dot sans mariage. (Loi 3, D., *De jure dotium*, 23, 3.)

Si donc une femme entreprend par erreur de se marier avec un homme qu'elle ne peut épouser et lui constitue une dot, il n'y aura véritablement ni mariage, ni dot; mais il sera permis à la femme de recouvrer ce qu'elle aura ainsi aliéné. (Loi 22, § 13, D., *Sol. mat.*; — Loi 3, C., *Sol. mat.*, 3, 18.)

201. — Supposons que c'est un esclave que la femme a entrepris d'épouser : elle aura le droit de poursuivre contre le pécule le recouvrement de la fausse dot. En effet, le pécule répond de tous les engagements de l'esclave qui ont un caractère contractuel : or l'esclave est obligé *quasi ex contractu* à rendre la dot qu'il a reçue *sine causa*. (M. Demangeat, p. 147.)

C'est donc une *condictio sine causa de peculio* que la femme exercera contre le maître de l'esclave. (Loi 4, D., *De condict. sine causa*, 12, 7; — Loi 74, D., *De jure dotium*, 23, 3.)

262. — Il devra d'ailleurs être tenu compte des dépenses que l'esclave aura faites pour la dot : « Et si quid in eam dotem impensum est, nec a muliere reddetur, per doli mali exceptionem servabitur. » Loi 23, D., *Sol., mat.*

Mais le compte ne doit porter que sur les dépenses nécessaires, c'est-à-dire faites pour la conservation de la dot. Telle est la règle suivie en dernier lieu quand il s'agit de l'action *rei uxoriæ*. (Ulp. *Reg.*, tit. 6. — Inst. de Just., liv. 4, tit. 6, § 37; — Loi uniq., § 5, C., *De rei ux. act.*) — Or la *condictio* accordée ici à la femme, n'est au fond qu'une action *rei uxoriæ* utile. Cujas dit énergiquement : « Denique eadem erit ratio dotis et quasi dotis. » (Ad lib. 36 *Pauli ad edictum*, sur la loi 23, D., *Sol. mat.*)

263. — Aussi déjà, dans le droit classique, cette *condictio* jouissait-elle d'un *quasi-privilegium* dont Ulpien fixe l'étendue dans la loi 22, § 13, D., *Sol. mat.* — La femme qui agira par cette *condictio* contre un pécule, sera préférée aux autres créanciers *personales* du pécule. Toutefois, si l'esclave doit quelque chose à son maître, une déduction s'opérera au profit de ce dernier, de plein droit, *erga omnes*. Mais cette déduction ne devra porter ni sur la dot estimée ou non, ni sur les biens acquis en échange ou au moyen de la dot ; à la condition que dot ou biens, se retrouvent en nature dans le pécule. Il y aurait fraude de la part du maître à retenir des choses qui représentent exactement la dot. (Lois 9, § 2 et 36, D., *De peculio*, 15, 1; Loi 54, D., *De jure dotium*, 23, 3; — Cujas, *loco citato*; — M. Demangeat, p. 149.)

264. — La *quasi-dos* devait être inaliénable dans le sens de la loi Julia (M. Demangeat, p. 153).

265. — Pothier prétend même que la femme avait une *vindicatio utilis* des choses dotales existant en nature ; et il explique ainsi l'impossibilité pour le maître de retenir ces choses en paiement de ce qui lui était dû. Mais la voie de la revendication n'a été ouverte à la femme que par Justinien (Loi 30, C. *De jure dotium*), et d'ailleurs les jurisconsultes classiques fondaient le droit de la femme à l'encontre du maître, sur le dol de celui-ci.

« Si mulier in conditione mariti erraverit, putaveritque esse liberum, cum servus erat : concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri : videlicet »
» ut, si sint et alii creditores, hæc præferatur circa »
» *de peculio actionem* ; et si forte domino aliquid debeat »
» servus, non præferatur mulier, nisi in his tantum »
» rebus, quæ vel in dote datæ sunt, vel ex dote comparatæ : quasi et hæc dotales sint. » Loi 22, § 13, D., S. m.

« In bonæ fidei contractibus quæstionis est, an de »
» *peculio*, an in solidum pater, vel dominus teneantur : »
» ut est in actione de dote agitatum, si filio dos data »
» sit, an pater duntaxat de *peculio* conveniretur ? Ego »
» autem arbitror, non solum de *peculio*, sed et si quid »
» præterea *dolo malo* patris, capta fraudataque est »
» mulier, competere actionem : nam si habeat rem, »
» nec restituere sit paratus, æquum est eum quanti »
» ea res est condemnari.... » (Loi 36, D., *De peculio*, 15, 1.)

Il est vrai que la loi 36 a en vue une action de bonne

foi et qu'en principe la *condictio* est de droit strict. Mais il est certain que, dans notre hypothèse, le caractère strict de la *condictio* était presque effacé par suite de la tendance des jurisconsultes à assimiler la *quasi-dot* à la *dot*. C'était en réalité une *actio rei uxoris utilis* que la femme pouvait exercer contre le maître. (Comp. loi 52, pr., D., *De peculio*, 15, 1.)

266. — Des règles analogues à celles que nous venons d'exposer seront appliquées au cas où une femme se sera constitué une dot en vue d'un mariage possible, mais qui ne se réalisera pas, et au cas où une femme mineure de 12 ans, aura comme telle contracté un mariage seulement apparent. (Loi 74, D., *De jure dotium*.)

267. — La loi 42, § 1, D., *Sol. mat.*, parle d'un homme qui a, par erreur, tenté d'épouser une femme esclave. Il devra naturellement rendre la *quasi-dot*. Mais il pourra repousser toute répétition des fruits qu'il aura perçus de bonne foi et appliqués aux charges du mariage.

La loi ajoute : « *Sumptus vero necessarios et utiles in prædia quæ dotalia videbantur, factos, compensatis fructibus perceptis, ad finem superflui servari convenit.* »

Le mot *servari* doit avoir ici le même sens que dans la loi 23, D., *Sol. mat.* Dès lors il fait allusion à un droit de rétention accordé au mari et mis en œuvre au moyen d'une exception de dol.

Il est à remarquer que la loi 42, § 1, permet la rétention pour les dépenses utiles comme pour les dépenses nécessaires. Mais le § 5 de la loi unique, C., 5, 13, *De rei ux. act.*, et le § 37 des Instit. de Justinien, liv. 4,

refusent, on le sait, au mari toute rétention pour les dépenses simplement utiles.

Notre loi 42, § 1, présente ces deux idées :

1° Les fruits employés par le mari aux besoins de la femme, ou même, plus généralement, du mariage, ne pourront être répétés par la *condictio*.

2° Le mari compensera avec les fruits par lui recueillis, les dépenses nécessaires qu'il aura faites, et, pour le surplus de sa créance, exercera un droit de rétention sur la dot.

Les deux propositions doivent se combiner. Ce sont les fruits, autres que ceux employés aux charges du mariage, qui seront compensés, jusqu'à concurrence, avec le montant des dépenses nécessaires. (Cujas, *ad libr. 4, Resp. Pap.*, sur la loi 42, *Sol. mat.*)

268. — Titius a fait sciemment épouser à Caius une esclave à laquelle il a constitué une dot. L'esclave meurt *in quasi-matrimonio* : puis la nullité du prétendu mariage vient à être démontrée, et Titius réclame sa dot par une *condictio sine causâ*. Le mari, si le mariage avait été valable, eût gagné la dot : il sera en droit de repousser la demande de Titius en lui opposant son dol. (Loi 11, § 4, D., *Quia falso tutore* 27, 6.)

TROISIÈME PARTIE.

CONDUCTIO EX LEGE

JULIA ET PAPIA.

269. — La loi *Julia et Papia* permet, sous certaines distinctions, à la femme d'exercer, même pendant le mariage, une action *stricti juris*, une *conductio* tendant à obtenir du mari la restitution de ce qu'il aura acquis en conséquence de son droit de patronage sur les esclaves dotaux affranchis par lui. (Loi 65, D., *Sol. mat.*) — C'est à la conservation de la dot que vise cette loi.

« Cum obligatio nova lege introducitur neque cavetur quo genere actionis experiendum sit, ex lege agendum est. » Cujas, *Observ.* XXXIV, lib. 2.) — (Loi un., D., *De cond. ex lege*, 13, 2.)

270. — L'affranchissement de l'esclave dotal par le mari est valable, même sous Justinien. (Loi 21, *De manum.*, D., 40, 1 ; — loi 7, C., *De serv. pig. dat. manum.*, 7, 8.) — La loi *Julia* (*De adulteriis*) ne le prohibe pas. — Mais, il reste soumis aux dispositions de la loi *Ælia Sentia*, dispositions que la femme pourra invoquer, s'il y a lieu. Aussi voit-on la loi 21, D., *De manum.*, parler d'un *vir qui solvendo erit*.

Quels sont les droits de la femme, lorsque le mari a fait libre l'esclave dotal? Distinguons plusieurs cas :

271. — 1^{er} cas. L'affranchissement a eu lieu malgré l'opposition de la femme.

• *Dotalem servum vir invita uxore manumisit :*
• *heres solus vir a liberto institutus, portionem hereditatis, quam ut patronus consequi potuit ac debuit, restituere debet; alteram vero portionem, dotis iudicio : si modo uxor manumittenti refragatur.* » (Loi 61, D., *Sol. mat.*)

On voit que, dans notre cas, la portion de la succession de l'affranchi qui revient au mari, en tant que patron peut être réclamée immédiatement par la femme; tandis que l'autre portion s'ajoute à la dot et sera restituée plus tard avec elle.

La *condictio ex lege Julia et Papia* a pour objet la première portion de l'hérédité de l'affranchi, et, plus généralement, tout ce qui sera parvenu au mari *quasi ad patronum* en conséquence de l'affranchissement. (Loi 64, §§ 1, 3 et 5, D., *Sol. mat.* — Loi 14, § 2, D., *De lege Corn. de fals.*, 48, 10. — Cujas., *Obs. XXXIV, lib.2*, et *Comm. in lib. 11, Qucest. Papin.*)

Mais la femme n'aura le droit d'agir que *soluta matrimonio* et par l'action *rei uxoriæ*, à raison des autres avantages retirés de l'affranchissement par le mari.

272. — Nous verrons un peu plus loin quelles sont les choses que le mari acquiert *quasi patronus*.

273. — La valeur même de l'esclave entrera dans l'action *rei uxoriæ* exercée à l'époque ordinaire. Le mari est, en effet, débiteur de l'esclave dotal; or le débiteur d'un corps certain ne se libère pas plus en l'a-

liénant qu'en le détruisant. — Le mari rendra la valeur que l'esclave aurait eue s'il n'avait pas été affranchi.

Observons que le mari n'a pu changer, par son propre fait, l'étendue ni la nature de son obligation envers la femme et qu'il sera tenu de réparer aussi complètement que possible le préjudice subi par celle-ci. En conséquence, il devra lui rembourser la valeur de l'esclave aussitôt après la dissolution du mariage, car s'il n'avait pas fait l'affranchissement, il aurait dû lui restituer l'esclave à ce moment-là même. Par contre, si lors de la dissolution du mariage, on constate que l'esclave a succombé à une mort fortuite, le mari se trouvera complètement libéré, car la perte fortuite du corps certain est à la charge du créancier. (Loi 45, D., *De oblig. et act.*, 44, 7. — M. Demangeat, p. 21.)

Cujas (*in lib. XIII Resp. Pap., ad legem 21, De manum.*) dit, en termes un peu trop absolus, que le mari restituera *judicio seu actione dotis, ipsius servi aestimationem*. Notre jurisconsulte n'avait pas, sans doute, présente à l'esprit l'hypothèse d'un esclave mort fortuitement.

274. — 2^e cas. Le mari a procédé à l'affranchissement de l'esclave comme *negotiorum gestor* de la femme.

V. Loi 24, § 4, *in fine*, et loi 64, pr., D., *Sol. mat.*

Il suffit de lire ces lois pour voir qu'elles ne s'occupent pas véritablement du cas où le mari a géré l'affaire de la femme, mais de celui où la femme a consenti à l'affranchissement. La loi 64, notamment, parle d'un mari *negotium gerens mulieris non invitæ* : dire

que la femme ne s'est pas opposée, c'est bien donner à entendre qu'elle a consenti.

Le mari, *negotiorum gestor* de la femme, sera comptable envers elle, *ex lege Julia et Papia*, de tout ce qu'il aura, comme patron, gagné à l'affranchissement. Même, la femme sera fondée à exiger préventivement qu'il lui fournisse une caution garantissant l'exécution de la loi.

Quant à ce qui reviendra au mari de l'affranchissement, abstraction faite de sa qualité de patron, il n'en devra jamais la restitution.

275. — Examinons maintenant certains points communs aux deux premiers cas de restitution *ex lege Julia et Papia*. Et d'abord que convient-il de regarder comme acquis au mari *tanquam patrono*?

D'abord, une portion de la succession de l'affranchi. (Loi 64, § 5, D., *Sol. m.*); — puis les avantages stipulés de l'esclave comme prix de son affranchissement (Lois 64, § 1, et 24, § 4, D., *S. m.*); même, ceux stipulés de lui après l'affranchissement (Loi 64, § 3, D., *S. m.*); et, si le mari s'est fait garantir par une caution la promesse de l'esclave ou de l'affranchi, il devra céder à la femme son action contre la caution. (Loi 64, § 4, D., *S. m.*).

La loi 64, § 2, D., *S. m.*, porte :

« Plane si operæ fuerint a marito exhibitæ, non
• æstimatio earum : non est æquum hoc nomine uxori
• maritum quippiam præstare. »

M. Demangeat (p. 21), explique ce passage en disant que la femme ne pourra pas réclamer au mari la valeur des *operæ* à lui fournies en nature par l'affranchi.

Cette interprétation suppose la préposition *a* retranchée du texte. Pothier la met effectivement entre parenthèses (n° 89, *Sol. mat.*). — On est bien obligé d'admettre cette correction pour arriver à un sens raisonnable.

276. — Le mari est censé avoir en mains les choses dont la restitution lui est imposée par la loi Julia et Papia, dès qu'il se trouve fondé à les réclamer (Loi 64, § 6, D., *S. m.*).

277. — Il sera toujours loisible au mari de rendre, à son choix, les choses mêmes qui lui sont parvenues, en conséquence de l'affranchissement, ou leur estimation : mais c'est cette estimation seule que la femme a le droit d'exiger. (Loi 64, § 10, D., *S. m.*).

278. — Si, par dol, le mari a négligé de réaliser les gains que lui assurait l'affranchissement, il sera tenu d'une indemnité envers la femme. (Loi 64, § 7, D., *S. m.*).

279. — Le mari, patron de l'esclave dotal affranchi, meurt en exhérédant son propre fils et en instituant pour héritier un étranger. Par la suite, le fils exhérédé recueille la succession de l'affranchi. Dans cette hypothèse, l'héritier du mari est à l'abri de toute application de la loi Julia et Papia, car ni son auteur ni lui n'ont rien reçu de l'affranchi. (Loi 64, § 8, D., *S. m.*)

280. — On sait que la dot était souvent remise au père du mari. Cependant le texte de la loi Julia et Papia ne donnait point d'action à la femme contre son beau-père.

La loi 64, § 9, D., *Sol. m.*, signale cette lacune, après Labéon, et ajoute : « In quibus igitur casibus Lex

» defleat, non erit nec utilis actio danda. » — Ces mots sont un peu obscurs. Ils signifient, d'après nous, qu'une *condictio utilis* ne sera pas accordée à la femme contre le père du mari.

La théorie de la loi Julia et Papia constituait, à l'époque de Labéon, une innovation restrictive dont ce jurisconsulte devait repousser l'extension. Or, c'est l'opinion de Labéon que rapporte la loi 64, § 9, D., S. m.

281. — 3^e cas. La femme a consenti à l'affranchissement dans une pensée de libéralité pour le mari.

Il y a eu, en ce cas, donation, et donation licite, de la femme au mari. Ce dernier n'est pas censé s'être enrichi. (Lois 62 et 63, D., S. m. — Loi 5, § 16, D., *De donat.*, 24, 1. — Loi 22, C., *De donat.*, 5, 16. — *Sent.* de Paul, liv. 2, tit. 23, § 2.)

La femme ayant complètement renoncé à sa créance dotale, n'a rien à réclamer au mari.

282. — Doit-on supposer un quatrième cas, celui où l'affranchissement aurait eu lieu simplement à l'insu de la femme? Accurse fait rentrer ce cas dans le premier, en se fondant sur la loi 48, § 3, D., *De furtis*, 47, 2. Ainsi paraît faire M. Demangeat (p. 19).

Il nous paraît plus exact de dire que la femme, à l'insu de laquelle l'affranchissement a eu lieu, conserve tous ses droits et peut placer son mari dans l'une quelconque des trois situations que nous avons définies.

DROIT FRANÇAIS

DROIT FRANÇAIS.

DE LA SÉPARATION DE BIENS SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ.

Explication des art. 1443-1452 du Code Napoléon.

INTRODUCTION

1. — Dans les différents systèmes d'association pécuniaire, organisés entre époux par le Code Napoléon, le mari a des droits plus ou moins étendus sur les biens de la femme. C'était justice de donner en retour à celle-ci des garanties sérieuses d'une bonne administration de sa fortune.

Le Code Napoléon a sagement adopté, dans ce but, divers contre-poids aux pouvoirs toujours considérables du mari. C'est ainsi qu'il a maintenu l'institution de la *séparation de biens*, dont l'idée, empruntée aux lois romaines, avait passé, en se transformant, dans le droit coutumier.

Si l'on pénètre un peu les textes du Code relatifs à la matière, on voit que la femme ne poursuit pas toujours en même qualité la séparation de biens. Ici,

un examen rapide du droit romain et des traditions coutumières est indispensable.

2. — La dot était à Rome ce qu'elle a été depuis dans la généralité des coutumes (1), et ce qu'elle est encore aujourd'hui : le bien apporté directement ou indirectement par la femme au mari, pour l'aider à satisfaire aux charges du mariage. (Loi 80, § 1, D., *De jure dotium*, 23, 3. — Dictionnaire de Ferrière, au mot *Dot*. — Art. 1840 C. N.)

Le mari romain était constitué propriétaire de la chose même livrée en dot, mais la femme conservait le droit de la répéter, si le mariage venait à se dissoudre par la mort du mari ou par le divorce. On facilitait ainsi à la femme un nouveau mariage, dans l'espoir qu'elle donnerait le jour à des enfants, et, par là, contribuerait à la prospérité de la cité. (Loi 1, D., *Sol. mat.*, 24, 3.)

Au cas où le mari se trouvait menacé d'une ruine prochaine, suite d'une mauvaise administration, il y avait lieu à la séparation de biens, c'est-à-dire à la restitution immédiate de la dot par le mari à la femme. (Loi 24, pr., *ibid.*)

« A l'égard des pays de droit écrit, dit Rousille
» (*Traité de la dot*, n° 497), l'effet de la séparation est
» que la femme peut contraindre son mari à lui rem-
» bourser les sommes qu'il a touchées de sa dot. »

(1) Par une singularité digne de remarque, les coutumes de Barège et de Lavedan reconnaissent un mari *dotal*. Le cadet de famille qui épousait une héritière, lui apportait en dot sa légitime. (Voir *Le droit de familles aux Pyrénées*, par Eugène Cordier, chap. 3.)

3. Le droit coutumier nous offre la communauté comme règle légale de l'association pécuniaire des époux. — La communauté supporte les charges du mariage au moyen de diverses ressources et notamment de l'apport de la femme en propriété ou en jouissance. Cet apport constitue la dot ; il est acquis définitivement à la communauté dont le mari est *dominus*.

La séparation de biens était admise dans les coutumes, mais avec un autre caractère que dans le droit romain.

« Quant aux effets de la séparation, dit Rousilhe, (n° 400), le principal est, en pays de communauté, de dissoudre la communauté. »

Tandis que la femme romaine agissait comme créancière ou même, sous Justinien, comme propriétaire de sa dot, la femme régie par les coutumes se présentait avec la qualité d'associée, de commune, et réclamait pour dot sa part dans une masse indivise entre elle et son mari. Il est vrai qu'elle exerçait un droit de créance, quand elle exigeait le montant de ses reprises, mais son action ne portait plus alors sur la dot *proprement dite* (*infra*, n° 4 et 24).

Ce n'est donc pas sans quelque inexactitude qu'on rattacherait trop absolument la séparation coutumière aux idées romaines. Les coutumes se proposaient sans doute, comme le législateur romain, de protéger la femme contre l'abus que le mari ferait de ses droits, mais elles y arrivaient par des moyens appropriés au caractère nouveau qu'elles reconnaissaient la société conjugale.

Signalons dans notre ancienne jurisprudence, comme fait exceptionnel, la prohibition de séparation écrite dans le Mundat de Weissembourg. Un édit d'avril 1774 fit cesser cette anomalie (Merlin, Répertoire, v^o *Séparation de biens*, sect. 2, § 1, n^o 1).

4. Le Code Napoléon pose, dans son art. 1443, le principe de la séparation de biens sous le régime de la communauté :

« La séparation de biens ne peut être poursuivie
» qu'en justice par la femme dont la dot est mise en
» péril, et lorsque le désordre des affaires du mari
» donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne
» soient pas suffisants pour remplir les droits et re-
» prises de la femme. »

D'autre part, l'art. 1863 C. N. dispose, en matière de régime dotal, que :

« Si la dot est mise en péril, la femme peut pour-
» suivre la séparation de biens, ainsi qu'il est dit aux
» art. 1443 et s. »

Comparons, à grands traits, la séparation de biens dans le régime de communauté à la séparation de biens dans le régime dotal.

Il ressort clairement de l'art. 1443 que la femme a le droit de recourir à la séparation :

1^o Pour la conservation de sa dot ;

2^o Pour la sûreté de certaines créances qu'elle peut avoir à exercer contre le mari.

La femme commune cherche dans la séparation la conservation de sa dot, lorsqu'elle provoque la dissolution et le partage de la communauté, et aussi lors-

qu'elle demande sa réintégration dans la jouissance et l'administration de ses biens.

La femme dotale défend un intérêt semblable, au moyen de la séparation, quand elle se fait remettre par le mari l'administration et la jouissance de sa dot. On doit, en effet, considérer proprement comme dotaux les fruits de cette dot, fruits dont la destination est d'aider le mari dans l'acquittement des dépenses du ménage.

Nous devons faire ressortir, à ce propos, une différence radicale entre le système matrimonial romain et le régime dotal du Code Nap. A Rome, le mari était propriétaire de la dot; il n'en est plus, chez nous, que l'administrateur intéressé (art. 1549 C. N. — Par suite, la femme dotale n'est, dans notre droit, ni créancière d'un apport fait en capital, ni commune en biens avec son mari, et, pour elle, la séparation consiste simplement dans la reprise de la jouissance et de l'administration d'une chose dont elle a gardé la propriété, et qui n'est au fond dotale qu'en ce qui concerne les fruits.

La femme commune poursuit, au moyen de la séparation, le recouvrement d'une créance dans le cas, entre autres, où elle réclame une somme extra-dotale tombée dans la communauté. — On dit habituellement, il est vrai, que tous les biens de la femme commune sont dotaux; mais on a soin d'ajouter qu'ils le sont, les uns quant à l'entière propriété, les autres quant à la simple jouissance : ses capitaux immobiliers notamment ne sont point, *in dote*, c'est-à-dire *apportés* au mari, puisque celui-ci

n'a aucun droit de disposition sur eux. Donc cette proposition que tous les biens de la femme commune sont dotaux, n'est admissible que *lato sensu*. Au point de vue d'un raisonnement rigoureux, il faut distinguer parmi les biens de la femme commune ceux dont le mari devient copropriétaire et ceux dont il est constitué seulement administrateur : de ces derniers, la dot ne comprend que les revenus. — L'art. 1443 C. N. distingue positivement des biens dotaux et des biens non dotaux.

La femme dotale invoque aussi, par exception, un droit de créance, dans l'instance en séparation, quand son apport consiste en une somme d'argent, en effets mobiliers estimés, etc. . . ; enfin, dans tous les cas où le mari a acquis la propriété de l'apport, en restant débiteur d'une somme équivalente (art. 1508 C. N.). Ce qui est alors regardé comme dotal, c'est la somme due par le mari et non l'objet réellement apporté par la femme ; de telle façon que même aujourd'hui la femme dotale est quelquefois créancière de sa dot, tandis que la femme commune n'est jamais créancière que de valeurs en réalité extra-dotales.

5. Les explications qui précèdent nous permettent de définir exactement les diverses qualités de la femme demandant, chez nous, la séparation.

Elle agit : ou à titre de *copropriétaire* d'une communauté qui a reçu sa dot et dont elle réclame la dissolution et le partage ;

• Ou en qualité de *créancière* du mari à raison de sa dot, de ses droits, de ses reprises ;

Ou enfin comme *propriétaire* d'une chose dont elle

veut reprendre au mari la jouissance et l'administration.

6. — Le régime de communauté et le régime dotal ne comportent pas seuls la séparation. L'art. 1531, *in fine* C. N., l'autorise encore formellement sous le régime sans communauté. (Colmar, 19 nov. 1830.)

Mais une controverse s'est élevée sur le point de savoir si la femme séparée contractuellement peut obtenir la séparation judiciaire.

La capacité de la femme séparée par contrat est moins grande, a-t-on dit, que celle de la femme séparée judiciairement ; car, d'abord, celle dernière a, aux termes de l'art. 1449 C. N., un droit absolu d'aliénation au moins directe sur son mobilier, tandis que la première ne peut, d'aucune manière, l'aliéner en dehors des besoins de l'administration qu'elle s'est réservée (1836, 1838 C. N.). Ensuite, la femme séparée judiciairement n'est pas obligée, comme la femme séparée par contrat, de verser entre les mains du mari sa part contributoire aux charges du mariage : il lui est permis d'employer elle-même directement cette part. — On ajoute que la femme séparée judiciairement contribue aux charges du mariage proportionnellement à ses facultés comparées à celles de son mari (art. 1448 C. N.), alors que la part contributoire aux mêmes charges de la femme séparée par contrat est du tiers de ses revenus, sauf convention particulière réglant sa contribution et insérée au contrat (1837 C. N.). Or, il arrivera, par exemple, qu'une stipulation contractuelle mette au compte de la femme tout l'en-

retien du ménage. (Comp. Metz, 17 août 1858). — On remarque aussi que la séparation judiciaire entraînerait, pour la femme séparée contractuellement, la reprise de ses deniers touchés par le mari.

En résumé, la femme séparée par contrat a toujours quelque intérêt à provoquer la séparation judiciaire; elle doit donc en avoir la faculté. (Voy. Aix, 9 février et 1^{er} mai 1809.)

Ce système est inadmissible. — Nous démontrerons (*infra*, n° 158) que la capacité de la femme séparée judiciairement est identique à celle de la femme séparée par contrat, et (*infra*, n° 121) que le ménage, dans tous les régimes, est placé sous la direction morale et matérielle du mari entre les mains de qui sont centralisées les ressources destinées à faire face aux dépenses communes. — Quoi qu'en disent nos adversaires, la séparation judiciaire n'a pas pour but de diminuer la part contributive de la femme aux charges du mariage : la preuve en est dans l'art. 1448 C. N. C'est seulement un remède au mauvais usage que le mari ferait de ses droits. — Enfin, si le mari a touché des deniers appartenant à la femme, ce n'est pas comme mari mais comme simple mandataire; or la séparation suppose un mari responsable comme tel.

Au surplus, dans notre système, la femme séparée contractuellement ne restera pas désarmée contre les dissipations du mari. Celui-ci venant à détourner les sommes affectées aux dépenses du ménage, la femme demandera au juge l'autorisation d'employer elle-même directement sa part contributive (*infra*, n° 122).

Notons qu'aux termes d'un arrêt de la Chambre des

requêtes du 8 juin 1859, la femme séparée par contrat, avec cette restriction qu'elle n'aura la jouissance de ses revenus et l'administration de ses capitaux que pour moitié, basera justement sur le péril de la dot, une poursuite en séparation judiciaire. L'effet légal de cette séparation sera de réintégrer la femme dans la jouissance de la totalité de ses revenus et l'entière administration de ses capitaux.

— La femme dotale étant censée, quant à ses paraphernaux, mariée sous le régime de la séparation contractuelle, il convient de lui appliquer, relativement à ce genre de biens, ce qui vient d'être dit de la femme séparée par contrat.

7. — On a prétendu que le droit accordé à la femme commune de se pourvoir en séparation de biens, découlait des principes adoptés pour les sociétés ordinaires ; et, à propos de l'art. 1443 C. N., on a cité l'art. 1805-4 C. N., d'après lequel toute société finit par la déconfiture de l'un des associés, et aussi l'art. 1809 C. N. qui permet la dissolution d'une société à durée illimitée, sur la renonciation d'un des associés faite de bonne foi et non à contre-temps. (M. Troplong, *Traité du contrat de mariage*, n° 1309 ; Toullier, *Droit civil*, t. 13, n° 20 et 23.)

De même, on a tenté d'expliquer l'art. 1443 C. N. par l'art. 214 C. N. qui déclare le mari tenu de fournir, dans une mesure convenable, à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie : l'art. 1443 serait la sanction de l'art. 214. (M. Dalloz, *Jurisprudence générale, Répertoire, Contrat de mariage*, n° 1030.) — Ces différentes manières d'envisager la sé-

paration sont inexactes. Ainsi nous verrons que la simple déconfiture du mari n'est pas une cause légale de séparation. (*Infrà*, n° 28 et s., 29.) — D'autre part les art. 1443, 1869-4 et 214 ne sont certainement pas écrits au même point de vue. Le premier pourvoit à des intérêts menacés par une mauvaise administration; le second se préoccupe des exigences légitimes de la liberté; le troisième enfin impose une obligation et l'impose non à un administrateur, mais à un mari.

Après ces considérations générales, nous abordons le fond même de notre matière, l'explication des art. 1443-1482 C. N.

CHAPITRE I.

PAR QUI LA SÉPARATION PEUT ÊTRE DEMANDÉE.

8. — Le bénéfice de séparation, introduit dans l'intérêt de la femme, peut être invoqué par elle seule.

Un ancien auteur, Lebrun, traitant de la communauté, permettait au mari, dans trois cas, de demander la séparation :

1° Lorsque les affaires de la femme étaient si embrouillées que toute sa fortune ne devait pas suffire pour les débrouiller.

Lebrun cite, un arrêt du 24 juillet 1738, prononçant la séparation à la requête d'un mari, sur ce fondement que sa femme avait cent quatorze procès indécis.

2° Quand les arrérages annuels des rentes dues par la femme excédaient considérablement ses revenus.

3° Enfin, dans le cas où un héritage de la femme était grevé de rentes foncières supérieures à son revenu, et que la femme avait l'obstination de ne pas consentir au déguerpissement.

(Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. 3 chap. 1, n° 11 à 13. — Conf. Ferrière, *Dictionnaire*, v° *Séparation de biens*, p. 804.)

« Je doute fort, dit Pothier, que le mari fût écouté dans les trois cas rapportés par Lebrun. » (Pothier, *Traité de la communauté*, n° 813).

L'opinion de Lebrun était également repoussée par Renusson (*Traité de la communauté*, part. 1, chap. 9, n^o 5 et 6), et par Denizart (v^o *Séparation*, n^o 25 et 32).

Parmi les coutumes, celles du Maine et de l'Anjou voulaient (art. 145, 160) que tout délit de l'un ou de l'autre des époux fût à la charge de la communauté; seulement l'époux innocent avait droit de demander à justice que les biens de la communauté fussent inventoriés et séparés, et que les dommages naissant du délit se prissent sur la part du délinquant.

Mais, en somme, l'ancien droit refusait généralement au mari la faculté de demander la séparation. (Merlin, Répertoire, v^o *Séparation de biens*, sect. 2, § 2, n^o 1.)

Sous l'empire du Code Napoléon, la question a toujours été résolue contre le mari. L'art. 1443 ne donne qu'à la femme le droit d'obtenir la séparation, et l'on aurait tort d'étendre par analogie une exception si grave au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Sans doute, l'interprétation de l'art. 1443 soulève de grandes difficultés; mais il est impossible de prendre juste le contre-pied du texte légal, et aussi de violer ouvertement la pensée du législateur. La séparation, en effet, n'est pas un secours accordé indistinctement à l'époux qui se plaint d'avoir été trompé dans certaines espérances de fortune : c'est une garantie contre une administration libre, et elle ne saurait être prononcée en faveur de l'administrateur lui-même.

Ajoutons que le mari trouve contre la femme dans le droit d'autorisation consacré par les art. 218 et s. C. N., des armes bien assez puissantes pour qu'il soit

superflu de fausser à son avantage l'esprit d'une vieille institution. (Toullier, *Droit civil*, t. 15, n° 37; — M. Troplong, *Contrat de mariage*, n° 1311. — MM. Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, n° 800).

9. — La séparation peut-elle être prononcée au profit de la femme interdite? Si l'on appliquait trop rigoureusement, les conséquences du caractère personnel que l'art. 1448 C. N. donne à l'action en séparation de biens (*infra*, n° 11), on arriverait, dans l'espèce, à laisser la femme sans protection au moment où elle a le plus besoin de secours. Nous pensons que la personnalité du droit à la séparation ne saurait être retournée contre la femme en faveur de qui elle a été introduite : le tuteur à l'interdiction représentera valablement la femme dans l'instance en séparation. Que si le tuteur est précisément le mari, le subrogé tuteur agira par application de l'art. 420 C. N.; à moins que le conseil de famille ne destitue le mari dissipateur de fonctions dont il est indigne (art. 444 C. N.), auquel cas, un nouveau tuteur suivrait au nom de la femme l'instance en séparation (448 C. N.).

Avant de recourir à une mesure toute dans l'intérêt de la femme et qui exige célérité, ni le tuteur ni le subrogé tuteur ne seront tenus de prendre l'avis du conseil de famille; mais ils devront, conformément à l'art. 808 C. proc., se faire autoriser par le président du tribunal à former la demande en séparation. Il est vrai que l'art. 484 C. N. défend au tuteur d'introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur (ou de l'interdit), sans l'autorisation du conseil de famille. Seulement cet article est inapplicable

à une action qui n'est proprement ni mobilière ni immobilière. Quel est, en somme, le but direct de la séparation ? C'est d'enlever au mari des pouvoirs dont il use mal ; peu importe la nature des objets sur lesquels s'exercent ces pouvoirs : il s'agit d'une question personnelle.

10. — La femme mineure émancipée de plein droit par le mariage est-elle recevable à poursuivre la séparation sans l'assistance d'un curateur ? Nous le pensons. L'autorisation du président du tribunal dont la femme devra justifier pour procéder en séparation paraît suffire à la garantie de ses intérêts. (Art. 868 C. proc.) — D'autre part, la portée de l'art. 482 C. N. n'est pas plus étendue que celle de l'art. 484 C. N.

Dumoulin (sur l'art. 232 de la coutume de Bourbonnais) et Rousille (n° 488) étaient d'avis que, dans notre espèce, le juge donnât un curateur à la femme. Mais le silence du législateur moderne sur ce point, montre qu'il a déserté l'ancienne doctrine.

Toutefois, la femme devra être pourvue par le conseil de famille, d'un curateur ou tuteur *ad hoc*, lorsque, après avoir obtenu la séparation, elle voudra toucher ses capitaux. Alors naît pour elle un intérêt d'un genre ordinaire et qui ne trouve de protection que dans le droit commun. (Conf. : Merlin, Rép. v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 2, art. 2, n° 2 ; — Toullier, 13, 43 ; — MM. Rodière et Pont, 810 ; — M. Troplong, 1381. — Rapp., Bordeaux, 1^{er} juill. 1806 et art. 2208 C. N. — *Contrà*, Pigeau, *Procédure*, t. 2, p. 403 ; — Carré, *Lois de la procédure civile*, t. 6, p. 2033 ; — M. Dutruc, *Traité de la sép. de biens*, n° 107.

11. — L'exercice du droit de séparation entraîne

ordinairement des conséquences fâcheuses pour le mari; son crédit peut se trouver ruiné, sa réputation atteinte. Il se croira le plus souvent en droit de récriminer contre la dureté du procédé de la femme : de là un écueil pour la tranquillité du ménage. On conçoit donc que la femme ait seule, en principe, le pouvoir de requérir la séparation; elle sera le meilleur juge de l'opportunité d'une démarche qui risque de compromettre son bonheur domestique. Si les créanciers de la femme avaient été pleinement autorisés à agir en séparation au nom de leur débitrice, selon le principe de l'art. 1168 C. N., ils auraient usé trop rigoureusement de leur droit et le mari en aurait probablement conçu de l'animosité contre la femme, cause indirecte de la poursuite.

Cependant il y a mesure à tout. Les inconvénients de la séparation diminuent pour le mari dont les affaires sont notoirement en désordre : empêcher alors les créanciers de la femme d'exercer les droits de celle-ci, ce serait favoriser, sans motifs sérieux, les créanciers du mari. Il ne faut pas que la femme sacrifie jusqu'à ses propres créanciers à un sentiment exagéré de crainte ou de devoir.

L'art. 1448 C. N. a tenté de concilier tous les intérêts.

« Les créanciers personnels de la femme, dit-il, ne peuvent, sans son consentement, demander la séparation de biens. — Néanmoins, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, ils peuvent exercer les droits de leur débitrice, jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. »

Observons que l'art. 1446 ne dit pas « demander la séparation », mais bien « exercer les droits de leur débitrice », ce qui n'est pas la même chose. Les créanciers exerceront les droits pécuniaires reconnus à la femme au cas de séparation régulièrement prononcée : il n'y aura pas cependant de séparation véritable entre les époux ; la communauté continuera pour eux d'exister et la femme conservera le droit de l'accepter ou d'y renoncer plus tard. A quelque parti d'ailleurs qu'elle s'arrête, elle devra récompense pour les sommes payées à ses créanciers et prises sur la masse commune ; cela, par application pure et simple de l'art. 1437 C. N. Si elle accepte, la récompense sera due à la communauté même ; si elle renonce, la récompense sera due au mari, dans le patrimoine duquel tombe la communauté active et passive. Que si les créanciers étaient désintéressés avec des valeurs propres au mari, l'indemnité serait due au mari personnellement : on se trouverait alors dans l'hypothèse de l'art. 1478 C. N.

12. — Faisons une espèce :

La femme doit 28,000 fr. et n'a pour fortune propre qu'une reprise de 80,000 fr. à exercer contre la communauté et subsidiairement contre le mari : celui-ci n'a pas de biens propres : enfin la communauté présente un actif mobilier de 100,000 fr. et un passif de 200,000 fr. y compris les 80,000 fr. dus à la femme. Dans cet état, la déconfiture du mari est évidente ; dès lors le créancier de la femme sera reçu à exercer les droits de sa débitrice. Quels droits ? Il viendra en contribution avec les créanciers de la communauté ou du mari, et obtiendra moitié de la reprise ou 28,000 fr.,

et c'est pareille somme que la femme devra rapporter plus tard au mari ou à la communauté.

13. — L'état de faillite est déterminé par la cessation de paiements (art. 437 C. de comm.). — Quant à la déconfiture, on s'accorde à dire qu'elle résulte d'une ruine complète : donc le mari sera en déconfiture lorsque son passif égalera au moins son actif. Du reste, les créanciers seront autorisés à agir aussitôt que la déconfiture du mari sera constante : ils pourront être tenus de fournir une liquidation préalable et suffisamment exacte de la situation du mari ; mais en aucun cas, on ne subordonnera leur action à une discussion préalable des biens meubles et immeubles du mari ; ils se trouveraient autrement à la discrétion de personnes intéressées évidemment à les écarter. (*Contrà*, Cass. req., 21 mars 1822.)

Toutefois on a jugé avec raison que la déconfiture du mari n'est pas suffisamment établie par un procès-verbal de carence dressé à son domicile ; le mari peut en effet posséder des meubles dans un autre lieu : d'ailleurs le procès-verbal de carence ne s'occupe ni des meubles incorporels ni des immeubles. (MM. Rodière et Pont, n° 810 ; — M. Troplong, n° 1300 ; même arrêt du 21 mars 1822.)

14. — L'art. 1440 C. N., lorsqu'il permet aux créanciers de la femme d'exercer ses droits, ne distingue pas entre les divers droits qui lui compétent : on prétendrait donc à tort réserver celui d'hypothèque légale sans lequel, dans bien des cas, la faculté accordée à ces créanciers serait presque illusoire. (Limoges, 2 juillet 1841.)

Certains auteurs (notamment M. Dutruc, *De la séparation de biens judiciaire*, n° 42) refusent aux créanciers de la femme le pouvoir de réclamer le partage de la communauté, parce que l'exercice de l'action autorisée par l'art. 1446 C. N., n'entraîne pas réellement séparation de biens; tout ce qu'il appartiendrait aux créanciers d'exiger, c'est que la femme fût payée de ses reprises, tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari. Ce système méconnaît la portée de l'art. 1446. Le premier alinéa de cet article pose en principe la personnalité du droit à la séparation; le second consacre une exception au principe. Dans certains cas, les créanciers de la femme seront admis sinon à demander la séparation même, au moins à exercer les droits pécuniaires qui en surgiront; or, d'après l'art. 1443 C. N., la séparation a pour objet non-seulement le remboursement des reprises de la femme, mais encore le retrait de sa dot, c'est-à-dire la dissolution et le partage de la communauté. — Remarquons bien, afin d'éclaircir ce point, que le droit pour la femme de poursuivre le recouvrement de ses reprises au cas de faillite ou de déconfiture du mari, n'a rien d'exceptionnel et se distingue ainsi de la faculté de plaider en séparation (*infra*, n° 17); en conséquence, l'exercice de ce droit par les créanciers de la femme découle simplement de l'article 1166 C. N., et est tout à fait en dehors de la sphère propre de l'art. 1446. On objecterait vainement que l'art. 1443 permet la séparation pour la sûreté des reprises de la femme, et que cette disposition serait inutile si le droit commun autorisait la femme à exi-

ger le remboursement de ses reprises. La réponse est facile : l'art. 1443 C. N. vise une époque antérieure à la faillite ou à la déconfiture du mari.

18. MM. Duranton (*Cours de droit civil*, 14, 420 et 421, éd. de 1834), Rodière et Pont (809) et Dutruc (42) veulent que les revenus des biens qui, au résultat de l'action des créanciers de la femme, rentrent dans le patrimoine de celle-ci, continuent de rester à la disposition du mari chargé de faire face aux dépenses du ménage (V. Rouen, 4 août 1814 — Rej. 11 mars 1816).

Cette décision est erronée. Avant la séparation, les créanciers de la femme n'ont d'action que sur la nue propriété de ses biens personnels, biens dont la jouissance appartient à la communauté. Mais après la séparation réelle ou supposée, la femme reprend réellement ou fictivement la pleine et libre jouissance tant de ses biens personnels que de sa part de communauté : le gage de ses créanciers augmente en même temps et dans la même mesure que sa fortune personnelle, par application de l'art. 2003 C. N. ; leur action atteindra donc ses revenus comme ses capitaux. Laissons au régime dotal ses sévérités exagérées.

19. L'art. 1446 C. N. dit formellement que les créanciers de la femme ont le droit de faire prononcer la séparation s'ils y sont autorisés par leur débitrice : ils doivent en ce cas intenter l'action au nom de la femme, puisque c'est par sa volonté qu'ils agissent. (Renusson, *Traité des propres*, chap. 4, sect. 9, n° 14 ; M. Troplong, 1303.)

Bien entendu, la femme pourra retirer son consen-

tement quand bon lui semblera, quoi qu'en disent MM. Rodière et Pont (811) : au fond, c'est elle qui agit. Mais elle sera obligé de réparer le préjudice qu'elle causerait aux créanciers par imprudence ou par légèreté. Nous accordons, au surplus, à M. Troplong (1393) que le juge devra user en cette matière d'une grande circonspection à cause de la délicatesse des motifs, très-sérieux néanmoins, qui justifieront souvent la conduite de la femme.

17. Nous venons de fixer les droits des créanciers de la femme au cas de faillite ou de déconfiture du mari : ces droits sont en principe ceux-là mêmes que la loi reconnaît à la femme. Toutefois les créanciers ne peuvent demander une séparation réelle, définitive. — On a soutenu que la femme n'aurait pas la même latitude que ses créanciers et que, dans l'hypothèse de la faillite ou de la déconfiture du mari, elle ne serait admise à l'exercice de droits semblables qu'à la charge de demander la séparation.

Une distinction doit être faite. Il n'est pas permis à la femme de provoquer la dissolution et le partage de la communauté, c'est-à-dire une dérogation à la loi pécuniaire du mariage, par une autre voie que celle de la séparation, mais on ne doit pas lui défendre de poursuivre librement et sans recourir à la séparation, le recouvrement de ses reprises. Nous ne méconnaissons pas cette règle que tant que la communauté dure, les créances que les époux ont l'un contre l'autre, doivent être considérées comme inexigibles (art. 1478 C. N., Pothier, *Traité de la comm.*, n° 676 et 677 ; Pa-

ris, 10 frim. an 13 et 1^{er} août 1820; Marcadé, sur l'art. 1478; M. Troplong, sur le même article; Zachariæ, t. 3, § 519, *in fine*); — mais nous n'oublions pas non plus cette autre règle d'après laquelle le débiteur tombé en faillite ou en déconfiture perd le bénéfice du terme (art. 1188 et 1913 C. N.); or il n'y a pas de raison pour refuser à la femme le bénéfice de cette dernière règle, car le droit commun est ici en harmonie avec le système exceptionnel de l'art. 1443 C. N. En effet, si la femme peut réclamer le remboursement de ses reprises, dès que la ruine du mari devient probable, elle le peut *a fortiori*, quand cette ruine est imminente ou complète; et l'on comprend que les conditions auxquelles la poursuite de la femme est soumise au premier cas, ne soient pas exigées au second. (V. jugement de Chambon, du 25 déc. 1840.)

Cependant un arrêt de Besançon, du 20 nov. 1832, a jugé que la femme n'est fondée à exercer ses reprises à l'encontre des créanciers du mari, au cas de déconfiture de celui-ci, que sous la condition de former une demande en séparation; elle devra en conséquence déposer les sommes, qui lui seraient remboursées avant la séparation ou fournir caution en garantie de leur restitution éventuelle. L'arrêt ne donne pas de motifs de sa décision et nous ne suppléerons pas à ce silence. Aucun texte n'impose, de près ou de loin, à la femme, dans l'espèce, la séparation, et l'on ne doit pas déroger arbitrairement au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, alors surtout qu'il s'agit de placer presque de force l'épouse dans une situation qu'elle peut trouver contraire à ses de-

voirs? D'ailleurs, l'arrêt de Lyon aboutira souvent à une impossibilité, si l'on décide, (comme nous le ferons *infra*, n° 28 et 29) que la femme n'a aucun droit à la séparation quand des pertes fortuites ont causé la ruine du mari. Enfin, ce qui paraît décisif, la communauté survit à la faillite du mari (*infra*, n° 28), et cependant l'art. 862 C. com., admet l'action de la femme créancière de la masse.

Sans doute, la communauté continuant d'exister, à défaut de séparation régulière, le remboursement pur et simple des reprises de la femme n'aura pas d'efficacité, en ce sens que la somme payée retombant dans la communauté demeurera à la disposition du mari. Mais rien ne s'oppose à ce qu'un emploi soit ordonné au nom de la femme (art. 1433 et s. C. N.) ; ni, la plupart du temps, à ce que le mari lui fasse une dation en paiement conformément à l'art. 1598, C. N. (*infra*, n° 85 et 90.)

Notons que l'arrêt de Limoges déjà cité, du 2 juillet 1841, dispense le créancier à qui des reprises de la femme sont payées en vertu de l'art. 1446 C. N., de fournir un cautionnement.

18. — La femme mourant sans avoir usé de son droit à la séparation, ne le transmettra pas à ses héritiers, par cette raison simple que son inaction, dans des circonstances qui l'intéressaient plus que tout autre, et dont elle était le meilleur juge, doit être considérée, soit comme une renonciation de sa part à un bénéfice acquis, soit comme une négation péremptoire du péril de ses droits. Mais ses héritiers seront reçus, conformément au droit commun, à continuer l'instance engagée par elle. Dira-t-on que la femme se

serait peut-être désistée de sa demande? Mais c'est une supposition gratuite, contraire même aux présomptions de fait : la femme qui, jusqu'à son dernier moment, a suivi l'instance, l'aurait probablement menée à fin. (Conf. Parl. de Paris, 18 mars 1746; — Zachariæ, t. 3, p. 470. — *Contra*, Douai, 23 mars 1831.)

MM. Pont et Rodière (n° 812), appuient le droit des héritiers sur la maxime romaine : « Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt semel incluse judicio salvæ permanent. (Loi 130, D., *De regulis juris*, 50-13.) Il est certain que, parmi les actions romaines, celles que l'on considérait comme attachées à la personne, passaient activement et passivement aux héritiers des parties, après la *litiscontestatio* (M. Ortolan, *Instituts*, 3, 2048). Mais la novation plus ou moins complète que renfermait la *litiscontestatio*, était une singularité de la procédure formulaire, oubliée déjà dans la procédure extraordinaire et qu'il est par conséquent suranné d'invoquer aujourd'hui. (M. Ortolan, 3, 2065; — Loi 3, Code, *De litiscontestatione*, 3, 9.)

Les héritiers d'une femme interdite continueraient de même l'instance en séparation intentée par le tuteur ou le curateur.

Quel est l'intérêt des héritiers de la femme à faire prononcer une séparation déjà réalisée en fait? Cet intérêt consiste : 1° à obtenir la condamnation du mari aux frais du procès, si la demande est reconnue fondée; 2° à faire dater la dissolution de la communauté du jour de la demande, afin, par exemple, de réclamer

la totalité d'une succession mobilière échue à la femme depuis la demande.

19. — Les créanciers de la femme devenus créanciers de ses héritiers, seront admis à exercer les droits de ceux-ci et à continuer l'instance en séparation déjà engagée. (1166 C. N.)

CHAPITRE II.

DANS QUELS CAS LA SÉPARATION PEUT ÊTRE DEMANDÉE.

§ 1. — Pour la conservation de quels biens.

Nous avons déjà exposé sur cette matière quelques idées générales (*supra*, n° 4); mais il convient d'approfondir certains points qui ont soulevé des controverses intéressantes.

Cas où la femme a fait un apport qui est tombé définitivement et sans charge de récompense, dans la communauté. (1401 C. N.)

20. — Cet apport constitue une dot, car il grossit la masse des ressources dont le mari dispose pour l'acquittement des charges du mariage. Or, l'art. 1443 C. N. autorise la séparation quand la dot est en péril. Le droit de la femme qui a fait un tel apport, de recourir à la séparation, est donc évident. Nous sommes dans l'hypothèse où la femme agit comme copropriétaire d'une communauté qui a reçu sa dot et dont elle demande la dissolution et le partage (*supra*, n° 4 et 8). On ne saurait tolérer chez le mari un droit prétendu de dissiper arbitrairement, honteusement même, le bien que la femme lui a apporté avec une affectation précise et essentiellement morale.

D'Argentré disait autrefois :

« Les meubles sont en la disposition du mari et en
» peut faire sa volonté, faisant provision compétente
» à la femme durant le mariage d'entre eux, jusqu'à

» ce que le mari soit trouvé mal usant de ses biens. »
(Sur les art. 408 ancien, 424 nouveau de la coutume de Bretagne.)

Pothier était de cet avis; car il proclame en termes absolus, au n° 812 de son *Traité de la communauté*, que le péril de la dot est le fondement ordinaire des demandes en séparation de biens.

Il faut décider encore aujourd'hui et sans hésitation que la femme dont l'apport a enrichi la communauté, a le droit d'invoquer l'art. 1443 C. N.

(Conf. Toullier, 13, 23; — Duranton, t. 14, n° 403; — M. Troplong, n° 1313, 1314; — Angers, 16 mars 1808; — Paris, 9 juillet 1811; — Liège, 3 juillet 1830. — Nancy, 14 mars 1837.)

Au cas même où l'apport ne se retrouve plus, la séparation est encore possible (*infra*, n° 24).

Cas où le mari dissipe les revenus de la dot, le capital ne courant aucun danger.

21. — Quand la dot comprend la propriété entière d'une chose, le mari est tenu non-seulement de conserver cette chose, mais encore d'en appliquer fidèlement les revenus à l'entretien du ménage. A Rome, le mari n'avait pas un droit plein et sans contrôle sur les fruits de la dot (*supra*, p. 118), et pourtant la conservation du capital de la dot eût pu sembler remplir suffisamment les intentions du législateur romain en facilitant un nouveau mariage à la femme veuve ou divorcée, tandis que dans notre droit, la destination unique de la dot est de pourvoir aux charges du mariage, en vue duquel elle a été constituée. (Conf. Rennes, 13 mars 1813, 31 mai 1820; — Pau, 9 déc. 1820; — Agen, 28 juin 1832; — Montpellier, 22 janvier 1833; —

Nancy, 28 novembre 1839; — Rej., 28 février 1842; — Lyon, 3 mai 1842; — Orléans, 7 août 1845; — Cass. rej, 17 mars 1847; — Riom, 20 août 1848; — Montpellier, 20 janvier 1852; — Duranton, 14, 404; — M. Troplong, 1313.)

Le mari cependant n'aura aucun compte à rendre de la portion des revenus dotaux qui excédera les besoins du ménage : tout au plus, la femme sera-t-elle en droit de se plaindre, si le mauvais emploi de cette portion met en danger réel et imminent le surplus des revenus dotaux. (Plaidoyer de Cochin, t. 5, p. 142; — Toul-lier, 13, 20; — Rej., 17 mars 1847; — Montpellier, 20 janvier 1852; — Grenoble, 10 mars 1855.)

Cas où la femme a des droits non échus, éventuels, ou même de simples espérances.

22. — La séparation est une mesure préventive : un secours est inutile quand il vient trop tard. Aussi autorise-t-on sans difficulté la femme à réclamer la séparation pour la conservation d'un droit à terme ou exigible; d'un droit éventuel mais acquis, par exemple d'un droit conditionnel dans le sens de l'art. 1478 C. N., du droit résultant d'une institution contractuelle, etc. (Bordeaux, 1^{er} mai 1848; — Liège 3 juillet 1830; — art. 1091, 1003 et 1814 C. N.). — Mais il faut mentionner une particularité relative à certains droits éventuels et acquis de la femme; nous voulons parler de ses gains de survie, c'est-à-dire des libéralités que lui aurait faites son mari par contrat de mariage et pour le cas où elle lui survivrait. D'après l'art. 1482 C. N., la séparation de biens ne donne pas ouverture à de tels gains; dès lors elle serait demandée

en vain pour leur conservation, puisqu'elle ne diminuerait en rien les droits du mari sur les biens qui doivent être employés à leur exécution.

22 bis. — Quand la femme n'a qu'une simple espérance au lieu d'un droit plus ou moins acquis, la question de savoir si la séparation est possible devient plus délicate. Prenons l'hypothèse d'une succession mobilière et disponible attendue par la femme : tout l'actif en doit tomber dans la communauté et deviendra aussitôt le gage des créanciers du mari. Les auteurs et la jurisprudence admettent que la femme, pour prévenir ce résultat, a le droit de demander préventivement la séparation. (Toullier, 13, 26; — Zachariae, t. 3, p. 471; — M. Troplong, 1320; — Marcadé, sur 1443; — Angers, 16 mars, 1808; — Colmar, 11 mars 1838.)

On doit approuver en principe cette doctrine. Répétons-le : un secours évidemment n'a d'efficacité qu'à la condition d'arriver à temps. D'ailleurs la femme agit, dans l'espèce, pour la conservation de sa dot future; le texte même de l'art. 1443 lui est donc favorable.

Et peu importe que l'événement ne réponde pas à l'attente de la femme : car alors où serait l'inconvénient sérieux de la séparation? Les tiers dûment avertis n'auront été victimes d'aucune surprise; et quant aux époux, il leur sera toujours loisible de rétablir entre eux la communauté, s'ils le jugent à propos. Au surplus, désireux de respecter autant que possible le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, nous reconnaissons ici au juge un certain pouvoir d'appréciation; il veillera à ce que

le remède ne soit pas disproportionné au mal, et refusera la séparation si l'intérêt de la femme est minime, et si elle fait valoir des espérances chimériques, ou même peu probables, ou trop éloignées.

L'industrie de la femme peut-elle être considérée comme une dot dans le sens de l'art. 1443 C. N. ?

23. — Merlin (Rép., v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 1, n° 8) pense que la dot ne peut consister qu'en un bien et non en une faculté d'acquérir un bien, c'est-à-dire dans une industrie. (1848 C. N.)

Pothier entendait également le mot *dot stricto sensu* ; mais il est utile de rapporter textuellement ce qu'il dit, sur ce point, au n° 812 de son *Traité de la communauté*.

« Le péril de la dot de la femme étant le fondement
» ordinaire des demandes en séparation de biens, en
» doit-on conclure qu'une femme qui n'a apporté
» aucune dot à son mari, ne puisse jamais demander
» la séparation de biens ? Non ; car une femme qui n'a
» apporté aucune dot peut avoir un talent qui lui en
» tiennent lieu ; comme lorsqu'elle est une habile cou-
» turière, une excellente brodeuse, etc. . . . Si cette
» femme a un mari dissipateur, tous les gains qu'elle
» fait de son talent, entrant dans la communauté, ne
» servent qu'à fournir aux débauches de son mari,
» ou sont la proie des créanciers ; la femme a donc
» intérêt d'obtenir la séparation de biens, pour con-
» server à l'avenir les gains qu'elle peut faire de son
» talent. »

Ainsi Pothier, tout en refusant à l'industrie de la

femme le caractère d'une véritable dot, admet néanmoins que, dans certains cas, cette industrie sera considérée comme l'équivalent d'une dot, et que ses produits pourront être préservés des dissipations du mari au moyen de la séparation de biens. — V. dans le même sens Roussilhe, n° 477.

La doctrine et la jurisprudence modernes décident généralement, comme Pothier et Roussilhe, que la femme est fondée à recourir à la séparation quand elle a un talent particulier dont elle veut mettre les produits à l'abri des dissipations du mari. (Toullier, 13, 28; — Bellot des Minières, *Contr. de mar.*, t. 2, p. 101; — Dalloz aîné, *Rep.*, t. 18, p. 231, n° 18; — Zachariæ, t. 3, p. 472, note 7; — Liège, 25 nov. 1824, 23 avril 1831; — Bruxelles, 31 janvier 1838.)

Et, en effet, rien ne donne à penser que les rédacteurs du Code Nap. aient abandonné sur ce point leur guide habituel. Comment leur supposer l'intention d'augmenter en quelque façon les droits du mari sur la communauté, lorsqu'on les voit, dans les art. 1421, et s., transformer l'ancien *dominus* de la communauté en copropriétaire administrateur?

Sans doute, l'art. 1443 C. N. signale une dot mise en péril : mais d'abord nous verrons que le mot dot a un sens large; et il est remarquable que Pothier, lorsqu'il formule une règle générale sur les cas où la séparation est permise, parle aussi de dot, lui qui cependant autorise la séparation dans notre espèce (n° 510, 512).

La question serait encore plus claire si les produits

du talent ou de l'industrie de la femme étaient d'une importance telle qu'il fût impossible de les prendre pour de simples revenus. Par exemple, la cantatrice qui touche 100,000 fr. par an, doit évidemment chercher soit à reconstituer le capital, qu'elle a dépensé pour ses études musicales, soit à se créer une réserve pour l'avenir. Son traitement se décompose donc en une fraction-capital et une fraction-revenus. Le mari devra placer la fraction-capital et se contenter d'en percevoir les revenus qu'il appliquera ainsi que la fraction-revenus aux charges du mariage : restera seulement à sa libre disposition l'excédant de la totalité des revenus sur la totalité des charges. Que s'il ne respecte pas les bornes posées à son droit d'administration, la femme trouvera dans la séparation une sauvegarde précieuse de ses intérêts.

24. — Jusqu'ici on est assez d'accord. Mais les divergences d'opinion surgissent lorsque la question s'agit non plus au sujet d'un talent particulier de la femme, mais à propos de son industrie ordinaire qui constitue une collaboration de chaque jour à l'enrichissement de la communauté.

Il semble bien résulter du n.º 502 du *Traité de la comm. de Polhier*, qu'aux yeux de ce jurisconsulte, la femme sans dot et sans talent ne saurait prétendre à la séparation de biens ; toutefois les motifs qu'il fait valoir en faveur de la femme sans dot, mais pourvue d'un talent, sont de nature à être invoqués justement par la femme qui n'apporte au mari que sa simple industrie.

Pourquoi empêcher la femme de soustraire à

une administration ruineuse tout ce que la loi considère comme le fruit de ses labeurs? Pourquoi distinguer entre les travaux ordinaires et les travaux extraordinaires? Voici une femme modeste et laborieuse qui détaille simplement les marchandises du commerce de son mari : par des fatigues journalières, elle concourt à la réalisation des bénéfices pendant qu'elle en assure la conservation en faisant régner dans le ménage de précieuses habitudes d'économie. Ne mérite-t-elle pas la protection de la loi autant que l'artiste placée dans une sphère brillante et gagnant vite de grosses sommes? Celle-ci peut sauver les débris d'une communauté dilapidée et se réserver l'avenir. Celle-là ne le pourra-t-elle pas? Elle le pourra, car elle invoque comme la première la foi due aux conventions expresses ou tacites, l'intérêt de la morale, la nécessité d'assurer l'avenir des enfants du mariage. D'ailleurs, le produit du travail est toujours respectable, si obscur que soit le travail.

Pothier refuse à la femme sans dot et sans talent le bénéfice de la séparation de biens, parce qu'il reconnaît au mari sur la communauté les pouvoirs exorbitants d'un *dominus*; mais nous ne pouvons suivre sa doctrine en présence des art. 1421 et s. du C. N. qui réduisent le mari au rôle d'administrateur copropriétaire.

Puis il ne faut pas oublier que les ressources destinées à faire face aux dépenses du ménage, se composent notamment des produits de l'industrie commune des époux et des économies qu'ils réalisent sur leurs revenus (art. 1498 C. N.). Il est donc conforme à l'art. 1541 C. N., de considérer comme dot

les valeurs dues à la collaboration simple de la femme.

Rappelons que l'art. 1853 C. N. admet la réalité légale d'un apport en industrie, quand il s'agit d'une société ordinaire. Or sur quoi établir, touchant cette réalité, une différence entre la société ordinaire et la société conjugale ?

On nous objectera peut-être que la femme supposée laborieuse et économe en fait est paresseuse et prodigue. Mais telle n'est pas la règle générale, et, ce qui est décisif, telle n'est pas la présomption légale. Puisque la femme est appelée en tout état de cause à un partage égal de la communauté, c'est qu'elle est toujours censée avoir fait à la communauté un apport en argent ou en industrie, et un apport égal à celui du mari. Il y a entre les époux une sorte de contrat aléatoire dont la loi a cru devoir apprécier les chances uniformément, à forfait. Les époux ont été supposés égaux en apport, par suite égaux en droits. Donc la femme a toujours une dot réelle ou fictive, en vue de laquelle la séparation de biens est possible. — Rapp. Duranton, 14, 403.

Tout au plus attribuera-t-on au juge le droit de refuser la séparation *cognita causa* à une femme incapable d'une bonne administration. Et encore nous ne pensons pas que le pouvoir du juge aille jusque-là. On attendra la femme à l'œuvre : si, rétablie à la tête de ses affaires, elle se montre incapable ou prodigue, il sera toujours temps de la faire interdire ou de lui donner un conseil judiciaire et de pourvoir ainsi à la conservation de ses biens. — V. *infra*, n° 41 bis.

Voyez dans notre sens : Duranton, 14, 404; — M. Troplong, 1321; — MM. Rodière et Pont, 800; — Marcadé, sur l'art. 1443 C. N.; — Angers, 16 mars 1808; — Rennes, 22 janvier 1812, 23 nov. 1820; — Liège, 8 juin 1833.

Contra: Benoît, *De la dot*, t. 1, n° 276; — Dalloz aîné, *Rép.*, t. 10, p. 231, n° 18; — Bellot des Minières, t. 2, p. 101; — Trib. de la Seine, 23 juin 1810; — Paris, 9 juillet 1811.

§ 9. — Quand y aura-t-il péril pour la dot, les droits ou les reprises de la femme ?

25. — Il y a péril pour la dot, les droits ou les reprises de la femme; quand le mari administre mal soit les biens de la communauté qui renferment la dot, soit les biens de la femme dont les revenus sont dotaux, soit même ses propres biens.

La mauvaise administration par le mari de ses biens personnels est par elle-même une cause suffisante de séparation, en ce qu'elle compromet directement le gage de la femme créancière à raison de ses droits et de ses reprises. En outre, cette mauvaise administration peut inspirer des craintes sérieuses relativement aux biens dotaux et justifier encore, à ce point de vue médiat, la séparation.

Nous avons dit que le péril auquel fait allusion l'art. 1443 C. N., provient de la mauvaise administration du mari; il faut que celui-ci soit convaincu de dol, de faute ou d'incapacité. Cependant les auteurs permettent presque unanimement à la femme d'agir, quand le mari a essuyé des pertes résultant de cas fortuits.

26. — Le droit romain d'abord est pour nous. Il est vrai que la loi 24, D., *Sol. mat.*, 24, 3, sanctionne la répétition de la dot, sans aucune distinction : « ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates » ad dotis exactionem non sufficere. » Mais personne ne prend ce texte au pied de la lettre : autrement, la femme ne pourrait réclamer sa dot que lorsque le mari serait dans l'impossibilité de la rembourser : ce qui est évidemment inadmissible. (Godefroy, sur la loi 24, D., *Sol. mat.*) — Voilà déjà l'autorité de la loi 24 bien diminuée, et aussi celle de la loi 20, Code, *De jure dotium*, 5, 12, conçue dans le même sens que la première. Mais voyons d'autres textes relatifs à la matière.

La loi 22 §, 8, D., *Sol. mat.*, s'occupant d'une femme atteinte de folie furieuse, s'exprime ainsi : « Sin vero » dotem ita dissipaturus (maritus) ita manifestus est, » ut non hominem frugi oportet, tunc dotem seques- » trari, etc., etc. »

La novelle 97, § 6, dit de même : « Quia enim de- » dimus mulieribus electionem etiam constante ma- » trimonio, si male res maritus gubernet, et accipere » eas et gubernare. »

Notons enfin cette belle pensée d'Ulpien : « Quid » enim tam humanum est quam ut fortuitis casibus » mulieris maritum vel uxorum viri participem esse. » — Dans notre ancienne jurisprudence, il n'y a point de doctrine constante sur le point qui nous occupe.

On peut citer comme justifiant la séparation par la faute ou l'incapacité du mari :

Bouteiller (*Somme rurale*, folio 181, édit. de

Paris, 1807) : « Item s'il avenait que le mary se
» tournât à estre *dicipeur de ses biens*. Sachez que
» la femme selon aucuns a cause de demander di-
» vorse quant au lict ou cause de demander *distribu-*
» *tion de biens et que portion luy en soit faicte.* »

D'Argentré sur les art. 408 ancien, 424 nouveau de
la coutume de Bretagne : « *Sic ob causam dilapidationis*
» *datas dotes restituere receptum jure.* »

Et sur l'art. 433 nouveau :

« *Cum separatio bonorum fit ex culpa mariti.* »

Lebrun (liv. 3, chap. 1, n° 3, *Traité de la commun.*) :

« La séparation de biens est fondée sur la *mauvaise*
» *conduite du mari dans l'administration de ses biens*
» *et de ceux de la femme.*

— Nous trouvons en sens opposé :

Roussilhe (*Traité de la dot*, n° 474). D'après lui, la
voie de la séparation est ouverte à la femme par cela
seul que les biens du mari ne sont pas suffisants pour
répondre de la dot.

Argou (tome 2, chap. 20, *Institution au droit*
français). Il propose la séparation quand le mari fait
mal ses affaires par suite de malheurs impossibles à
éviter : le bien de la femme ne doit pas périr avec ce-
lui du mari.

Pothier (*Traité de la communauté*, n° 510) : « Il
» n'est pas nécessaire que le mauvais état des affaires
» du mari soit arrivé par sa faute ou par sa mauvaise
» conduite. » — « Quoique le dérangement de ses af-
» faires soit arrivé sans sa faute, par des pertes con-
» sidérables survenues dans son commerce, qu'il
» n'avait pu prévoir, il suffit pour obtenir la sépara-

- » tion que les biens du mari ne soient point suffisants
- » pour répondre de la dot de la femme. »

Rousilhe, Argou et Pothier se reportent à la loi 24, D., *Sol. mat.*, dans laquelle ils prétendent trouver la formule exacte de la séparation. Mais ils devraient accepter ou rejeter ce texte dans son ensemble, au lieu de le prendre à la lettre pour autoriser la séparation quand aucun grief ne s'élève contre l'administration du mari, et de le corriger pour donner à la femme le droit d'agir avant la ruine complète de son conjoint.

En outre, leur solution est tout à fait contraire à l'équité, car elle n'associe la femme au mari que dans la bonne fortune.

Tâchons maintenant de comprendre le système du Code et pour cela relisons l'art. 1443 :

- « La séparation de biens ne peut être poursuivie
- » qu'en justice par la femme dont la dot est mise en
- » péril et lorsque le désordre des affaires du mari
- » donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne
- » soient point suffisants pour remplir les droits et
- » reprises de la femme. »

Dira-t-on avec Toullier (13, 21) que, pour la dot, sitôt qu'il y a péril, quelle qu'en soit la cause, la séparation est possible ; mais que, relativement aux reprises, le péril doit nécessairement provenir du désordre des affaires du mari ? Non : l'idée qui domine l'art. 1443 est d'opposer deux cas bien distincts de séparation : celui où il s'agit d'une dot à conserver et celui où il s'agit d'un remboursement ordinaire exigé par la femme. (*Sup.*, n° 4 et 5.)

Mais, à notre point de vue, les deux cas comportent

des solutions identiques. La femme ne saurait se plaindre d'accidents à l'abri desquels elle n'aurait point été si elle avait conservé l'administration de sa fortune. On lui doit protection seulement à raison des dangers spéciaux exceptionnels que lui fait courir la prépondérance du mari dans les affaires du ménage.

Aussi la seule cause de séparation indiquée par l'art. 1443 C. N., est-elle le *désordre des affaires* du mari.

Cette expression « *désordre des affaires* » désigne grammaticalement le mauvais état d'affaires qui ne sont pas administrées comme elles devraient l'être.

La séparation n'est donc qu'un remède à l'abus que le mari ferait de ses droits sur les biens de la femme : s'il use sagement de ses droits, si son administration défie toute juste critique, la séparation est impossible.

On objecte que le Code a dû suivre l'opinion de Pothier, mais on oublie qu'entre le Code et Pothier, il y a l'*Exposé des motifs* présenté par M. Berlier et dans lequel on lit ceci :

« Le secours de la séparation dû à l'épouse malheureuse d'un mari *dissipateur*, ce secours dû dans tous les systèmes et sous le régime dotal comme sous le régime de la communauté, ne pouvait disparaître de nos lois..... » (Fenet, t. XIII, p. 672).

Puis il est à noter que Pothier, traitant des causes de séparation, parle de *mauvais état* des affaires du mari, et de *dot en péril*, tandis que dans l'art. 1443 C. N., il est question de *désordre* des affaires du mari et de *dot mise en péril*. Le changement d'expressions trahit un changement d'idées. (V. Pothier, *Traité de la comm.*, n° 510 et s. — *Introd. à la cout. d'Orléans*, tit. X.)

Notre opinion se recommande à un point de vue particulier d'équité. La femme qui a ou qui aurait profité des bénéfices imprévus réalisés par le mari, doit prendre sa part des pertes également imprévues qu'il vient à subir.

N'est-il pas, en outre, conforme au devoir d'affection de la femme envers le mari, qu'elle s'attache à lui dans la mauvaise comme dans la bonne fortune?

« Quid enim tam humanum est quam ut fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse? » — Et quant aux enfants dont l'intérêt préoccupe beaucoup nos adversaires, la femme fera au moins autant pour eux en leur donnant l'exemple du devoir noblement accompli qu'en leur conservant quelques écus.

Conf. : Turin, 23 mars 1811; — Metz, 18 juin 1818; — Lyon, 11 juin 1853; — Req., 11 novembre 1864; — *Contra* : Turin, 9 fructidor, an xiii; — Toulouse, 15 janv. 1818; — Riom, 29 août 1848; — Merlin, Rép. v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 1, n° 5; — Zachariæ, t. 3, p. 475; — MM. Rodière et Pont, 794; — Marcadé, sur l'art. 1443, C. N.; — M. Dutruc, 79. — Nous remarquons que M. Troplong soutient, à quelques pages de distance, sur notre question, le pour et le contre. V. nos 1317, 1329 et 1333.

27. Les tribunaux apprécieront si le danger que courent les intérêts de la femme est réel. Cependant la Cour de cassation n'aura jamais à faire une semblable appréciation, parce que les faits échappent à sa compétence : elle peut seulement en rétablir la qualification juridique. (Rej., 6 janvier, 24 août 1808.

— Req., 20 juin 1822; — Rej., 6 juillet 1847; — Rouen, 30 août 1856.) — La preuve du danger doit être administrée par la femme obligée, comme tout demandeur, de justifier ses dires.

Notons que la séparation ne doit servir de garantie que contre des pertes d'une certaine importance. *Pour la gloire du sexe*, comme disait Lebrun (liv. 3, chap. 1, n° 9), on ne souffrira pas que la femme en vienne trop facilement aux dernières extrémités. V. Turin, 23 mars 1811; — Lyon, 11 juin 1853; — M. Troplong, 1332.

De même, nous pensons avec Toullier (13, 29) et M. Troplong (1325) que le juge, lorsqu'il appréciera l'opportunité de la séparation, devra tenir compte de la sûreté qui réside dans l'hypothèque légale.

Ces généralités exposées sur la nature et l'étendue du péril qui, menaçant les intérêts de la femme, légitime la séparation de biens, examinons quelques cas particulièrement dignes d'attention.

28. — On a posé la question de savoir si l'état de faillite entraîne de plein droit la séparation de biens.

Rousilhe est invoqué par les partisans de l'affirmative : il dit au n° 494 de son *Traité de la dot* :

« Au surplus, quand il y a abandonnement de
» biens ou faillite, le femme est censée séparée de
» plein droit et dès lors elle peut se faire autoriser
» pour exercer ses reprises »

D'autre part, on avance que les art. 557 et s. du Code de commerce, réglant les droits de la femme au cas de faillite du mari, supposent la séparation accomplie.

• Comment, disent MM. Pont et Rodière (n° 804),

• le mari pourrait-il conserver l'administration
• des biens de sa femme, quand il a perdu l'ad-
• ministration des siens propres, et à quel titre pour-
• rait-il jouir des fruits affectés à des charges qu'il ne
• peut plus supporter ? »

Mais d'abord Rousilhe n'a pas l'opinion qu'on lui prête; car il exige, dans le passage cité, que la femme *se fasse autoriser* pour exercer ses reprises; et même dans son n° 485, il déclare formellement que la faillite du mari donne lieu à la séparation, en ce sens uniquement que le droit de la femme se trouve alors tout démontré; et il ajoute qu'un jugement sera toujours nécessaire pour réaliser la séparation.

En outre, les art. 557 et s. C. comm. ne supposent nullement la séparation accomplie; ils déterminent simplement les choses que la femme a le droit de retirer de la masse, vis-à-vis des tiers, ses immeubles propres, ceux acquis par elle en emploi régulièrement effectué, etc. Ils s'occupent aussi des reprises de la femme. Mais on chercherait en vain dans leurs dispositions un mot ayant trait à la dissolution de la communauté.

Nous répondrons spécialement à MM. Rodière et Pont, que la faillite du mari peut avoir une autre cause que sa mauvaise administration, que par suite elle ne préjuge rien quant à son aptitude plus ou moins grande aux affaires. L'incapacité dont il est frappé comme failli, est relative: elle a pour but de prévenir les fraudes qu'il serait tenté de commettre sur ses propres biens, au détriment de ses créanciers.

On ne voit donc pas ce qui empêcherait le mari failli

d'administrer les biens de la femme, d'en percevoir les revenus et de les affecter aux charges du mariage. Son titre sera dans sa qualité de mari qui existe toujours et qui lui donne le gouvernement du ménage. Enfin il pourra n'être pas dans l'impossibilité d'acquitter les dépenses du ménage, s'il jouit des biens de la femme. Comp. art. 474 Code comm.

En admettant que la faillite du mari ait pour conséquence forcée la séparation de biens, on ne comprendrait pas l'interprétation donnée ordinairement à l'art. 1447 C. N., et d'après laquelle, au cas de faillite du mari, les créanciers de la femme peuvent exercer les droits de leur débitrice, mais non demander la séparation. Pourquoi cette nuance, si la séparation est déjà effectuée ?

Nos adversaires font bon marché de l'immutabilité des conventions matrimoniales, quand ils soutiennent, en l'absence d'un texte positif, que la séparation résulte *ipso jure* de la faillite du mari. — Ils violent ensuite la liberté de la femme en lui imposant une situation qu'elle peut trouver peu conforme à ses devoirs d'épouse. On ne saurait le proclamer trop haut : le mariage ne doit pas être une spéculation, et l'opinion publique applaudit au désintéressement de la femme qui sacrifie sa fortune pour sauver l'honneur de son mari. Certes, on ne peut commander l'héroïsme, mais qu'on laisse au moins la femme maîtresse de suivre ses inspirations généreuses.

La jurisprudence vient à notre appui. Plusieurs arrêts décident que, le mari étant en faillite, la femme qui poursuit la séparation est tenue de mettre en cause le

syndic : c'est assez dire que la séparation n'est pas accomplie de plein droit par la faillite. Voyez et comp. : Req., 21 nov. 1821 ; — Rejet, 30 mars 1828 ; — Montpellier, 7 juin 1828 ; — Bourges, 24 mai 1826 ; — Angers, 11 mars 1842 ; — Cass., 27 juin 1842. — *Contra* : Liège, 3 juillet 1830.

29. — Quant à la déconfiture, tout le monde s'accorde à dire qu'elle n'entraîne pas nécessairement la séparation.

30. — La saisie des meubles ou des immeubles du mari est-elle une cause admissible de séparation ? L'affirmative était adoptée dans l'ancienne jurisprudence, au moins quant à la saisie immobilière. (Merlin, v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 1, n° 9 bis.) — Aujourd'hui, les tribunaux distinguent et ne prononcent la séparation que si, en définitive, la femme manque des sûretés qui lui sont dues. (Rennes, 17 juillet 1816 ; — Douai, 22 déc. 1836 ; — Merlin, Rép., v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 1, n°s 9 bis et 20 ; — Benoît, t. 1, p. 279 ; — Zachariæ, t. 3, p. 472.) — La solution sera la même relativement aux charges hypothécaires qui grèveraient les biens du mari (Rennes, 9 févr. 1818.)

30 bis. — Toullier (13, 31) pense, sur le fondement des art. 1188 et 1134 C. N., que la séparation doit être prononcée quand le mari néglige de donner à la femme telle sûreté qu'il lui a promise par contrat de mariage. Mais la rigueur du droit commun s'efface devant les exigences d'une situation toute spéciale (art. 1395 et 212 C. N.). La femme invoquera inutilement l'art. 1443 C. N., tant que ses droits ne seront pas sérieu-

sement menacés. (Rousilho, 478; — Pothier, 511; — Merlin, Rép., v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 1, 6; — M. Troplong, 1332; — M. Dutruc, 85.)

31. Une exploitation excessive par le mari des bois qui couvrent un immeuble de la femme, autoriserait la séparation (Comp. Riom, 3 mars 1818). Il en serait ainsi de tous autres abus commis par le mari dans l'administration des propres mobiliers ou immobiliers de la femme. (M. Dutruc, 74 et 87.)

32. Aucune critique fondée ne peut être adressée au mari qui place à fonds perdus ses capitaux ou ceux de la communauté, à moins qu'une circonstance particulière ne rende l'opération imprudente. (Metz, 14 avril 1821; — *infra*, 142).

33. La séparation n'est pas valablement motivée par cette circonstance que le mari refuse d'autoriser la femme à accepter une succession. L'autorisation du tribunal remplacera, s'il y a lieu, celle du mari, et sauvegardera pleinement les droits de la femme. (Arrêt du parl. de Paris, février 1725; — Merlin, v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 1, 9; — M. Dutruc, 89; — art. 219 C. N.)

34. — MM. Rodière et Pont (801) tombent à la suite de Rousilho (482) dans une erreur certaine, quand ils représentent l'absence du mari comme mettant la dot en péril dans le sens de l'art. 1443, et appelant en conséquence la séparation. L'art. 1443 suppose un mari présent et qui administre mal. Dans l'absence, le mari est présumé mort, ou tout au moins la plus complète incertitude règne sur son existence; dès lors comment parler du danger qui résulte de

sa mauvaise gestion? Un mort ne saurait être administrateur infidèle. *Prius est esse quam esse talis*. D'ailleurs la communauté est peut-être déjà dissoute.

En somme, l'absence comporte des règles exceptionnelles qui ont pour but de protéger les droits des tiers intéressés et notamment ceux de la femme de l'absent; il faut s'en tenir à ces règles.

35. La femme représentera inutilement, pour obtenir la séparation, que le mari refuse de lui donner un domestique et la condamne à des travaux incompatibles avec son âge, sa santé, sa position de fortune et son éducation; qu'il lui impose d'autres privations plus ou moins pénibles et qu'il aurait déclaré vouloir placer les revenus de la communauté en titres au porteur. Mais la séparation de corps se trouvera possible, si certains de ces faits sont suffisamment graves. Ainsi jugé par un arrêt de Paris du 9 mars 1863.

36. L'hypothèse d'un mari incapable mérite un sérieux examen.

L'art. 1871 C. N. pose en principe que l'incapacité reconnue d'un associé est une cause de dissolution de la société. Or, la séparation de biens peut être prononcée pour incapacité du mari. Est-ce à dire que la femme sera fondée à invoquer en ce point le droit commun dans toute son étendue? Nous ne le pensons pas, parce que la société conjugale se complique d'un élément moral très-important : elle est en effet garantie, consolidée par le devoir spécial d'assistance réciproque qui existe entre les époux. Ainsi, par exemple, l'interdiction du mari ne justifiera pas une demande en séparation.

Pour permettre la séparation à la femme d'un interdit, on fait valoir qu'en thèse un mandataire ne saurait s'imposer ni être imposé. Or, la femme n'a pas entendu confier la défense de ses intérêts au tuteur du mari : elle est donc en droit de refuser ses services. D'autre part, le mari est incapable de toute gestion. Dès lors il n'y a plus qu'à remettre à la femme elle-même l'administration de sa fortune. (V. Renusson, part. 1, chap. 9, n° 4; — Lebrun, 1^{re} part., chap. 9, n° 4; — Rousilho, n° 483; — D'Argentré, sur la coutume de Bretagne, art. 433; — MM. Rodière et Pont, 803; — Lyon, 20 juin 1845.)

Une distinction est proposée par M. Dalloz (1666). Si l'administration du tuteur offre à la femme des garanties suffisantes, ses plaintes ne seront pas écoutées; au cas contraire, elle demandera justement la séparation.

Le premier système doit être rejeté, parce que la séparation n'a d'autre but que de protéger la femme contre la mauvaise administration du mari. Puisque le mari n'administre pas, il n'y a plus à parler de la séparation. Sans doute, la femme éprouvera quelque gêne à se trouver en relations d'affaires avec un étranger; mais sa fortune ne court aucun danger et c'est là l'essentiel. (Zachariæ, § 516; — Nîmes, 3 avril 1832; — Reims, 8 février 1861.)

Quand au second système, il renferme une méprise : si le tuteur n'offre pas des garanties suffisantes de bonne administration, c'est qu'il n'est pas l'homme probe et intelligent à qui la loi veut que la tutelle soit confiée : il doit, en conséquence, être remplacé par

une personne plus digne ou plus capable, qui administrera avec sagesse tant les biens du mari que ceux de la femme.

Nous nous arrêterons à une décision semblable au cas où, par application de l'art. 499 C. N., un conseil judiciaire aura été donné au mari dont l'intelligence est faible. Avec l'assistance de son conseil, le mari administrera convenablement ses biens et ceux de sa femme.

Lorsque le mari a reçu un conseil judiciaire pour cause de prodigalité, il faut encore tenir pour assurée la bonne administration de la fortune de la femme et refuser à celle-ci le bénéfice de la séparation. Observez que la prodigalité est moins une faute qu'un cas de faiblesse d'intelligence. Il importe peu, au surplus, que le changement apporté à la situation première des époux soit, en quelque sorte, la conséquence de la faute du mari, si, en réalité, la femme n'a aucun péril sérieux à redouter pour ses intérêts. — Nous développerons cette idée au n° suivant.

Voici une objection spécieuse contre notre système. — Le devoir réciproque d'assistance entre époux impose à la femme dont le mari est faible d'esprit ou prodigue, l'obligation de lui faire donner un tuteur ou un conseil, selon le cas. Il suit de là que la femme ne peut jamais être admise à poursuivre la séparation pour cause d'incapacité du mari. En effet, ou cette incapacité est légère et la femme est tenue de la supporter patiemment ; ou elle est grave et alors la femme, au lieu d'abandonner, pour ainsi dire, son mari, devra lui venir en aide, et les mesures qu'elle provoquera dans ce but mettront ses propres intérêts à couvert.

Ce raisonnement va à l'extrême. L'interdiction ou la dation d'un conseil judiciaire sont des mesures essentiellement attentatoires à la liberté civile ou même individuelle, et auxquelles par conséquent on ne doit arriver qu'assez souvent, quand, par exemple, le mari, au résultat de la séparation, devra se trouver sans aucun bien à administrer, préférer son interdiction à la séparation, ce serait violer mal à propos les droits de l'individu. La séparation pour cause d'incapacité du mari est déjà chose grave pour celui-ci, moins grave cependant qu'une interdiction plus ou moins complète, lui enlevant toujours la libre administration même de ses biens personnels. Il nous semble que la femme doit rester libre de choisir entre la séparation et l'interdiction. Si elle choisit la séparation, elle pourra toujours recourir à l'interdiction, les circonstances le demandant : mais si elle commence par faire interdire son mari, elle perdra son droit à la séparation.

37. — Le mari contumax ou condamné, soit aux travaux forcés à temps, soit à la réclusion, est frappé d'incapacité légale. Le principe de la personnalité des peines exige-t-il que la femme puisse recourir à la séparation, afin de souffrir le moins possible des mesures prises contre le mari dans l'intérêt de la société ? Certes, la femme ne doit pas être punie pour le crime de son mari ; mais il n'est pas exact de considérer comme des peines, certaines conséquences forcées de la solidarité conjugale. Le point à considérer, c'est que les biens de la femme régis par l'administration des domaines ou par le tuteur du mari, ne courent point de

danger véritable. Donc il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 1443 qui n'a en vue que les intérêts pécuniaires de la femme.

La séparation ne doit pas non plus être prononcée contre le mari sous prétexte qu'il est en état d'accusation. Sans doute, il se trouvera quelquefois alors dans l'impossibilité de pourvoir lui-même convenablement à l'administration de ses biens et de ceux de la femme; mais celle-ci le suppléera très-bien avec l'autorisation du tribunal (221, 222 C. N.). Ajoutons que l'inconvénient est forcément passager. (Voyez arrêt de Dijon, du 10 juillet 1898, en notre sens. — Merlin, *v° Sép. de biens*, sect. 2, § 1, n° 7).

38. — La femme appelée aux fonctions de tuteur ou de conseil de son mari, n'a plus aucune raison de demander la séparation, puisqu'elle se trouve chargée elle-même de la défense de ses propres intérêts : s'ils périclitent, c'est par sa faute.

3. — De quelques fins de non-recevoir qu'on a opposées à la demande en séparation.

39. — La demande en séparation de biens peut précéder, suivre ou accompagner la demande en séparation de corps.

La première soulève une question d'argent, la seconde une question de personne : elles sont donc indépendantes l'une de l'autre. D'où les décisions suivantes :

La demande en séparation de biens est recevable

pendant le cours de l'instance en séparation de corps. (M. Dalloz, 1674.)

La réconciliation des époux venant interrompre l'instance en séparation de corps (art. 309, C. N.), la femme conserve le droit de former plus tard une demande en séparation de biens. (Paris, 27 mai 1837.)

La femme qui a succombé dans une demande en séparation de biens sera admise à intenter postérieurement une action en séparation de corps qui, si elle réussit, entraînera, par voie de conséquence, la séparation de biens. (Req., 23 août 1800.)

40. — Le président du tribunal, au moment où il autorise une femme à plaider en séparation de corps, lui assigne une maison distincte du domicile conjugal, dans laquelle il l'autorise à se retirer provisoirement (art. 878 C. pr.). Si, avant le jugement, elle cesse d'habiter cette maison, s'expose-t-elle à voir sa demande rejetée? La question fait doute. M. Demolombe est pour l'affirmative (n° 414, 2^e vol. du *Traité du mariage*); il se fonde sur l'art. 269 C. N. qui, en pareil cas, permet de repousser la demande de divorce.

Quand il s'agit d'une séparation de biens, la même difficulté ne se présente pas, car le président n'assigne pas à la femme qui la poursuit, un domicile distinct de celui du mari; la bonne harmonie entre les époux n'étant pas censée compromise. Mais, dit-on, il arrivera que la femme, au cours de l'instance, abandonne le domicile conjugal qui est demeuré le sien? Nous répondrons qu'alors la femme contreviendra à l'art. 214 C. N. et non à l'art. 878 C. pr.; le mari aura contre elle les voies ordinaires de répression, et

le procès en séparation suivra son cours. Car l'on ne saurait dire que la faute de la femme justifie celle du mari. L'art. 1184 C. N. est inapplicable à des obligations morales réciproques. Ajoutez que peut-être la femme n'a déserté le domicile conjugal que parce qu'elle n'y trouvait pas, après les dissipations du mari, une position conforme à ses besoins légitimes (Conf. : Paris, 19 avril 1817; — Grenoble, 1^{er} août 1817; — Paris, 24 janvier 1826; — Amiens, 18 août 1826; — Angers, 22 février 1828; — Poitiers, 15 août 1836; — Paris, 27 mai 1837; — MM. Rodière et Pont, 1335; — Marcadé, sur l'art. 1443 C. N. — M. Dalloz, 1677; — M. Dutruc, 48. — *Contra* : Turin, 8 décembre 1810. — Rennes, 23 juillet 1812: — M. Benoit, 297.)

Sans aucun doute, le mari reprochera avec encore moins de fondement à la femme son absence du domicile conjugal, s'il a consenti à cette absence. (Cass., 30 mars 1825.)

41. — Faut-il dénier le secours de la séparation à la femme qui a détourné ou recélé des effets de la communauté? Non, en principe. L'art. 1460 C. N., qui retire à la femme convaincue d'une semblable faute, le droit de renoncer à la communauté, ne peut être étendu, parce qu'il contient une disposition pénale.

La question était diversement résolue dans l'ancien droit. (Voir Poullain-Duparc, *Principes du droit français*, n° 322; — Arrêt du parl. de Bretagne, du 12 juillet 1731, rapporté par Leprêtre, cent. 3, chap. 71.) Mais la jurisprudence moderne est en faveur de la

femme (Paris, 6 mai 1810; 18 décembre 1815; — Douai, 22 novembre 1810; — Req., 31 mai 1814; — Rennes, 17 juillet 1816, et 9 février 1818; — Toulouse, 23 août 1827.)

41 bis. — Les motifs de ce dernier arrêt nous suggèrent une observation. Si la communauté se trouve ruinée précisément par la faute de la femme, sans aucune participation directe ou indirecte du mari, il semble que la séparation cesse d'être possible, même dans le système de ceux qui la permettent contre un mari bon administrateur. La femme ne peut équitablement se plaindre de maux dont elle est le seul auteur.

Mais la solution sera différente si la faute de la femme n'est pas étrangère au mari. Celui-ci, par exemple, n'élèverait pas une fin de non-recevoir valable contre la demande de séparation, en établissant que le désordre de ses affaires vient des prodigalités de la femme. Il a eu tort de ne pas user de son autorité pour maintenir l'ordre et l'économie dans le ménage : sa faute ne lui créera pas un droit. Que si après la séparation la femme continue ses prodigalités, elle recevra un conseil judiciaire. (Marcadé, sur l'art. 1443, C. N.; — MM. Rodière et Pont, 774; — M. Dutruc, 81; — Metz, 18 juin 1818; — Angers, 22 février 1828. — *Contra*, M. Troplong, 1334.)

42. — Pigeau (T. 2, p. 406, n° 4), enseigne que la femme peut renoncer par anticipation, dans certains cas, au bénéfice de séparation. Cette doctrine paraît contraire à l'esprit du législateur qui, dans l'art. 1465, annule toute convention enlevant à la femme le droit de répudier la communauté. La loi protégerait

vainement la femme, si celle-ci avait la faculté de repousser à l'avance le secours qui lui est réservé.

43. — La femme ne sera pas regardée comme déchue du droit à la séparation, parce qu'elle aurait perdu des sûretés par sa faute; ayant consenti, par exemple, imprudemment à l'aliénation des immeubles de son mari. Elle a probablement cherché, en approuvant cette aliénation, soit à consolider la paix domestique, soit à donner une preuve d'affection à son mari, soit à préparer un avenir meilleur pour la famille. Sa confiance ou, si l'on veut, sa faiblesse aggrave au lieu de décharger la responsabilité du mari. (Toullier, 13, 31; — Dalloz, 1656.)

44. — Ceux qui admettent la possibilité de la séparation au cas où la ruine du mari provient de pertes fortuites, se demandent si la femme est recevable en son action, lorsque le mari n'offrait pas déjà au temps du mariage une solvabilité certaine et que cette circonstance était connue de tous? La réponse est généralement négative (Dalloz, 1650; — MM. Rodière et Pont, 707; — M. Troplong, 1329; — Metz, 18 juin 1818.) — Et quand la fortune du mari s'est d'abord améliorée et puis est retombée au premier état, la femme n'est en droit de poursuivre la séparation qu'autant que cette diminution est imputable à la faute du mari. C'est ce qu'enseignent MM. Rodière et Pont, n° 709; ils ont bien saisi, en ce point, la grande différence qui existe entre une perte éprouvée fortuitement et une perte due à l'inconduite ou à l'incapacité du mari. Pourquoi ne vont-ils pas plus loin et ne refusent-ils pas toujours à la femme le bénéfice de séparation, quand

la diligence et la capacité du mari ne peuvent être critiquées?

Dans notre système sur la nature du péril que motive la séparation, on ne refusera pas à la femme l'application de l'art. 1443, sous ce prétexte qu'elle aurait connu, au jour du mariage, les mauvaises habitudes ou l'incapacité de son mari. La renonciation anticipée de la femme à la protection de la loi est, d'abord, toujours nulle comme contraire à l'ordre public, qu'elle soit faite expressément ou tacitement. Elle constituerait, en outre, dans l'hypothèse, une sorte de contrat immoral au regard du mari qui aurait comme un droit acquis à mal administrer. Qu'on le remarque d'ailleurs : la femme a pu connaître les imperfections de son mari, sans pour cela les accepter ; elle espérait certainement les voir disparaître ou tout au moins diminuer (M. Troplong, 1331 ; — Dalloz, 1652 ; — Marcadé, sur l'art. 1443 C. N. ; — Godefroy, sur la loi 24, *Sol. mal.*, note 22.)

45. — Le mari combattra peut-être la demande de séparation, en faisant valoir certaines espérances de fortune, ou en offrant de faire garantir par une caution le remboursement des droits et reprises de la femme. Nous pensons qu'il invoquerait inutilement des espérances de fortune (Pau, 9 déc. 1820) ; mais que l'offre d'une caution solvable pourra conjurer la séparation si, d'autre part, la femme est complètement rassurée relativement à l'entretien du ménage. Tel est le sentiment de M. Troplong (n° 1328). La jurisprudence paraît être en sens contraire. (V. Rouen,

21 nov. 1812; Cass., 27 avril 1847 : mais dans les espèces de ces arrêts, le mari ne justifiait pas de ressources suffisantes pour faire face aux besoins de la famille.

48 *bis*. La femme qui a échoué dans une demande en séparation, est recevable à en former une nouvelle en s'appuyant sur des faits postérieurs à la première. Sans doute, les moyens nouveaux font échec à l'autorité de la chose jugée, quand il s'agit de preuves et de documents existants déjà lors de la première instance. Mais nous supposons une demande basée sur des faits postérieurs à la première instance : la nature du procès est la même, sa cause véritable a changé. (Toullier, 13, 35.)

CHAPITRE III.

CONDITIONS AUXQUELLES LA SEPARATION EST SOUMISE.

SECTION I. — FORMES.

§ 1. — Séparations volontaires.

46. — La séparation de biens peut entraîner des avantages indirects entre époux.

Supposons que le mari ait une fortune personnelle de 200,000 fr., donnant 10,000 fr. de revenu. La femme, d'autre part, n'a aucun bien propre, en sorte que la communauté comprend seulement les 10,000 fr. de revenu annuel provenant du mari. Si les époux dépensent seulement 6,000 fr. par an pour tout leur entretien et économisent ainsi 4,000 fr., la femme gagnera chaque année 2,000 fr., sans parler de la capitalisation des intérêts. Dans cette hypothèse, la séparation de biens procurerait au mari un avantage de 2,000 fr. au moins par an. Les époux jouissent-ils d'une assez grande liberté l'un vis-à-vis de l'autre pour qu'on leur permette sans restriction un tel changement à leur situation pécuniaire respective ?

En outre, la séparation menace gravement les créanciers du mari en ce qu'elle soustrait à leur action pour l'avenir les revenus des biens de la femme. On sait aussi que, lors du partage de la communauté, la femme acceptante ou renonçante qui a des reprises à exercer,

vient en concours avec ces mêmes créanciers, tant sur les biens du mari, que sur ceux de la communauté : or la dissolution et le partage de la communauté sont des conséquences nécessaires de la séparation.

Enfin la séparation étendant la capacité de la femme en restreignant les droits du mari, ne peut rester secrète sans danger pour les tiers qui traiteraient avec celui-ci.

47. — On conçoit donc facilement que le législateur ait imposé à la séparation des conditions assez rigoureuses pour rendre difficile sinon impossible tout abus.

Ainsi se justifie la prohibition des séparations volontaires.

A la page 131, nous avons parlé d'une restitution *volontaire* de la dot : il s'agissait d'une restitution que la femme n'était pas en droit d'exiger. La séparation volontaire dont nous nous occupons maintenant est celle qui se réaliserait sans jugement, abstraction faite du point de savoir si la femme est fondée ou non à la requérir.

La Cour de cassation a reconnu plusieurs fois que la prohibition des séparations volontaires n'était pas, autrefois, de jurisprudence générale. (Req., 30 germ. et 6 prairial an 10; — Paris, 10 vent. an 13; — Turin, 28 mars 1806; — Cass. rej., 11 juillet 1809.)

La Coutume d'Artois, par exemple, ne l'admettait pas.

Dumoulin non plus : « *Imo puto, disait-il, quod si voluntarie se séparent, dummodo palam et realiter hoc exequatur, quod futuri creditores non possent*

• contravenire : alias vir et uxor cogherentur facere
• litem et sumptus, quod est absurdum : saltem re-
• spectu tertii in futurum. » (Art. 110 ancien, 220
nouveau, de la Cout. de Paris.)

Plusieurs arrêts accueillirent cette doctrine. Voyez
les décisions des 8 mars 1631 et 20 août 1724 citées
par Merlin (Rép., v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 3, art.
1 et 2); des 27 mars 1708 et 5 sept. 1761 rapportées
par Denizart (v° *Sép.* n° 21 et 22) (1).

Mais les Coutumes d'Orléans (art. 198), de Dunois
(art. 58), de Sedan (art. 97), de Melun (art. 215), de
Berry (art. 49), interdisaient les séparations volon-
taires.

Parmi les auteurs, étaient pour la prohibition : Du-
plessis, *Communauté*, liv. 2, chap. 2; — Roussilhe,
n° 486; — Argou, t. 2, chap. 20; — Lebrun, liv. 3,
chap. 1, n° 5; — Pothier, n° 516.

Le projet du Code civil présentait un article ainsi
conçu : « La séparation de biens doit être ordonnée
» en justice, sans qu'elle puisse être portée devant ar-
» bitres. » (Fenet, t. 2, p. 315.)

Pour comprendre la portée de cette rédaction, il
suffit de se rappeler que la loi du 24 août 1790 (tit.
10, art. 12), autorisait les époux majeurs à porter de

(1) Placer dans la Novelle 440, comme semble le faire M. Du-
truc (n° 1), l'origine du système qui valide les séparations volon-
taires, c'est commettre deux erreurs; car 1° aucun texte de droit
romain ancien ou nouveau n'interdit au mari la restitution
amiable de la dot; elle était donc permise avant Justinien; 2° la
Novelle 440 a trait à la dissolution du mariage par le consente-
ment mutuel des époux et non à la restitution de la dot.

vant des arbitres les demandes de ce genre (Paris, 10 ventôse an 13).

D'après l'art. 1443, C. N. : « Toute séparation volontaire est nulle... »

Le Code ne proscriit pas, il est vrai, formellement l'arbitrage. Mais l'art. 1004 C. proc. défend expressément de compromettre sur les séparations d'entre mari et femme, sans aucune distinction du genre de séparation. Au surplus, les termes mêmes de l'art. 1443 C. N. ont été jugés suffisants par deux arrêts, l'un de Paris (24 avril 1813) et l'autre de Colmar (22 avril 1817), pour faire rejeter, en notre matière, l'arbitrage. « La séparation de biens, dit cet article, » ne peut être poursuivie *qu'en justice*... » L'énergie de l'expression ne saurait convenir à la désignation d'une procédure amiable.

Néanmoins la séparation conventionnelle effectuée autrefois dans un pays où elle était permise, n'a pas été révoquée par la publication de l'art. 1443 C. N. (Turin, 28 mars 1806.) — Et même cet article ne fait pas obstacle à ce qu'une séparation de biens soit stipulée aujourd'hui entre époux mariés sous l'empire de Coutumes qui leur concédaient le droit de faire une telle stipulation. (Liège, 22 juillet 1821 ; — Cass. Belgique, 13 mai 1839.)

48. — Quand y aura-t-il séparation volontaire ? Les tribunaux apprécieront les faits.

Un point certain, c'est que les aveux du mari, en l'absence même de tout créancier intéressé, ne pourraient servir de base à la demande en séparation de biens (art. 870 C. proc.).

Notez cette conséquence de la nullité des séparations volontaires, que la demande en séparation est dispensée du préliminaire de conciliation (C. proc. 49).

49. — Que dire de l'acquiescement du mari à un jugement de séparation rendu par défaut ou susceptible d'appel? Il résulte d'un arrêt de Cass. du 20 août 1827 et d'un arrêt de Lyon, du 27 mai 1829, que l'acquiescement au jugement par défaut ne constitue pas une séparation volontaire, soit que le mari n'use pas du tout de son droit d'opposition, soit qu'il s'en déporte avant de l'avoir épuisé.

La jurisprudence n'a point eu à se prononcer sur l'acquiescement au jugement susceptible d'appel. Cependant un arrêt de Cass. du 21 août 1838 a reconnu qu'en matière de séparation de corps un tel acquiescement était licite et faisait passer le jugement en force de chose jugée; or les séparations de corps volontaires sont très-positivement défendues (307, C. N.). — On chercherait vainement une raison de ne pas appliquer la doctrine de cet arrêt au cas de séparation de biens. L'art. 1443 C. N., demande l'intervention de la justice; eh bien! cette intervention a eu lieu et l'acquiescement n'est qu'un hommage rendu à la bonté de la sentence. (Conf. Denizart, Décisions, v. Séparation, n° 20. — *Contra* : M. Chauveau sur Carré, Quest., 2932, 4°; — Caen, 15 juillet 1828.)

50. — Le juge ne doit pas prononcer une séparation conditionnelle. Si la condition est potestative pure ou mixte, on se trouvera dans l'hypothèse d'une séparation volontaire interdite par l'art. 1443 C. N.

Si la condition est casuelle, la séparation se trouvera ajournée à une époque où son utilité sera douteuse ou même n'existera plus. D'ailleurs il est de principe que le régime des époux ne doit être livré à aucune incertitude : cela dans l'intérêt des tiers comme dans celui des époux eux-mêmes, et aussi par une considération d'ordre public. (Art. 1505, C. N., et n. suivant.) — Aussi doit-on approuver un arrêt de Rouen, du 21 nov. 1812, réformant un jugement qui prononçait la séparation pour le cas où le mari ne fournirait pas une caution à la femme dans un certain délai.

51. — La nullité qui frappe les séparations volontaires est absolue. L'art. 1443 ne fait aucune distinction, et, par suite, ne souffre aucune restriction à ce point de vue. C'est que nous touchons ici à la règle fondamentale de l'immutabilité des conventions matrimoniales, règle qu'il nous faut étudier, car nous aurons occasion d'en faire plusieurs applications.

L'art. 1395 C. N. l'a empruntée au droit coutumier. Elle est fondée d'abord sur le danger des libéralités entre époux ; sur cette idée très-exacte que les époux n'ont pas toujours le degré de liberté nécessaire pour stipuler entre eux avec prudence et sagesse ce qui est le plus conforme à leur intérêt.

« S'il était permis d'altérer les clauses des conventions matrimoniales, dit M. Bouhier sur la Coutume de Bourgogne, chap. 2, n° 157, celui des conjoints qui aurait le plus de pouvoir sur l'esprit de l'autre, n'oublierait rien pour faire changer à son avantage ces conventions ; et, en cas de refus, cela ne man-

» querait pas de causer entre eux des querelles qui
» troubleraient l'union et la concorde que l'intérêt
» public veut que l'on entretienne entre mari et
» femme. »

De plus, l'instabilité du régime des époux compromettrait leur crédit après avoir trompé les tiers.

Enfin on ne peut laisser les époux maîtres de modifier seuls certaines conventions qui sont des pactes de famille.

De ces considérations on doit conclure que la nullité des changements apportés par les époux aux conventions matrimoniales, nullité prononcée par l'art. 1395 C. N., est absolue.

Si l'intérêt des époux était seul en jeu dans la question, on comprendrait à la rigueur qu'ils pussent renoncer valablement à la protection que la loi leur accorde, quoique déjà tel ne soit pas le système du Code, au moins en ce qui concerne la femme, témoin l'art. 1453 C. N.

Mais il est impossible d'admettre que les époux puissent s'affranchir de précautions prises en vue des tiers et de l'ordre public.

Est-ce à dire que l'immutabilité des conventions matrimoniales ne subira jamais la moindre atteinte par le fait des époux ? Non ; mais le Code a prévu les cas où, sous certaines conditions, la règle générale fléchirait, et l'on doit respecter scrupuleusement les principes qu'il pose en cette matière.

Ainsi le contrat de mariage peut, jusqu'au mariage même, être modifié au moyen de l'accomplissement des formalités déterminées par les art. 1396 et 1397

C. N. De même les art. 1443 et suiv. permettent à la femme de provoquer la substitution du régime de séparation de biens à celui de communauté et indiquent comment ce changement s'opérera. N'est-il pas évident que, si les prescriptions de la loi ne sont pas rigoureusement remplies, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales conservera toute sa force ?

Donc, pour en revenir aux séparations volontaires, la nullité qui les frappe pourra être opposée par qui que ce soit sans distinction, et elle ne pourra être couverte par aucune ratification quelconque.

Roussilhe (n° 486) explique très-bien pourquoi les séparations volontaires doivent être interdites :

« S'il en était autrement, on rendrait révocable ce qui est convenu par contrat de mariage, *tandis que c'est irrévocable*, et que la justice seule peut y déroger. »

Le projet du Code civil portait (art. 58) : « Toute séparation volontaire est nulle tant à l'égard des tiers qu'à l'égard des conjoints entre eux. » (Fenet, t. 2, p. 315.)

L'art. 1443 dit simplement et énergiquement :

« Toute séparation volontaire est nulle. »

52. — On a décidé avec raison que la nullité de la séparation volontaire entraînait celle de la clause pénale stipulée contre l'époux qui n'exécuterait pas la convention. (1227 C. N. ; — Caen, 12 nov. 1825.)

52. — De même, la disposition testamentaire par laquelle une femme défendrait à ses héritiers d'attaquer l'acte établissant une séparation volontaire,

serait nulle et ne donnerait aucune force à cet acte (Riom, 9 juin 1817).

53. — Puisque la communauté survit à la convention de séparation, les tiers envers qui le mari s'obligera auront pour gage, non-seulement ses biens propres, mais encore tout ce qui légalement composera la masse commune.

Quant aux tiers qui auraient traité avec la femme, ils seront sans droit : car la femme n'est ni mandataire ni *negotiorum gestor* de son mari, ni autorisée par lui ; et le droit même d'administration qu'elle a usurpé est légalement resté sur la tête du mari.

54. — Supposons qu'à la suite d'une séparation volontaire, il y ait eu un partage réalisé : le mari sera certainement fondé à revenir sur un fait illégal et à reprendre l'exercice d'une possession dont il n'a point cessé en droit d'être investi. Mais que décider si la femme a dissipé les sommes ou effets mobiliers qui lui ont été remis ? En pareil cas, la femme dotale se libérerait peut-être complètement par la remise des choses existant encore entre ses mains. (V. M. Troplong, 1341-1348, et Caen, 14 nov. 1825.) — Nous pensons que le régime de communauté comporte une autre solution, parce qu'il n'exagère pas l'intérêt de la conservation de la dot. La femme commune sera en principe responsable de ses actes, conformément à l'art. 1125 C. N. Maintenant, que cette responsabilité soit adoucie autant que possible, parce que *res inter conjuges non sunt amare tractandæ* ; que l'on applique notamment à la femme, en ce qui touche l'emploi des revenus, une présomption favorable dans

le genre de celle établie par l'art. 1578 C. N., au profit du mari, rien de mieux. Ce qui nous semble excessif, c'est d'accorder à la femme une immunité entière et de lui permettre de consommer, même par malice, la ruine de la communauté. — D'ailleurs trois cas doivent être distingués : car les objets dont le mari s'est dessaisi ont pu périr : 1° par la faute ou le dol de la femme ; 2° par son incapacité ; 3° par accident. Au premier cas, la femme n'a jamais droit à une indemnité et sera au contraire tenue quelquefois d'une réparation ; au second cas, c'est le mari qui ne peut jamais prétendre à une indemnité et demeure, selon les cas, responsable de son imprudence ; au troisième cas, aucune réclamation légitime ne s'élèvera entre les époux dont la conduite est hors de cause.

55. — Rappelons que le remboursement volontaire des reprises de la femme est toujours valable, car l'art. 1595 C. N. ne le soumet à aucune homologation judiciaire. Nous parlons, bien entendu, d'un remboursement sérieux : il ne faut pas que le mari livre d'une main et retire de l'autre. (*Sup.* 17, *inf.* 90.)

§ 2. — Généralités sur la procédure de la séparation.

56. — La poursuite en séparation constitue une action personnelle, affranchie du préliminaire de conciliation et dont la connaissance est attribuée au tribunal du domicile du mari. (C. pr. 49 ; — Cass., 18 nov. 1835.)

57. — La femme doit tout d'abord obtenir du président du tribunal une autorisation que celui-ci ne

peut lui refuser après observations convenables. (C. proc. 865; — Lyon, 22 mars 1836.)

On est divisé sur la question de savoir si la femme est tenue de présenter elle-même sa requête en autorisation. (*Pro* : Toullier, 13, 41; — Bioche, v° *Sép. de biens*, 17; — MM. Rodière et Pont, 818; — Dalloz, 13, 1718; — *Contra* : Chauveau sur Carré, *Quest.*, 2028 *ter*; — Bruxelles, 7 mars 1852). — Nous adoptons la négative à cause de la différence de rédaction qui existe entre les art. 865 et 875 C. proc.

La femme n'a pas besoin d'une nouvelle autorisation pour porter en appel ou en cassation la sentence qui rejetterait sa demande. (Carré, *Quest.*, 2031; MM. Rodière et Pont, 835.) — Mais l'instance en séparation venant à être annulée, la femme devra pour la reprendre, se faire autoriser une seconde fois. (Nîmes, 21 mars 1848. — *Contra*, Montpellier, 9 mars 1850.)

Nous avons déjà vu que l'autorisation du président habilite la femme mineure à plaider en séparation. (*Sup.*, 10.)

La femme qui fait signifier sa demande, est tenue de donner en même temps copie de l'ordonnance d'autorisation.

58. — On appliquera dans la cause les règles ordinaires de l'instruction civile. (Rapp. C. proc. 870. — Voyez cependant n° 48, *sup.*)

La communication au ministère public nous paraît obligatoire. (C. proc. 85, 1 et 6; 870. — Chauveau sur Carré, *Quest.*, 2028 *bis*. — *Contra*; Carré, *Quest.*, 3262.)

Aucun jugement, même d'incident, ne peut intervenir qu'un mois après l'accomplissement des formalités de publication de la demande (869 C. proc.).

**§ 3. — Publication de la demande et du Jugement
de séparation.**

59. — On lit dans Lebrun (*Traité de la comm.*, liv. 3, chap. 1, n. 10) : « Il faut quelque chose qui divulgue la séparation, qui l'apprenne à tout le monde, sans quoi c'est un piège tendu au public. »

Cependant la publication de la demande en séparation n'était pas généralement exigée dans l'ancien droit. Elle était prescrite seulement dans le ressort de certains parlements.

Ainsi, en exécution d'un arrêt de règlement du parlement de Rouen (30 août 1555), le mari et la femme indiquaient au Procureur du Roi les noms, prénoms et résidences de leurs créanciers et ceux-ci étaient appelés dans l'instance afin de contester, s'il y avait lieu, l'intérinement des lettres de séparation. (Merlin, *Rép.*, v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 3, art. 2.)

Le Parlement de Dijon voulait que les créanciers connus du mari ou de la femme fussent assignés et ceux inconnus avertis à cri public. (Merlin, *loc. cit.*)

En Franche-Comté, les créanciers inconnus étaient mis en demeure de se pourvoir par un édit appelé *proclamat.* — (Arrêt de Besançon, 26 avril 1806.)

En ce qui concerne la sentence de séparation, on voit au n. 517 du *Traité de la communauté* de Pothier que sa publication était plus généralement requise. (Rapp. Rousilhe, 490.)

D'après la coutume d'Orléans, la sentence devait être publiée *en jugement à jour ordinaire, le juge séant.*

En Normandie, l'arrêt de règlement du 30 août 1555 portait que les noms des époux séparés seraient inscrits sur un tableau affiché dans le greffe du tabelionnage de la ville où siégeait le tribunal qui avait rendu le jugement. — L'art. 143 de l'ord. de 1029 qui avait force de loi, en Bourgogne notamment, prescrivait une formalité semblable, à peine de nullité de la séparation.

Les coutumes de Dunois et de Sedan ordonnaient que la séparation fût annoncée au prône.

Dans la plupart des autres pays, le jugement de séparation ne produisait d'effets qu'après insinuation. — On sait que la loi du 5 nov. 1790 a supprimé l'insinuation.

Enfin, l'ord. de 1673 prescrivait des formalités spéciales, quand le mari était commerçant.

60. — La demande en séparation n'est soumise par le Code Nap. à aucune publicité; mais il avait été entendu entre les rédacteurs des art. 1443 et s., que sa publication serait organisée lors de la révision des lois de procédure. De là les art. 868 et s. du Code de procédure, auxquels nous renvoyons.

Quant à la publication du jugement de séparation, elle est formellement ordonnée par l'art. 1445 C. N. dont les dispositions se combinent avec celles de l'art. 872 C. proc.

« Toute séparation de biens doit, avant son exécution, être rendue publique par l'affiche sur un tableau à ce destiné, dans la principale salle du tribunal de première instance, et de plus, si le mari est marchand, banquier ou commerçant, dans celle du tribunal de commerce du lieu de son domicile, et

» ce, à peine de nullité de l'exécution. » (Art. 1445 C. N.)

« Le jugement de séparation sera lu publiquement, » l'audience tenante, au tribunal de commerce du lieu, » s'il y en a : extrait de ce jugement, contenant la » date, la désignation du tribunal où il a été rendu, » les noms, prénoms, profession et demeure des » époux, sera inséré sur un tableau à ce destiné, et » exposé pendant un an dans l'auditoire des tribunaux » de première instance et de commerce du domicile » du mari, même lorsqu'il ne sera pas négociant, et » s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la prin- » cipale salle de la maison commune du domicile du » mari. Pareil extrait sera inséré au tableau exposé en » la chambre des avoués et notaires, s'il y en a. La » femme ne pourra commencer l'exécution du juge- » ment que du jour où les formalités ci-dessus auront » été remplies, sans que néanmoins il soit nécessaire » d'attendre l'expiration du susdit délai d'un an. Le » tout sans préjudice des dispositions portées en l'art. » 1445 du C. civil. » (Art. 872 C. pr.)

«..... Vacation..... pour faire et remettre l'extrait » de la demande en séparation de biens qui doit être » insérée dans les tableaux de l'auditoire du tribunal où » se poursuit la séparation et du tribunal de commerce, » des chambres des avoués de première instance et des » notaires; et le faire insérer dans un journal, le tout » ensemble. » (Art. 92 du tarif.)

61. — Aucune distinction n'est faite par l'art. 872 C. proc. entre le cas où le mari est commerçant et celui où il ne l'est pas. (Caen, 18 juill. 1828.)

S'il n'existe au lieu du domicile du mari qu'un tribunal civil chargé des affaires de commerce, le jugement de séparation de biens doit, à peine de nullité, être affiché tant dans l'auditoire de ce tribunal qu'à la maison commune. (Amiens, 21 sept. 1825; — Limoges, 2 août 1837; Angers, 10 août 1839; — Cass., 17 mars 1852; — Lyon, 23 fév. 1854. — *Contra*: Bruxelles, 26 juin 1828; Toulouse, 23 août 1827.)

Par tribunal du domicile du mari, nous entendons le tribunal dans le ressort duquel le mari habite. (Comp. : art. 59 C. proc.; — Caen, 2 oct. 1851. — *Contra*, Montpellier, 11 juillet, 1826 et 18 mars 1831.)

62. — La séparation de biens accessoire à la séparation de corps est-elle assujettie, même sous peine de nullité, aux publications réglées par les art. 1445 C. N., 872 C. proc. et 92 Tar.? Un arrêt de la chambre des req. du 14 mars 1837, consacre l'affirmative, sur ce seul motif que l'art. 1445 C. N. ordonne la publication de toute séparation de biens. Cet arrêt méconnaît la règle impérative, absolue, *juris et de jure* de l'art. 311 C. N. : « La séparation de corps emportera toujours séparation de biens. » Subordonner à certaines publications la séparation de biens suite de la séparation de corps, c'est faire dépendre sa réalisation de l'arbitraire de la femme à qui est confiée l'exécution des formalités : c'est permettre à une volonté privée de paralyser l'ordre positif du législateur. — Dira-t-on que, dans l'espèce, à défaut de publications, la séparation de biens s'accomplira bien entre les époux, mais sera non avenue vis-

à-vis des tiers? Ce serait ne respecter qu'à moitié l'art. 311 qui ne fait aucune distinction. N'est-il pas évident que les relations d'affaires qui sont la conséquence nécessaire d'une communauté même restreinte, multiplieraient les querelles entre des époux irrités l'un contre l'autre? L'ordre public demande que toute confusion non indispensable d'intérêts réciproques, cesse pour les époux en même temps que leur cohabitation. (Paris, 21 juin 1858.) — Sur la publication requise à l'occasion de la séparation de corps, voy. art. 880 C. pr.

63. — La demande de séparation de biens qui n'est pas publiée conformément à la loi, est frappée de nullité. L'art. 869 C. proc. dit que la nullité pourra être opposée *par le mari et par les créanciers*.

La femme serait-elle donc mal venue à l'invoquer? Nous avons déjà établi que l'inaccomplissement des formalités exigées pour la séparation, entraîne sa nullité absolue. Cependant MM. Rodière et Pont (n° 831) prétendent que la femme coupable de ne pas avoir observé la loi, ne peut invoquer la nullité pour absence de publications, d'autant moins que la publicité n'a pas été organisée à son intention. Mais la femme n'est-elle pas fautive aussi quand elle néglige de publier le jugement de séparation? Or, l'art. 1445 C. N. prononce, dans ce cas, en termes généraux, la nullité de l'exécution et par suite celle de la séparation même. D'autre part, la publication de la demande n'intéresse en rien le mari que l'assignation a sûrement éclairé; et pourtant, d'après l'art. 869. C. proc., il peut se prévaloir de la nul-

lité résultant du défaut de cette publication. (Riom, 9 juin 1800.) Voyez au surplus les considérations présentées *sup.*, n° 81. (Conf. Bordeaux, 22 janvier 1834.)

64. — Il peut se faire que le jugement de séparation soit frappé d'opposition ou d'appel avant sa publication. La sentence devant être alors considérée, jusqu'à nouvel ordre, comme non avenue, la femme ne saurait être obligée de procéder immédiatement à la publication. En ce cas donc, le délai de quinzaine de l'art. 1444 C. N., pendant lequel le jugement de séparation doit être publié et exécuté, ne courra que du jour de la confirmation de la sentence. (M. Dutruc, n° 170; — MM. Rodière et Pont, n° 846.)

Si l'opposition ou l'appel a lieu après la publication, l'arrêt ou le jugement qui interviendra ne sera pas soumis à une nouvelle publication, les tiers étant suffisamment avertis par la première. (M. Dutruc, n° 169.)

68. — La sanction du défaut de publication du jugement de séparation est la nullité de l'exécution; or la nullité de l'exécution entraîne celle de la séparation même. Toutes ces nullités sont absolues. (Art. 1444 et 1445 C. N.; 872 et 873 C. proc.; — Amiens, 21 déc. 1828; — Caen, 18 juillet 1828; — Angers, 10 août 1830; — Lyon, 23 février 1884.)

Il faut cependant faire une réserve : l'insertion dans un journal de l'extrait de la demande en séparation et de l'extrait du jugement qui y fait droit, n'étant pas exigée par les art. 1445 C. N. et 872 C. proc., son omission ne saurait être une cause de nullité de la sépara-

tion. (Bordeaux, 30 juillet 1833; — MM. Rodière et Pont, n° 842; — M. Troplong, n° 1379; — V. aussi Riom, 9 juin 1809.)

86. — On opposerait vainement aux tiers la connaissance qu'ils auraient eue par des voies extra-légales, de la demande ou du jugement de séparation. Il faut alors appliquer la règle de l'art. 1071, C. N. On ne peut objecter que le but de la loi paraît atteint quand les tiers, en réalité, se trouvent prévenus. Car les formalités de publication sont instituées, non pas seulement pour donner aux tiers les moyens d'apprendre un fait qui les intéresse, mais encore pour pouvoir, avec quelque justice, les en réputer informés et éviter ainsi des procès sur le point de savoir si l'information a été ou non effective.

§ 4. — Mesures conservatoires permises à la femme.

Bornons-nous à quelques mots sur les mesures conservatoires que l'art. 869 C. proc. autorise la femme à prendre pendant l'instance en séparation.

Elle peut :

Requérir l'apposition des scellés sur les effets de la communauté, ainsi que l'inventaire de ces effets. (Art. 270 C. N.; — Rennes, 22 juillet 1814.)

Former une saisie-arrêt des sommes dues au mari (Rennes, 22 juillet 1814; — Limoges, 7 mars 1823; — Caen, 16 mars 1825); ou une saisie-gagerie de ses meubles. (Bourges, 23 mess. an 10; — Rej., 30 juin 1807; — Limoges, 7 mars 1823.)

Saisir et même lever une récolte appartenant à

la communauté. (Caen, 16 mars 1825 ; — Rennes, 22 juillet 1814.)

Faire ordonner le dépôt à la Caisse des consignations d'une somme due au mari. (Comp. en matière de sép. de corps, *pro*, Metz, 20 juin 1819, et *contra*, Paris, 4 mai 1828.)

Obtenir provision au cas où un motif légitime justifierait son absence du domicile conjugal. (M. Chauveau sur Carré, quest. 2032 *ter*.)

Faire nommer un séquestre des biens de la communauté. (Caen, 16 mars 1825 ; — Comp. *contra*, Angers, 27 août 1817.)

67 bis. — Le mari aura tout droit de contester l'opportunité des mesures provoquées par la femme (Paris, 20 nov. 1818) : il les prévendra même en lui fournissant un cautionnement qu'elle ne serait pas d'ailleurs fondée à lui réclamer. (Comp. Bruxelles, 6 août 1806 ; — Colmar, 26 fév. 1808.)

La femme ne doit pas être admise, avant le jugement de séparation, à critiquer une vente faite loyalement par le mari. (Comp. rej., 30 juin 1807.)

• SECTION II. — EXÉCUTION DU JUGEMENT DE SÉPARATION.

68. — L'art. 1444 C. N., est ainsi conçu :

- La séparation de biens, quoique prononcée en justice, est nulle si elle n'a pas été exécutée par le
- paiement réel des droits et reprises de la femme
- effectué par acte authentique, jusqu'à concurrence
- des biens du mari, ou du moins par des poursuites

• commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement, et non interrompues depuis. »

C'est là une disposition pleine de bon sens : évidemment, si les craintes que l'administration du mari inspire à la femme sont sérieuses, elle s'empressera de ramener la sentence à exécution.

69. — D'après la Coutume de Paris, art. 224, celle d'Orléans, art. 198, et les arrêtés de Lamoignon (82), la séparation, pour être valable, devait être, non-seulement publiée, mais encore exécutée sans fraude. (Roussille, n° 498.) — L'exécution consistait soit dans le remboursement de la dot, soit tout au moins dans des poursuites faites pour obtenir ce remboursement, et non abandonnées.

Ordinairement la femme faisait procéder publiquement à la vente des objets mobiliers appartenant au mari et les acquérait en imputant le prix sur le montant de ses reprises. (Merlin, Rép. v. *Sép. de biens*, sect. 2, § 3, art. 2, n° 6.)

Il a été jugé que, dans le ressort du parlement de Provence, et sous l'empire de la Coutume de Paris, le délai pour l'exécution des jugements de séparation était de trente ans. (Rejet, 19 août 1829; — Arrêt de Paris, 13 germinal an 10.) — Mais il n'y avait pas en général de délai fatal pour l'exécution, seulement la négligence de la femme à y procéder aurait été considérée comme une renonciation de sa part au bénéfice de la séparation. (Pothier, n° 818; — Colmar, 9 août 1814; — Req., 28 février 1833.)

70. Un jugement de séparation obtenu antérieurement au Code civil a-t-il pu être soumis au délai

d'exécution fixé par l'art. 1444 C. N. ? Non ; à moins d'exposer la femme à ne jouir ni de l'ancien ni du nouveau délai. Supposons, en effet, qu'au moment de la promulgation de l'art. 1444, il restait encore quelques années ou quelques mois à courir sur le délai de 30 ans admis par la coutume de Paris. Si l'article 1444 eût dû rétroagir, la femme aurait vainement réclamé l'ancien délai ; d'un autre côté, le nouveau délai de quinze jours se serait trouvé écoulé depuis longtemps. (Rejet, 10 avril 1829.)

71. L'art. 1444 C. N. ne distingue pas entre le jugement par défaut et le jugement contradictoire. Le délai de quinze jours s'applique à l'un et à l'autre. C'est quo la femme à même raison dans les deux cas d'être diligente. (Amiens, 10 février 1824 ; — Toulouse, 25 août 1827.)

Toutefois, l'opposition du mari arrêterait les poursuites déjà commencées.

72. L'appel du jugement contradictoire interromprait aussi la procédure d'exécution. (Carré, quest. 2043, 2044.)

73. On a présenté l'art. 1444 C. N. comme dérogeant à l'art. 155 C. pr. Dans cette opinion, la brièveté du délai de quinzaine, fixé pour l'exécution du jugement de séparation, donnerait lieu de penser que le législateur n'a pas entendu suspendre l'action de la femme, au cas de jugement par défaut, pendant la huitaine qui suit la signification : sans doute, le Code de procédure est postérieur au Code Napoléon ; mais les lois spéciales dérogent aux lois générales même postérieures, quand celles-ci ne les ont pas abrogées. (Loi

80, D., *De reg. juris*, 5017; Amiens, 10 février 1824;
— Toulouse, 23 août 1827; — Cass., 9 juillet 1828;
— Bordeaux, 30 juillet 1833 et 20 mars 1840.)

Pour nous, l'art. 1444 C. N. n'est pas plus incompatible avec l'art. 155 C. pr. qu'avec l'art. 174 du même Code. — V. Ce que nous disons au n° 78 *infra*.
— Conf. Marcadé sur l'art. 1444 C. N.

74. C'est du jour de la prononciation, et non de celui de la signification que le délai commence à courir. (MM. Rodière et Pont, art. 840; — Dalloz, 13, 1803.) D'ailleurs, le jour même de la prononciation ne doit pas être compté. L'exécution opérée le 28, d'un jugement du 13, serait valable. (Rouen, 27 avril 1810.)

Quant à l'art. 1033 C. pr., on est d'accord pour le déclarer inapplicable en notre matière.

75. Le jugement ne doit pas être exécuté avant son enregistrement et son expédition, et cependant le délai pour l'enregistrement n'empêche pas le délai pour l'exécution de courir.

Mais, à notre avis, la femme ne saurait être responsable des retards apportés par le greffier ou le receveur de l'enregistrement, à la régularisation du jugement. (*Contra* (?), Cass. 11 octobre 1810.) — Toutefois la nullité encourue par l'avoué mandataire de la femme retomberait sur celle-ci, sauf recours. (Limoges, 11 juillet 1830.) — V. *inf.*, n° 77 et 78.

76. L'exécution dans la quinzaine est exigée, même pour le jugement qui ne contient pas la liquidation des reprises de la femme. (Cass., 11 décembre 1811; — *Contra*, Besançon, 30 juin 1800.)

77. Nous lisons ce qui suit dans l'art. 872 C. pr.

transcrit plus haut (n° 60) : « la femme ne pourra commencer l'exécution du jugement que du jour où les formalités ci-dessus auront été remplies, sans que, néanmoins, il soit nécessaire d'attendre l'expiration du susdit délai d'un an » (pendant lequel l'extrait du jugement doit être exposé.) « Le tout sans préjudice des dispositions portées en l'art. 1445 du Code civil. »

On a dit : Si aux yeux des rédacteurs du Code de procédure, la femme avait été obligée d'exécuter le jugement de séparation dans la quinzaine, on ne comprendrait pas la phrase « Sans quo néanmoins, etc. ; » phrase laissant à supposer que la femme peut n'exécuter qu'au bout de l'année. L'art. 872 C. pr. déroge donc à l'art. 1444 C. N. Aussi réserve-t-il l'application seulement de l'article 1445 C. N. Le délai de quinzaine de l'art. 1444 est, en effet, bien court eu égard aux lenteurs ordinaires de la procédure. Puis, le délai facultatif d'un an de l'art. 872 a l'avantage de correspondre au temps pendant lequel les créanciers du mari sont autorisés à attaquer le jugement par la voie de la tierce opposition. Il est juste de ne pas imposer à la femme des frais qui resteront peut-être à sa charge. (Conf. Limoges, 24 décembre 1811 et 10 avril 1812 ; — Grenoble, 10 mai 1820.)

Ces diverses considérations nous paraissent sans fondement solide. D'abord, le Code de procédure ayant pour objet immédiat la sanction des règles du droit civil, comment, sans texte parfaitement clair, admettre qu'il ait rayé une disposition du Code Napoléon ?

Ensuite, le délai de quinzaine de l'art. 1444 C. N. n'est pas trop restreint, car il ne s'agit pas d'exécuter toujours complètement le jugement dans un aussi court espace de temps ; il suffira, si la femme ne peut mieux faire, qu'elle commence l'exécution dans la quinzaine et la poursuivre sans interruption. L'idée du Code est que la femme doit prouver sa croyance au danger mis en avant pour obtenir la séparation de biens. On ne lui demandera donc que ce qu'il lui sera possible raisonnablement de faire. (Colmar, 31 août 1812 ; — Rejet, 3 février 1834 ; — Bordeaux, 29 août 1838 et 1^{er} févr. 1848 ; — Orléans, 16 mars 1850.)

Si l'on ne veut appliquer dans notre question que l'art. 872 C. pr., on sera forcé de reconnaître à la femme une latitude indéfinie que réprouve certainement l'esprit de la loi. Car l'année dont parle l'art. 872, est celle pendant laquelle les affiches du jugement de séparation doivent demeurer apposées ; or, aucun délai n'est fixé pour l'apposition même des affiches : de telle sorte que le point de départ de l'année en question pourrait être indéfiniment retardé. De plus, rien ne limiterait la durée de l'exécution devenue obligatoire. Peut-on baser sur un texte obscur du Code de procédure, une dérogation aussi radicale à des règles formelles et en même temps très-logiques du Code civil ?

Il n'existe d'ailleurs aucune trace de l'opinion de nos adversaires dans les travaux préparatoires du Code de procédure. La section du Tribunal avait insisté sur la nécessité de prévenir l'idée que la femme dût attendre l'expiration de l'année pour commencer

l'exécution. Cette observation amena l'addition à l'art. 872 des mots qui font difficulté. (Loché, T. 4, p. 107.) La pensée du législateur n'était donc pas de modifier l'art. 1444 C. N.

Conf. Metz, 28 juin 1815; — Rouen, 27 avril 1816; — Rejet, 11 juin 1818; — Rennes, 23 février 1820; — Bourges, 15 février 1823; — Rouen, 10 avril 1830; — Toullier, 13, 70; — Duranton, 14, 411; — MM. Rodière et Pont, 843; — M. Troplong, n° 1388; — M. Dalloz, 1708.)

Un arrêt de Riom (13 juillet 1814) concilie tout autrement qu'onous les art. 1444 C. N. et 872 C. pr. Dans le système de cet arrêt, l'art. 1444 C. N. est subordonné à l'art. 1448 C. N., et par conséquent à l'art. 872 C. pr. L'exécution doit avoir lieu dans la quinzaine de la publication, et la femme a, pour publier, l'année qui suit le jugement. Nous accordons bien que la publication doit précéder l'exécution; l'art. 1448 C. N. est formel sur ce point. Mais nous refusons à la femme le délai d'un an pour faire la publication. La cour de Riom méconnaît l'extrême clarté de l'art. 1444 qui parle de poursuites au moins commencées dans la quinzaine du jugement. De ce que l'exécution est subordonnée à la publication, il résulte simplement que celle-ci doit elle-même être accomplie dans la quinzaine. (Comp. Poitiers, 9 janvier 1807; — Turin, 4 janvier 1811; — Rouen, 1^{er} décembre 1823; — Req., 20 juillet 1827; — Angers, 10 août 1830; — Riom, 26 août 1844; — Caen, 2 décembre 1881; — Toullier, 13, 73.)

78. On s'est également demandé si l'art. 174 C. pr.,

qui donne à la femme séparée de biens, trois mois pour faire inventaire, et quarante jours pour délibérer sur son acceptation de la communauté, ne contredisait pas l'art. 1444 C. N.; et l'on soutient encore aujourd'hui que la femme tenue de commencer l'exécution dans la quinzaine du jugement et de la poursuivre sans interruption, ne jouira pas du bénéfice de l'art. 174 C. pr., étant obligée de prendre qualité dans la quinzaine du jugement pour pouvoir formuler sa demande contre le mari. Il faut, en effet, qu'elle sache, avant d'agir, si elle provoquera ou non le partage de la communauté.

D'après nous, cette interprétation exagère la portée véritable de l'art. 1444 C. N., qui ne demande à la femme rien d'impossible ni de déraisonnable; il veut qu'elle s'empresse de réaliser la séparation et punit d'une déchéance rigoureuse le retard qu'elle mettrait à régulariser sa position, ce manque de diligence révélant l'inanité des causes de la séparation. Nous ne considérerons donc pas comme une interruption de poursuites dans le sens de l'art. 1444, le fait par la femme d'avoir employé à dresser inventaire et à délibérer, le temps déterminé par l'art. 174 C. pr.; à condition cependant qu'elle ait eu soin d'accomplir pendant la quinzaine du jugement les actes de poursuites n'entraînant pas acceptation de la communauté; par exemple, qu'elle ait signifié au mari le jugement avec commandement de rembourser les reprises liquides; ou qu'elle ait revendiqué ses propres (Bruxelles, 2 juillet 1828). Elle agira même avec prudence en provoquant immédiatement l'inventaire et en n'usant

pas de tout le délai de quarante jours qui lui est départi pour la confection de cet acte.

En somme, on peut et on doit concilier les art. 174 C. pr. et 1444 C. N.

Nous reconnaissons d'ailleurs que ces articles ne sont pas écrits exactement au même point de vue : l'un parle de la femme *acceptante ou renonçante* ; l'autre suppose la femme *renonçante*.

(Conf. Marcadé sur 1448 C. N. ; — Duranton (?) 14, 411.)

79. — C'est une question de fait que celle de savoir quand l'exécution devra être réputée commencée. Les tribunaux apprécieront les circonstances. Le point essentiel est que la femme ait montré une volonté énergique de réaliser la séparation de façon à ce qu'aucun doute ne s'élève sur la sincérité des craintes qu'elle a manifestées. (V. Rej., 25 août 1828 ; — Sup., 27.)

On a vu un commencement d'exécution dans l'assignation à fin de liquidation des reprises de la femme. (Colmar, 31 août 1811 ; — Angers, 10 août 1830.)

— Dans une sommation faite au mari de comparaître en l'étude du notaire chargé de la liquidation des reprises. (Orléans, 4 juillet 1843.) — Dans un commandement adressé au mari de payer les frais, joint à la reprise par la femme de la possession de ses biens. (Req., 30 mars 1828.) — Dans la simple ouverture du procès-verbal de liquidation des reprises de la femme, en tant que les opérations de la liquidation auraient le caractère de continuité voulu pour les poursuites elles-mêmes. (Bourges, 10 août 1849 ; — Req., 18 fév. 1852. — Contra, Bordeaux, 31 mars 1857.) — Dans

un procès-verbal de carence, lorsque le mari ne possède ni meubles ni immeubles. (Req., 17 juin 1810 et 6 déc. 1830; — Carré, 2051.)

Des doutes se sont fréquemment élevés au sujet de la signification simple du jugement. Tantôt, on a prétendu qu'elle avait seulement le caractère d'une formalité destinée à faire courir les délais d'opposition et d'appel. (Grenoble, 1^{er} juin 1822; — Limoges, 11 juill. 1839; — Rouen, 31 janvier 1863.) — Tantôt, on a fait valoir que l'exécution étant impossible avant la signification, celle-ci était une partie intégrante et nécessaire des poursuites. (Req., 30 mars 1828; — Cass., 9 juillet 1828; — Req., 6 déc. 1830; Bordeaux, 30 juillet 1833, et 20 mars 1840.) — M. Troplong (1363) émet, sur ce point, un avis très-sensé. La signification suffira, dit-il, quand la femme n'aura pu faire utilement aucun autre acte, par exemple, au cas de faillite, car alors elle est dans l'impossibilité de poursuivre elle-même l'exécution contre les biens de son mari. (Cass., 27 juin 1842.) — Il y aura moins d'incertitude encore si à la signification s'ajoute un commandement (Riom, 22 avril 1822; — Amiens, 17 mars 1826; — Rennes, 23 mai 1827; — Rej., 6 déc. 1830; — Grenoble, 24 mars 1833), ou une production dans l'ordre ouvert entre les créanciers du mari, à la suite de l'adjudication des immeubles de ce dernier. (Grenoble, 24 mars 1833.)

Consultez, sur ces questions et autres analogues, les arrêts suivants :

Turin, 4 janvier 1811; — Orléans, 12 nov. 1817;
— Nîmes, 21 mai 1819; — Bruxelles, 2 juillet 1828;

— Bourges, 24 mai 1826; — Cass., 9 juillet 1828;
— Bordeaux, 10 mai 1832, 30 juillet et 20 nov. 1833;
— Grenoble, 24 mars 1835; — Aix, 7 déc. 1837; — Or-
léans, 10 mars 1839; — Limoges, 11 juillet 1839; —
Bordeaux, 20 août 1838; — Orléans, 10 mars 1839;
— Bordeaux, 20 mars et 11 août 1840; — Amiens,
25 nov. 1841; — Cass., 27 juin 1842; — Limoges,
28 février 1846.

80. — Ce n'est point assez, aux termes de l'art. 1444
C. N., que l'exécution du jugement de séparation ait
commencé dans la quinzaine du jugement, il faut
encore qu'elle soit poursuivie sans interruption jusqu'à
payement des droits et reprises de la femme. Quand
y aura-t-il interruption? Les juges auront à appré-
cier les circonstances : ils rechercheront la cause
du retard et ne se prononceront pour l'interruption
que si la conduite de la femme implique une renon-
ciation au bénéfice acquis de la séparation, ou dénote,
soit une intention frauduleuse, soit une négligence
positive. La loi n'a pas voulu rendre la femme respon-
sable de circonstances impérieuses ou victime d'une
juste condescendance pour le mari : et le droit nou-
veau s'accorde ici avec l'ancien. (Pothier, 518; —
Renusson, *Traité de la comm.*, première partie, chap.
9, § 10; — Merlin, *Rép. v. Sép. de biens*, sect. 2, § 3,
art. 2; — Toullier, 13, 74; — MM. Rodière et Pont,
848; — M. Troplong, 1500; — Dalloz, 13, 1830; —
Req., 6 déc. 1830, 2 mai 1831, 28 fév. 1833; —
Caen, 2 déc. 1831; — Req., 18 fév. 1832 et 28 déc.
1838; — Rennes, 18 mars 1862; — *Sup.*, n^o 27 et 70.
Rapp. Poitiers, 9 janvier 1807; — Besançon (?), 30

juin 1809; — Colmar, 31 août 1811; Bordeaux, 19 avril 1817; — Rej., 23 mars 1819; — Amiens, 9 déc. 1825; — Bordeaux, 17 juillet 1833; — Rej., 3 fév. 1834; — Grenoble, 24 mai 1838; — Bordeaux, 18 août 1838, 18 mai 1839, 11 avril 1840, et 1^{er} fév. 1848.

81. — Suivant les prescriptions de l'art. 1444 C. N., on tiendra pour indispensable que le paiement des droits et reprises de la femme soit réel, c'est-à-dire non-seulement promis, mais effectué, et que de plus, un acte authentique le constate. Cependant la Cour de cassation a, par arrêt de rejet du 23 août 1825, décidé qu'un paiement sous forme de dation, établi par acte privé, était valable. Elle s'est fondée sur l'art. 1598-2 C. N., qui n'exige pas en effet l'authenticité de l'acte portant dation en paiement par le mari à la femme. Et M. Troplong, accentuant et généralisant cette doctrine, avance qu'un acte sous seing privé, même non enregistré, remplirait toujours le vœu de la loi.

Dans notre opinion, l'art. 1444 doit être pris à la lettre, parce qu'on ne peut enlever aux créanciers la garantie qui résulte pour eux de l'intervention d'un officier public dont l'expérience et la probité sauront déjouer les fraudes des époux. — Lorsque le législateur, dit un arrêt de Rouen du 31 janvier 1863, s'est expliqué d'une manière claire et nette, qu'il a pris soin lui-même de fixer le sens du mot qu'il emploie, il ne saurait y avoir lieu à interprétation et on ne peut, sous aucun prétexte, substituer au mode de constatation qu'il indique un autre mode prétendu équivalent. — C'est à tort, au surplus, que la

Cour de cassation argumente de l'art. 1595 C. N. qui traite seulement une question de capacité, lorsqu'il autorise, pour un motif légitime, la vente entre époux séparés ou non. En quelle forme cette vente aura-t-elle lieu ? L'article ne le dit pas : donc, application du droit commun, sauf l'exception écrite dans l'art. 1444 C. N. ; exception que justifie, après tout, une gravité particulière des circonstances.

82. — Nous approuvons un arrêt de rej. du 12 août 1847 d'après lequel l'exécution du jugement de séparation de biens est effectuée par acte authentique dans le sens de l'article 1444 C. N., lorsque le paiement des reprises de la femme se trouve mentionné par l'huissier sur le commandement adressé au mari afin d'arriver à l'exécution. Cet arrêt nous semble avoir appliqué sainement l'art. 1318 C. N., à la condition toutefois que le paiement ait eu lieu *au moment même* du commandement. (Comp. Grenoble, 6 juillet 1826 ; — Bordeaux, 3 avril 1832.)

83. — L'exécution du jugement de séparation doit avoir lieu jusqu'à concurrence des biens du mari. Si la femme laissait en dehors de ses poursuites certains biens du mari, elle contreviendrait à l'art. 1444 C. N. (Req., 28 février 1833 ; — Colmar, 30 nov. 1838 ; — Comp. Orléans, 16 mars 1839 et Bordeaux, 11 août 1840) ; — à moins que les biens omis ne fussent d'une valeur minime, comparés à ceux que son action aurait atteints. (Req., 28 déc. 1858.)

84. — L'exécution volontaire du jugement de séparation est certainement permise. (Cass., 29 août 1827 ; — Rej. 3 fév. 1834 ; — Poitiers, 4 mars 1850.)

85. — Ajoutons que rien n'interdit aux époux de compromettre sur leurs droits après séparation. (Toul-lieu, 13, 78 ; M. Dutruc, 188.)

86. — La sanction de l'art. 1444 C. N. est une nullité sur l'étendue de laquelle plusieurs systèmes se sont produits.

1^{er} *Système*. — La nullité profite seulement aux créanciers du mari, parce que ce sont seulement ou principalement eux qui souffrent de la séparation. (Grenoble, 14 mai 1818 ; — Colmar, 8 août 1820 ; — Grenoble, 8 avril 1835 ; — Rej., 11 avril 1837 ; — Cass. 27 juin 1842 ; — Limoges, 25 fév. 1845 ; — Req., 1^{er} juillet 1863.)

Même parmi les créanciers du mari, il n'y a que ceux antérieurs à la séparation ou à son exécution, qui aient droit d'invoquer la nullité. (Montpellier, 7 juin et 7 juillet 1825 ; — Colmar, 26 déc. 1826 ; — Cass. de Belgique, 13 mai 1839 ; — Req., 1^{er} juillet 1863. — *Contra*, MM. Pont et Rodière, 850.)

En tout cas, la séparation sera toujours valable contre les créanciers qui auront concouru à un acte tardif d'exécution. (Douai, 19 août 1840.)

2^e *Système*. — On doit permettre au mari aussi bien qu'à ses créanciers de proposer la nullité : il y a intérêt, puisque la séparation lui enlève des droits importants. (Amiens, 19 fév. 1824 et 9 déc. 1825. — *Contra*, Grenoble, 14 mai 1818.)

Cependant le mari qui participe à l'exécution tardive du jugement de séparation, s'interdit toute réclamation basée sur l'art. C. N. 1444. (Req., 30 mars 1825 ; — Colmar, 30 déc. 1826 ; — Poitiers, 4 mars 1830 ;

— Req., 25 avril 1837; — Limoges, 11 fév. 1845; — Req., 28 fév. 1845; — Req., 28 déc. 1858; — M. Troplong, 1374, 1375.)

Une opinion intermédiaire décide que le mari ne peut opposer qu'à la femme le défaut d'exécution de la séparation. (MM. Rodière et Pont, 850.)

3^e Système. — Seront admis à se prévaloir de la nullité les créanciers, le mari et même la femme, pourvu qu'elle n'ait pas exécuté tardivement. (Req., 28 déc. 1858; — M. Troplong, 1374, 1375. — *Contra*: Grenoble, 8 avril 1835; — Nîmes, 4 juin 1835; — Rej., 11 avril 1837; — Cass., 27 juin 1842; — MM. Rodière et Pont, 850.)

4^e Système. — La nullité est absolue et opposable en conséquence par tout intéressé. Voy., en ce sens, Rouen, 27 avril 1816; — Rej., 11 juin 1818; — Cass., 11 juin 1823; — Amiens, 19 fév. 1824; — Toulouse, 7 fév. 1831; — Bordeaux, 17 juillet 1833 et 22 janv. 1834; — Rouen, 9 nov. 1836; — Bordeaux, 11 août 1840; — Req., 15 janv. 1843; — Cass., 3 avril 1848; — Paris, 24 fév. 1855; — Grenoble, 23 avril 1858.

C'est ce dernier système que nous adoptons : il dominait dans l'ancienne jurisprudence. (Dumoulin, sur l'art. 110 de la Coutume de Paris et sur l'art. 121 de celle de Montfort; — Duplessis, sur l'art. 224 de la Coutume de Paris; — d'Argentré, sur la Coutume de Bretagne, art. 415; — Lebrun, tit. 3, chap. 1, n^o 8; — Denizart, v^o *Sép.*, n^o 41 et 42.)

La doctrine favorable à la nullité relative conduit à ce résultat que les époux seront séparés entre eux sans

l'être vis-à-vis des créanciers, ou même que la communauté existera pour l'un seulement des époux. (Req., 11 avril 1837, et Orléans, 24 déc. 1840.) Or, nos considérations sur la nullité des séparations volontaires, *sup.* 51, montrent que, dans un intérêt public, le régime pécuniaire des époux doit être toujours unique *erga omnes*, au même moment du moins. Et d'ailleurs, comment imaginer l'un des époux commun et l'autre séparé ?

Nos adversaires ont à examiner combien de temps la nullité sera opposable par les créanciers, le mari ou la femme : les uns veulent l'application de l'art. 1304 C. N. (Toullier, 13, 94) ; les autres, celle de l'art. 2262 C. N. (M. Troplong 1370.) — Pour nous, la nullité est opposable en tout temps. (Merlin, *Rép.*, v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 3, n° 5.) — V. *inf.*, n° 95.

87. — La nullité encourue oblige la femme qui désire faire rendre un nouveau jugement, à recommencer toute la procédure. On observe à cet égard que l'art. 156 C. pr. relatif au jugement par défaut contre partie, non exécuté dans le délai de six mois, annule seulement le jugement et laisse intact le droit du demandeur. Mais l'art. 1444 C. N. prononce, pour inexécution, la nullité de la séparation même. S'il était loisible à la femme de continuer la procédure après une interruption plus ou moins longue, les tiers seraient facilement surpris et trompés. Elle devra donc reprendre une nouvelle instance en s'appuyant sur des faits du moment. (Cass., 11 juin 1823 ; — Bordeaux, 22 janv. 1834 ; Cass., 3 avr. 1848 ; — Grenoble, 23 avr. 1858 ; — Rapp. : Poitiers, 9 juin 1837 ; — *Sup.*, n° 30.)

88. — Une remarque essentielle trouve ici sa place. Le mari ou la femme seront condamnés à des dommages-intérêts envers les personnes à qui ils opposeraient de mauvaise foi la nullité (1310, 1382 C. N.) ; dommages-intérêts qui pourront consister dans le maintien des conventions intervenues. On tiendra compte, au surplus, de l'incurie des parties lésées qui ont traité avec les époux sans recourir aux précautions convenables. Par suite, ces derniers n'auront à craindre aucune réclamation s'ils ne se sont pas enrichis et s'ils ne paraissent coupables que de légèreté. Car, nous ne pensons pas, comme MM. Rodière et Pont (850), que les époux révèlent une intention frauduleuse par cela seul qu'ils opposent la nullité. Aux yeux de la loi, il ne saurait être déshonnête de violer un engagement contraire à l'ordre public, c'est-à-dire, par présomption, à la morale. Réciproquement, les tiers de mauvaise foi encourront l'application des mêmes principes.

89. — Dans la plupart des anciennes coutumes, l'inventaire des effets de la communauté et la liquidation des droits de la femme précédaient le jugement de séparation. (Colmar, 16 juin 1807.) — Aujourd'hui, l'inventaire est certainement permis dans l'intérêt de la femme pendant l'instance en séparation (270 C. N.), et il nous semble qu'il en doit être de même d'un simple acte de liquidation, se bornant à constater la situation réciproque des époux (M. Dutruc, 179). Quant aux actes d'exécution réelle, la femme ne peut les accomplir qu'après la publication du jugement ; l'art. 1445, 1^{er} al., et l'art. 872 C. pr. sont formels à cet égard. On a voulu créer pour la femme un motif

puissant de satisfaire aux prescriptions légales : si elle ne publie pas le jugement, elle ne l'exécutera pas, et si elle ne l'exécute pas, la séparation sera nulle.

(Rapp. : Besançon, 15 mai 1818 ; — Rouen, 1^{er} déc. 1825 ; — Req., 26 juillet 1827 ; — Angers, 10 août 1839 ; — Riom, 27 août 1844.)

90. — Faut-il voir dans le paiement des reprises de la femme, un acte d'exécution proprement dite ? Oui, s'il est pur est simple ; non, s'il s'opère au moyen d'une dation en paiement. Au premier cas, il n'est possible qu'après la séparation (*Sup.* 17) ; au second cas, il l'est avant comme après la séparation. En effet, l'art. 1595-2 C. N. déclare que, même en l'absence de toute séparation régulière, le mari peut faire cession à la femme pour une cause légitime, telle que le emploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté.

Il est vrai que la Cour de cassation a refait l'art. 1595-2 en disant qu'une vente consentie « pendant le mariage, avant toute séparation, par le mari à la femme » pour le emploi de ses deniers dotaux à une époque où la dot n'était pas exigible et où le mari en conservait l'administration, était une vente sans cause légitime. » (Arrêt du 28 novembre 1855).

Mais nous aimons mieux dire avec un arrêt d'Agen du 4 décembre 1854 « qu'aux termes du § 2 de l'art. 1595 C. N., le mari a la faculté de vendre à sa femme lorsque la vente ou cession a une cause légitime, telle que le emploi de ses propres aliénés... » et nous ajouterons qu'il a toujours cette

faculté. L'article cité ne distingue pas et il n'est pas modifié par l'art. 1444 C. N., car la dation en paiement dont il s'agit ne constitue pas une exécution véritable du jugement de séparation : dès avant la séparation, elle était permise, et la femme n'a pu l'exiger ni avant ni après la séparation.

La jurisprudence est contre nous. (Voyez les arrêts cités au n° 88 *sup.*, et de plus, Grenoble, 28 août 1847.)

Ce qui est bien un acte d'exécution du jugement de séparation, c'est le partage de la communauté. Fait avant la séparation, il est nul de droit : fait après, il n'est valable qu'à la condition d'être précédé de la publication régulière du jugement.

91. — Les règles que nous venons d'étudier, relatives à l'exécution du jugement de séparation, ne sont pas applicables à la séparation de biens accessoire à la séparation de corps. (Bordeaux, 4 février 1811 ; — Orléans, 28 février 1843.)

SECTION III. — DROITS DES CRÉANCIERS DU MARI. — VOIE DE RECOURS CONTRE LE JUGEMENT DE SÉPARATION.

§ 1. — Cas où les formalités prescrites par la loi ont été remplies.

92. — La séparation n'est trop souvent qu'une manœuvre frauduleuse dirigée contre les créanciers du mari. C'est pourquoi les art. 1447 C. N. et 871 C. pr. permettent à ces créanciers d'intervenir dans l'instance en séparation, de prendre connaissance des

pièces produites et de constater, s'il y a lieu, les prétentions de la femme. (Rapp. : Besançon, 26 décembre 1806 ; — Metz, 18 juin 1818 ; — Cass., 18 novembre 1835.)

L'expression de créanciers a, dans les articles en question, comme dans l'article 882 C. N., un sens très-large et comprend non-seulement les créanciers purs et simples, à terme ou conditionnels, mais encore toute personne ayant, du chef du mari, un intérêt pécuniaire à surveiller la régularité de la séparation. (Art. 1180 C. N. ; — Req., 27 juin 1810 ; — Grenoble, 28 novembre 1832 ; — Aix, 7 décembre 1837.)

On doit notamment traiter comme créanciers les tiers détenteurs de biens frappés de l'hypothèque légale de la femme. (V. M. Demolombe, *Traité de successions*, t. 5, n^{os} 226 et suiv. ; — *Inf.*, 98.)

93. — L'art. 1447 C. N. parle seulement d'intervention *dans l'instance* ; c'est qu'il suppose les droits de la femme tout liquidés, et on ne pourrait, sans aller contre son esprit évident ne pas admettre l'intervention des créanciers à la liquidation qui suit le jugement, le complète et consomme peut-être la fraude ourdie contre eux. (Metz, 1^{er} avril 1819 ; — Rapp. Grenoble, 29 décembre 1847.)

93 bis. — D'après l'arrêt de Metz qui vient d'être cité, les créanciers n'interviennent pas à leur frais. Mais une solution contraire doit être empruntée à l'art. 882 C. N. : les créanciers seront tenus de supporter les frais de leur intervention au jugement ou à la liquidation, à moins qu'ils n'établissent la fraude des

époux. Faut-il rendre ceux-ci victimes d'une suspicion imméritée ?

94. — Le but de l'art. 1447 C. N. est d'appeler les créanciers soit à démontrer contre la femme l'innanité des motifs qu'elle allègue avec plus ou moins de bonne foi pour justifier sa demande, soit à contrôler l'exactitude du chiffre de ses réclamations. V. *inf.* 100.

95. — Naturellement, la sentence de séparation est opposable aux créanciers intervenus, la voie de l'appel leur restant d'ailleurs ouverte.

Quant aux créanciers non intervenus, ils auront, aux termes des art. 1447 C. N. et 873 C. pr. combinés, un an à partir de la publication du jugement pour l'attaquer par la voie de la tierce opposition et faire annuler la séparation obtenue en fraude de leurs droits.

Carré (*Lois de la procédure*, t. 6., quest. 2989) avance que les créanciers pourront *en tout temps* exercer cette tierce-opposition, parce que l'art. 1447 C. N. ne leur impose aucun délai. Mais l'art. 873 C. pr. revenant sur l'opposition des créanciers, leur prescrit formellement de se pourvoir dans le cours de l'année qui suit la publication du jugement. (Toullier, 13, 95; — MM. Rodière et Pont, 852. — Dans le sens de Carré, Orléans, 11 novembre 1818.)

La brièveté de ce délai d'un an s'explique par le désir de faire cesser promptement toute incertitude sur le régime des époux.

Donc, ni la prescription de l'art. 1504 C. N., ni celle de l'art. 2272 C. N., ne serviront aux créanciers : ils solliciteraient même vainement une prorogation

de délai sous le prétexte qu'ils n'auraient découvert la fraude qu'après l'année. V. *inf.* 101.

96. — Une opinion très-sondée, dominante en doctrine et en jurisprudence, soutient que le délai d'un an établi par l'art. 873 C. pr., ne s'applique pas à la liquidation contenue dans le jugement même de séparation : dès lors les créanciers auront trente ans pour l'attaquer. En effet, l'art. 474 C. pr., qui reconnaît aux tiers lésés par un jugement la faculté d'y faire opposition, ne spécifie pas de délai passé lequel leur action sera prescrite. Aussi, cette action est recevable pendant trente ans, en conformité de l'art. 2262, C. N. ; d'où l'on conclut que l'art. 873 C. pr. déroge au droit commun et comporte, en conséquence, une interprétation restrictive : or, il ne parle que du jugement de séparation. S'il avait dû s'étendre à la liquidation, ses rédacteurs eussent certainement distingué le cas où elle serait comprise dans le jugement de celui où elle ferait l'objet d'un acte séparé. D'autre part, n'était-il pas plus urgent de fixer le régime des époux que d'apurer leurs comptes ? L'art. 873 C. pr. n'a donc pas eu en vue la liquidation. (Rouen, 12 mars 1817 ; — Grenoble, 6 juin 1817, 11 février 1819, 21 mars 1827, 3 juillet 1828, 6 juin 1829 ; — Bordeaux, 20 juin 1826 ; — Toulouse, 7 décembre 1832 ; — Paris, 25 avril 1835 ; — Limoges, 26 janvier 1836 ; — Aix, 7 décembre 1837 ; — Poitiers, 18 juin 1838 ; — Bordeaux, 20 août 1838 ; Riom, 9 juin 1848 ; — Paris, 21 janvier 1858 ; — Zachariæ, t. 3, p. 474, note 16 (Aubry et Rau) ; — MM. Rodière et Pont, 854 ; — M. Troplong, 1400 ;

— M. Dutruc, 244, 245 ; — *Contra* : Colmar, 31 août 1811 ; — Rej., 4 déc. 1815 ; — Dijon, 6 août 1817 ; — Riom, 26 déc. 1817 ; — Rouen, 12 mars 1818 ; — Merlin, Rep., v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 3, n° 5 ; — Duranton, 14, 413.)

Quant à la liquidation accomplie postérieurement au jugement de séparation, comme elle s'en distingue tout à fait ; on décide plus généralement encore que l'art. 873 C. proc. ne saurait la régir. (Rouen, 12 mars 1817 ; — Req., 26 mars 1833 ; — Paris, 25 avril 1835 ; — Bordeaux, 20 juin 1826 et 20 juin 1835 ; — Toullier, 13, 86 et 87 ; — Benoît, 331, 332 ; — Duranton, 14, 413.)

97. — Autoriserons-nous les créanciers à faire opposition à la liquidation, dans les termes de l'art. 882 C. N. ?

Pour l'affirmative, on expose que le droit de simple intervention des créanciers sera facilement éludé. Les époux prépareront à l'avance les éléments de leur liquidation et n'auront peut-être plus, aussitôt le jugement prononcé, qu'à signer secrètement un acte tout dressé chez un notaire quelconque. Nous reconnaissons que les choses se passeront ainsi quelquefois. Mais il est impossible d'étendre, surtout avec partialité, les dispositions exorbitantes de l'art. 882 C. N. Notez à cet égard que le renvoi de l'art. 1476 C. N. aux règles des partages ordinaires, ne porte pas sur l'intervention des créanciers. D'ailleurs la liquidation qui suivra la séparation n'entraînera pas toujours un partage. Enfin les créanciers présents à l'instance et au jugement, ne se trouveront-ils pas un peu sur la

trace des faits et gestes des époux ? C'est à eux de veiller.

98. — L'opposition à la séparation formée par un tiers détenteur de biens soumis à l'hypothèque légale de la femme, revêtira quelquefois la forme d'une exception. La maxime : « *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, » fera-t-elle alors échec à l'art. 873 C. proc. ? Nullement ; ou bien, une incertitude indéfinie planerait sur le régime des époux : résultat tout à fait contraire au vœu de la loi. (Dijon, 6 août 1817 ; — Aix, 7 déc. 1837. — *Contra*, Agen, 19 août 1824 ; — Grenoble, 28 nov. 1832.)

99. — Aux droits d'intervention et de tierce opposition réglés par les art. 1447 C. N., 872 et 873 C. proc. s'ajoute, pour les créanciers du mari, la faculté de porter en appel, du chef de leur débiteur, le jugement de séparation. C'est que le droit d'appel n'est pas considéré comme strictement personnel au débiteur. (Cass., 30 août 1808 ; — Poitiers, 6 juillet 1824 ; — M. Colmet Daage, *Leçons de procédure de Boitard*, n° 674.)

Mais un arrêt de Colmar (31 août 1811) et un autre Riom (27 mai 1819) dénie aux créanciers qui n'étaient pas parties dans l'instance en séparation, le pouvoir de former opposition au jugement rendu par défaut. Cette distinction entre le droit d'opposition et celui d'appel est sans fondement. On ne comprend pas que l'un soit attaché à la personne et pas l'autre. Donc il faut appliquer à tous les deux la règle générale de l'art. 1166 C. N.

100. — Aux termes de l'art. 1167 C. N., les créanciers

ne sont reçus à critiquer les actes de leur débiteur qu'en prouvant et sa mauvaise foi et le préjudice à eux causé. Cependant Toullier (88, 89, 90) dispense les tiers qui agissent en vertu de l'art. 1447 C. N. de prouver le dol des époux. Cette opinion a été vivement critiquée. Elle ne nous paraît pas cependant, en un point, complètement inexacte. Quand les créanciers interviennent dans l'instance en séparation, ne peuvent-ils pas faire valoir, contre l'opportunité de la séparation, des considérations étrangères à la bonne ou à la mauvaise foi des époux ? Le juge fermera-t-il l'oreille à leurs observations, alors que son devoir est d'examiner s'il y a cause suffisante de séparation ? En pratique, la question ne ferait pas, croyons-nous, de difficulté. Au surplus, l'art. 1447 se prête très-bien à l'interprétation que nous lui donnons : il permet aux créanciers de *contester* la demande en séparation, sans préciser quel genre de contestations il autorise. Ajoutons qu'une certaine aggravation à l'art. 1167 C. N., ne serait pas injustifiable dans l'espèce.

§ 1. — Cas où les formalités prescrites par la loi n'ont pas été remplies.

101. — D'après MM. Rodière et Pont (853), si les formalités postérieures au jugement de séparation ont été irrégulièrement accomplies ou ne l'ont pas été du tout, le jugement est nul de plein droit et il ne pourra servir à qui que ce soit, même après trente ans. — s'il s'agit au contraire de formalités antérieures au jugement, leur irrégularité le laisse subsister et les créan-

ciers du mari seront en droit de l'attaquer pendant trente ans par la voie de la tierce-opposition.

Ce système de MM. Pont et Rodière est contraire à la théorie que nous avons présentée *sup.*, n° 51.

D'après nous, les formalités qui doivent précéder ou suivre le jugement n'ayant pas été accomplies, la séparation est absolument nulle, et ne prendra force ni après dix ans, comme l'enseigne Toullier (n° 94) d'après l'art. 1304 C. N., ni après trente ans, comme le pense M. Troplong (1370 et 1403) sur le fondement de l'art. 2262 C. N. — En pareil cas, il n'y a jamais lieu d'appliquer aux créanciers la déchéance prononcée par l'art. 873 C. proc., attendu que cet article vise textuellement le cas d'une procédure régulière.

(Merlin, Rep. v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 3, n° 5; — Rej., 13 août 1818; — Bourges, 26 mai 1818; — Grenoble, 11 fév. 1819; — Bourges, 15 fév. 1823; — Cass., 11 juin 1823; — Bordeaux, 22 janvier 1834; — Cass., 18 nov. 1835; — Req., 15 janvier 1843 et 18 fév. 1852; — *Sup.* n° 51, 65, 86.)

102. — La femme qui poursuit la séparation après la faillite du mari est obligée de mettre en cause le syndic (*sup.*, n° 28). Si elle néglige de le faire, la sentence de séparation sera nulle, non pas en vertu des art. 1444 C. N. et 873 C. proc., mais par application de l'art. 443 du Code de commerce; et elle sera nulle radicalement, parce qu'une nullité relative ne saurait affecter le régime des époux. (*Contra*, Bourges, 24 mai 1826.)

CHAPITRE IV.

EFFETS DE LA SÉPARATION DE BIENS.

103. — On décide généralement que les effets de la séparation sont déterminés par la loi en vigueur à l'époque du mariage et non par la loi existante lors du jugement qui prononce cette séparation. Il est de principe, en effet, que le sort des conventions matrimoniales dépend de la législation en vigueur à l'époque où le mariage a été célébré. (Req., 20 fév. 1858; — Chambéry, 10 juin 1861; — Rej., 14 juillet 1863. — *Contra*, Grenoble, 22 juillet 1830.)

SECTION I. — RÉTROACTIVITÉ DE LA SÉPARATION.

104. — D'après l'art. 1443-2 C. N., le jugement de séparation remonte, quant à ses effets, au jour de la demande.

Est-ce là une application du droit commun? Oui; car le demandeur, assurément, ne doit pas plus souffrir des retards de la justice que du mauvais vouloir de son adversaire. Sans doute, en notre matière, il ne saurait y avoir place au mauvais vouloir du mari, à qui la prohibition des séparations volontaires enlève la possibilité de donner satisfaction immédiate à la femme; mais celle-ci reste toujours exposée aux inconvénients graves de retards forcés dans l'admission de sa demande. — Un arrêt de Bourges, du 20 juillet 1881, fait très-bien ressortir que « la loi doit protection à la » femme dont la dot est mise en péril, du jour même

« où le péril est signalé à la justice ; que la lenteur
« inévitable des formalités judiciaires ne peut pas
« porter atteinte à ce principe. »

La rétroactivité du jugement de séparation était consacrée par la jurisprudence du Châtelet de Paris. (V. Pothier, 521.)

104 bis. — Cette rétroactivité se produit-elle aussi bien vis-à-vis des tiers qu'entre époux ? La question s'est posée surtout à propos des saisies opérées par les créanciers du mari sur des revenus dotaux, pendant l'instance en séparation. Dans le sens de la négative, on a objecté que les tiers ignoraient ordinairement la demande en séparation. (Riom, 31 janv. 1826 ; — Rouen, 9 août 1829 ; — V. MM. Rodière et Pont, 808 ; — Dalloz, 1038 ; — M. Dutruc, 280.)

Mais, d'abord, quand la loi établit un mode de publication, pour un fait ou un acte, la présomption que les tiers sont réellement avertis par l'accomplissement des formalités prescrites est absolue.

Au surplus, comme nous le démontrerons *infra*, n° 114, il n'y a nulle relation nécessaire entre la rétroactivité de la séparation et la publication de la demande. Pour le moment, contentons-nous de remarquer que l'art. 1443-2 C. N. fait remonter les effets du jugement de séparation au jour de la demande, sans distinction.

Nos adversaires ne devraient-ils pas, s'ils étaient conséquents avec eux-mêmes, ne déclarer le jugement de séparation opposable aux tiers qu'après signification ? Ce qui serait violer ouvertement la loi. V. dans notre sens : Bordeaux, 11 mai 1843 et Cass. 22 avril 1848.

105. — Examinons les conséquences de la rétroactivité du jugement de séparation en ce qui concerne les fruits et intérêts de la dot ou des reprises de la femme.

Aux termes de l'art. 1473 C. N., « les emplois et » récompenses dus par la communauté aux époux et » les récompenses et indemnités par eux dues à la » communauté, emportent les intérêts de plein » droit, du jour de la dissolution de la communauté. » Cette disposition qui a pour but de supprimer des formalités irritantes entre époux, sanctionne au fond une conséquence toute naturelle de la dissolution de la communauté : les intérêts courent au profit des époux parce qu'ils ne sauraient plus courir au profit d'une communauté dissoute. Rien donc n'empêche d'appliquer l'art. 1473 C. N. en matière de séparation et de calculer alors les intérêts des reprises de la femme, du jour de la demande en séparation qui est celui même de la dissolution de la communauté. (Paris, 20 août 1821 ; — Bordeaux, 27 août 1847. — *Contra*: Riom, 17 déc. 1846 ; — Rej., 28 mars 1848.)

Quant aux fruits ou intérêts des valeurs de toute nature qui composent proprement la communauté, ils restent dans la masse et l'augmentent ; donc la femme acceptante sera pleinement désintéressée en recevant la moitié de cette masse ; et si l'on suppose la femme renonçante, elle n'aura de droit, ni sur les fruits ou intérêts, ni sur les capitaux des biens communs. (Rapp. Caen, 11 juillet 1844.)

Il peut arriver enfin que la femme ait une créance personnelle à exercer contre le mari. L'art. 1479

C. N. prévoit ce cas et décide que les intérêts pourront être réclamés par la femme, à compter de la demande en justice. Tel est le droit commun (1153 C. N.) : il régira les époux séparés. La poursuite en séparation constituera une demande dans le sens des art. 1153 et 1470 C. N., et fera courir les intérêts au profit de la femme demanderesse.

106. — Pendant et même après l'instance en séparation, il arrivera que le mari pourvoie avec ses revenus personnels à la totalité des charges du mariage. En pareil cas, il aura le droit de porter à son crédit, dans le compte de fruits qu'il rendra à la femme, la somme liquide pour laquelle celle-ci devait contribuer aux dépenses communes. (V. Roussille, 502.)

D'après Pothier (821) et M. Troplong (1384), une compensation en bloc sera faite entre les dépenses du ménage et les intérêts de la dot, jusqu'au jour du jugement de séparation, de façon à ce que la femme n'ait droit que de ce jour à des intérêts. Mais nos auteurs ne vont pas assez loin dans leur propre voie, car ils ne s'occupent pas des avances du mari postérieures au jugement. Quoi qu'il en soit, leur idée de compensation en bloc est condamnée implicitement par l'art. 1473 C. N. Il est indispensable que les époux procèdent à une liquidation exacte de leurs droits respectifs; et c'est ce que M. Troplong finit par reconnaître lui-même (1437). — (V. M. Dutruc, 309; — Bordeaux, 1^{er} fév. 1848; — Req., 4 fév. 1846; — Contra, Riom, 11 fév. 1848.)

107. — L'effet rétroactif du jugement de séparation entraîne-t-il l'annulation de tous les actes que le mari

a pu faire dans la limite de ses droits ordinaires, au cours de l'instance, tant sur les biens de la communauté que sur ceux propres à la femme?

Un premier système permet au mari tous les actes de simple administration. Des mesures conservatoires seront prises, s'il y a lieu, par la femme (680 C. proc.); — elle sera fondée aussi à réclamer l'annulation de tout acte accompli en fraude de ses droits, ou même qui lui seraient préjudiciables seulement. (MM. Rodière et Pont, 868; — M. Troplong, 1380; — Angers, 16 août 1820; — Riom, 20 fév. 1826.) — Ce dernier arrêt déclare suspect le bail passé par le mari et portant sur des biens communs, par cela seul qu'il a été conclu après la publication de la demande en séparation.

L'art. 271 C. N. sert de base à un autre système d'après lequel les pouvoirs du mari s'étendraient jusqu'à l'aliénation loyalement consentie des biens communs. (Bruxelles, 6 janv. 1820; — Motifs de Besançon, 18 fév. 1804.)

Ces deux systèmes ne tiennent aucun compte des art. 1418-2 et 1440 qui rendent à la femme séparée l'administration de ses biens rétroactivement à partir de la demande. Sans doute, les biens de la communauté et ceux de la femme ne doivent pas rester à l'abandon pendant l'instance en séparation; mais il suffit, pour parer à tout inconvénient, de reconnaître au mari le droit de faire les actes d'administration ayant un caractère marqué d'urgence. On peut très-bien, quoi qu'en disent M. Dutruc (281) et MM. Rodière et Pont (868), diviser les actes d'administration en plu-

sieurs catégories, car ce qui est acte d'administration pour tel gérant, ne l'est pas pour tel autre; et puis l'urgence a certainement ses degrés.

Nous citerons dans notre sens un arrêt des Req. du 14 déc. 1853, relatif à une cession faite par le mari, pendant l'instance en séparation, des intérêts de capitaux appartenant à la femme : la cession a été annulée quant aux intérêts échus après la demande. Or la disposition des revenus de la communauté ne peut être de la part du mari qu'un acte d'administration. Sans doute, dans l'espèce, la cession n'était pas justifiée par une nécessité impérieuse.

Rapp. Rouen, 6 nov. 1838; — Rennes, 3 juillet 1844.

108. — C'est l'assignation introductive d'instance qui constitue la demande dont parle l'art. 1443-2. La requête exigée par l'art. 868 C. proc. n'a d'autre but que d'autoriser la femme à procéder. (MM. Rodière et Pont, 888.) — Ainsi, c'est à partir de l'assignation donnée au mari que la séparation sera censée accomplie.

109. — L'art. 1448 C. N. dit : « Le jugement remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. »

Est-ce à dire que ses effets se produisent même antérieurement à la demande? Non certainement. L'art. 1448 veut dire que des effets de la séparation peuvent se produire le jour même de la demande; sous entendez : postérieurement au moment de cette demande.

La femme qui réclame sa part d'une succession mobilière échue au mari devra prouver que le moment de l'ouverture de la succession est postérieur à celui de l'assignation.

Pothier (n° 821) semble de cet avis, lorsqu'il parle de droits acquis à la femme pendant le temps intermédiaire *entre la demande et la sentence*.

110. — On a décidé avec raison, pour le cas où la procédure de la séparation de biens serait interrompue par suite d'un accord survenu entre les époux que les effets du jugement de séparation prononcé ultérieurement, devraient remonter seulement au jour où les poursuites auraient été reprises. (M. Dutruc, 271 ; — MM. Rodière et Pont, 837 ; — Grenoble, 14 mai ou mars 1832 ; — Cass., 4 février 1846.)

111. — L'effet rétroactif que nous venons d'étudier, se produit-il dans la séparation de biens accessoire à la séparation de corps ? La question est très intéressante, très-débatue et demande un sérieux examen.

Nous adoptons l'affirmative pour les motifs suivants :

L'art. 311 C. N. dit laconiquement que « la séparation de corps emportera toujours la séparation de biens. » Mais où les effets de cette séparation accessoire sont-ils précisés ? — Dans les art. 1443 ets. C. N. qui mentionnent plusieurs fois la femme séparée de corps. Dira-t-on que les art. 1440, 1480 et 1482 étant les seuls qui présentent cette mention, sont seuls aussi applicables à la séparation de biens accessoire ? Personne ne va jusque là : et les art. 1448 et 1480 qui ne parlent pas de la femme séparée de corps, sont considérés néanmoins comme la régissant : pourquoi en serait-il autrement de l'art. 1445.2 ?

Nous avons déjà établi que l'art 1445.2 contient une application du droit commun (sup. 101). La règle

qu'il pose s'étend donc naturellement à la séparation de biens accessoire.

3° Il est certain que l'utilité de la rétroactivité est aussi grande dans la séparation accessoire que dans la séparation principale. L'instance en séparation de corps suppose des dissentiments très-graves entre les époux, et le mari pourrait, par esprit de vengeance, mésuser de ses droits : protection est encore ici due à la femme.

4° Dans la théorie du Code, le mariage entraîne une communauté de vie, *individuum vitæ consuetudinem*, comme disaient les jurisconsultes romains ; et cette communauté de vie fait naître deux présomptions : celle de l'art. 312 C. N. : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari, » et celle qu'on peut appeler de collaboration, et qui est le fondement de la communauté de biens entre époux (1300 C. N.).

Mais le Code a négligé de tirer les conséquences que comportaient de telles prémisses.

Poursuivons-les sans lui.

Dès que la communauté est détruite, ses effets perdent leur raison d'être. Or dans l'instance en séparation de corps, elle cesse, provisoirement, à partir de l'ordonnance du président qui indique à la femme un domicile distinct de celui du mari (878 C. proc.) ; et définitivement, lorsque le jugement de séparation est rendu. — Donc la loi du 6 déc. 1880 rectifie le Code dans le sens même de son propre système, quand elle permet au mari de désavouer l'enfant né trois cents jours après l'ordonnance en question.

En ce qui concerne la communauté de biens, elle

devrait se dissoudre à la date même de cette ordonnance. Cependant elle ne prendra jamais fin qu'au jour de la demande. Aucun texte du Code ne sanctionne un autre résultat, et l'on ne trouve pas, sur ce point, de loi récente qui donne satisfaction aux vrais principes.

8° Il est enfin à observer que, si la dissolution de la communauté n'est réalisée que par le jugement de séparation de corps, les époux seront tentés, chacun selon son intérêt, de retarder ou de hâter à dessein, frauduleusement même peut-être, la marche de l'instance, de manière à faire tomber dans la communauté ou à en exclure une succession mobilière, des produits industriels, etc.

On a cru enlever toute force à cette considération en reconnaissant à l'époux lésé par une manœuvre déloyale de son conjoint, le droit de lui réclamer une indemnité. Mais il vaut mieux évidemment ne pas subir de préjudice que de poursuivre une réparation.

D'ailleurs faire dépendre en quelque façon de l'arbitraire des époux l'existence de la communauté, c'est aller contre le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

112. — Exposons maintenant et tâchons de réfuter les divers arguments sur lesquels la négative se fonde.

L'art. 1443-2 est écrit à propos de la séparation de biens principale : on ne peut donc l'appliquer à la séparation de biens accessoire.

Nous dirons : La section 2, 1^{re} partie, chap. 2, tit. 8, du C. N., traite à la fois et confusément de la séparation de biens principale et de la séparation de biens ac-

cessoire. Pour discerner ce qui est applicable à celle-ci, deux systèmes seulement se présentent : s'attacher aux articles qui la mentionnent expressément, ou rechercher les dispositions compatibles avec sa nature spéciale. Nos adversaires, qui repoussent l'art. 1448-2, mais acceptent, croyons-nous, les art. 1448 et 1480, s'éloignent également de ces deux systèmes : leur raisonnement manque donc tout à fait de base.

Et puis, si l'article 1448-2 fait réellement défaut, le droit commun est là qui admet la rétroactivité dans les décisions judiciaires (sup. 104).

113.— *L'art. 1448-2 est exceptionnel : sa portée doit être restreinte au cas directement prévu.*

V. sup. 104, la réponse à cette objection.

114.— *La demande en séparation de corps n'est soumise à aucune publicité. Faire remonter à cette demande la dissolution de la communauté, c'est mettre à néant les précautions que le législateur a prises dans les art. 866 et s. C. proc., pour entourer la demande en séparation de biens de toute la publicité possible et faire en sorte que cette demande arrive à la connaissance des tiers qui contracteraient par la suite avec le mari. . .*

Cette argumentation repose sur deux idées fausses. D'abord, la rétroactivité du jugement de séparation de biens au jour de la demande ne s'explique nullement par la publication de cette demande. Dans l'ancien droit, elle était admise en l'absence de toute publication de la demande, comme conséquence d'une règle de droit commun (Pothier, 820). — Le Code Nap. la proclame, lui aussi, sans exiger aucune publication de la demande.

En second lieu, c'est une erreur de prétendre aussi absolument, que le législateur a considéré la publication de la demande en séparation de biens au point de vue de l'intérêt des tiers qui dorénavant contracteraient avec les époux.

Il est certain que Pothier (*Traité de la comm.*, §17) attribuait à une pensée de protection pour ces tiers, la publication de la sentence de séparation. Mais nous soutenons que l'attention des rédacteurs de nos Codes s'est portée au contraire sur les créanciers du mari au jour de la demande en séparation.

Interrogeons sur ce point les travaux préparatoires du Code civil.

On lit dans Locré, tome 13 :

P. 86. — « La femme n'est pas obligée d'appeler les créanciers de son mari, même ceux qui se sont fait connaître par des poursuites. La loi se borne à poser le principe de la publicité des demandes. »

P. 100. — « M. Maleville réplique que les séparations ne sont jamais demandées qu'à l'occasion de quelques poursuites faites contre le mari. Ce sont ces créanciers poursuivants que la femme doit être forcée d'appeler. »

« M. Treilhard observe que la formalité que propose M. Maleville ne tend qu'à donner une plus grande publicité aux séparations pour empêcher qu'elles ne soient frauduleuses. Il est impossible d'atteindre ce but par des moyens plus simples, mais ce n'est pas ici leur place. Ils appartiennent au Code de procédure civile qu'on prépare en ce moment et ils y sont proposés. »

P. 284. — Exposé des motifs de M. Berlier.....
• Le secours de la séparation..... ne pouvait dispa-
• raitre de nos lois : mais il est aussi du devoir du
• législateur de rendre la fraude plus difficile en ap-
• pelant surtout la surveillance de ceux qu'elle peut
• blesser. »

P. 300. Rapport du tribun Duveyrier.

« Toute séparation de biens suppose dans la com-
• munauté des embarras, des pertes, des engagements
• onéreux, des créances et par conséquent des tiers
• intéressés dont les droits sont mis au premier rang
• des biens sociaux.... Le projet ne perd pas un
• instant de vue le droit respectable des créanciers. »

Ces citations démontrent que certainement les rédac-
teurs du C. N., n'ont pas envisagé la publication
de la demande de séparation de biens, au point de
vue de l'intérêt des personnes qui traiteraient avec le
mari postérieurement à cette demande. Au fond, sans
doute, ils ne méconnaissaient pas l'utilité de la publi-
cation pour ces personnes ; mais, en définitive, ils n'éta-
blissaient aucune espèce de liaison entre la rétroactivité
de la séparation et la publication de la demande.

Maintenant, les art. 806 et s. C. pr. reflètent-ils un
autre système ? Nullement, les paroles ci-dessus rappor-
tées de M. Treilhard le prouvent et aussi le texte même
l'art. 873 C. pr., qui permet aux créanciers du mari
d'attaquer le jugement de séparation par la tierce op-
position seulement dans l'année de sa publication.
L'article ne peut avoir en vue que les créanciers an-
térieurs à la séparation ; comment comprendre autre-
ment une déchéance encourue au bout d'un an, à

compter de la publication, par des personnes qui ne se mettront en rapport avec le mari peut-être que dix ou vingt ans après cette publication ?

Ainsi, pour l'intelligence de notre question, il faut distinguer entre les personnes qui ont traité avec le mari avant la séparation, et celles qui ont traité avec lui après la séparation.

Les premières ont intérêt à ce que la séparation n'ait pas lieu (*sup.*, n. 46). C'est pourquoi elles sont appelées à vérifier la nécessité de cette dérogation à la loi pécuniaire du mariage. La publication de la demande et celle du jugement les mettront en demeure d'exercer leur droit de contrôle.

Quant aux personnes qui ont traité avec le mari après la séparation, leur intérêt exige simplement qu'elles soient averties de la modification apportée au régime matrimonial, de façon à contracter avec les époux en toute sûreté. La publication de la demande et celle du jugement remplissent encore ce but.

Donc, ces publications servent à toutes personnes qui ont, avant ou après la séparation, fait affaire avec les époux. Mais le législateur a songé, en les imposant, seulement ou principalement aux créanciers antérieurs à la séparation. Il a voulu placer les poursuites de la femme sous la surveillance de ceux dont elles compromettent directement la position.

On ne s'étonnera plus, après ces explications, que la séparation de corps n'ait pas été soumise à la même publicité que la séparation de biens. Tandis que celle-ci n'est trop souvent qu'une manœuvre frauduleuse dirigée contre les créanciers actuels de la commu-

nauté, celle-là suppose chez les époux des préoccupations tout à fait étrangères à leurs intérêts matériels; car on admettra difficilement que pour tromper un créancier, les époux osent imaginer et livrer à la malignité du public des faits déshonorants pour eux-mêmes.

Au surplus, les personnes qui traiteront avec les époux après la séparation de biens, seront fondées à se prévaloir du défaut de publication, si elles y ont intérêt; car il entraîne nullité absolue de toute la procédure.

118. — *Les causes qui donnent lieu à la séparation de biens n'excluent nullement l'idée d'une sage administration de la part du mari. La rétroactivité de la sentence n'a donc pas le même intérêt dans la séparation de biens accessoire que dans la séparation de biens principale.*

Nous avons déjà fait justice de cet argument en montrant que l'animosité du mari peut, autant que son inconduite ou sa négligence, alarmer les intérêts de la femme.

119. — *Le jugement de séparation de corps crée une situation nouvelle. Il serait absurde que les conséquences de cette situation se produisissent avant elle.*

Il n'est pas exact de prétendre que le jugement de séparation de corps crée une situation nouvelle : il ne la crée pas, mais la consolide. En effet, la séparation de corps ne dissout pas le mariage; elle libère seulement la femme de l'obligation de cohabiter avec son mari; or, dès l'ordonnance du président rendue conformément à l'art. 878 C. proc., la femme a été légalement, quoique provisoirement, dispensée de co-

habiter avec son mari; le jugement de séparation rend son droit définitif et même le complète, car elle n'est plus obligée dorénavant de résider au domicile qui lui a été fixé par l'ordonnance.

En somme, la communauté de vie qui est la raison logique de la communauté de biens, n'existant plus au jour de la demande; ce même jour au moins, la communauté de biens doit se dissoudre : *cessante causa, cessat effectus*.

117. — *Si c'est le mari qui a demandé la séparation de corps, il impliquerait qu'elle pût tourner à son détriment, en lui faisant perdre les avantages de la communauté, à partir du jour de la demande.*

Mais c'est mal raisonner que de considérer seulement les avantages de la communauté : ses désavantages doivent aussi entrer en ligne de compte. A partir de la demande, le mari perdra les avantages et échappera aux désavantages : il n'aura aucun droit sur la succession mobilière échue à la femme, et profitera seul de la succession mobilière à lui échue. La communauté est fondée sur un contrat aléatoire indivisible.

D'ailleurs, la prétention du mari de se réserver les bénéfices de la société des biens, alors qu'il répudie la société des personnes, mérite d'être repoussée comme immorale.

118. — Il nous reste à parler d'un système intermédiaire défendu par M. Troplong (n° 1387 et 1388).

La rétroactivité de la séparation de biens accessoire se produirait entre époux, mais serait non avenue à l'égard des personnes ayant pendant l'instance, traité avec le mari. Ces personnes n'auraient à compter

qu'avec l'article 271 C. N. qui permet à la femme commune, demanderesse ou défenderesse en divorce, d'attaquer les actes accomplis en fraude de ses droits par le mari, depuis la demande de divorce. (Cass., 20 mars 1838; — Rapp. Douai, 22 mai 1838.)

Un pareil système est illogique : il distingue là où la loi ne distingue pas. On peut adopter ou rejeter, mais non scinder la règle de l'art. 1448 C. N.

De plus, nous avons montré que la rétroactivité de la séparation de biens principale ne se lie pas nécessairement aux publications ordonnées par les art. 866 et suiv. C. proc.; qu'elle est une pure application du droit commun.

Puis, l'art. 271 C. N. figure parmi les mesures *provisaires* auxquelles peut donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée. On ne saurait donc le considérer comme réglant *définitivement* les droits de la femme. — Enfin, cet article met la femme au rang des créanciers ordinaires invoquant l'art. 1166 C. N.; or, placée dans une situation exceptionnelle, n'a-t-elle pas besoin d'une protection spéciale?

110. — Voyez, en notre faveur, Merlin, Rep., v° *Sép. de corps*, § 4, n° 4; — Toullier, t. 2, n° 708 et 770; — M. Dutruc, n° 283; — Bruxelles, 22 mars 1810; — Limoges, 17 juin 1838; — Paris, 18 juin 1838; — Trib. de la Seine, 22 juin 1860; — Paris, 27 déc. 1860; — Req., 13 mai 1862; — Paris, 28 avril 1863; — Besançon, 18 fév. 1864.

Contra, Delvincourt, t. 1, p. 83; M. Valette, sur Proudhon, t. 1, p. 341; — Duranton, 4^e édit., t. 2,

n° 622 ; — Marcadé, sur 311, n° 4; M. Demolombe, t. 4, n° 814 et 818 ; — MM. Rodière et Pont, 860.

SECTION II. — CONTRIBUTION DE LA FEMME SÉPARÉE DE BIENS, AUX CHARGES DU MARIAGE.

120. — « La femme qui a obtenu la séparation de biens, dit l'art. 1448 C. N., doit contribuer proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs. Elle doit supporter entièrement ces frais, s'il ne reste rien au mari. »

Nous plaçons le fondement d'une telle disposition dans l'obligation que les époux contractent *ensemble*, par le fait du mariage, de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. (203 C. N.)

L'art. 1537 C. N. adopte pour le régime de la séparation contractuelle, un autre mode de répartition entre les époux des frais du ménage : la femme les supporte jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus : tout l'excédant est à la charge du mari.

Autrefois, le juge déterminait la part de la femme dans les frais dont il s'agit, en égard à ses facultés et à sa qualité. (Pothier, 404, 405.) — On ne saurait aujourd'hui parler de *qualité* : toutes les épouses, toutes les mères ont des devoirs égaux. Mais l'art. 1448 C. N., en proportionnant, comme on le faisait dans l'ancien droit, la contribution de la femme à ses facultés, pose une règle équitable, tandis que celle de l'art. 1537 est complètement arbitraire et il est impos-

sible d'en donner une explication satisfaisante. Pour la justifier, on a imaginé une certaine différence, à notre point de vue; entre les deux séparations. Dans la séparation conventionnelle, il paraîtrait naturel que le mari dominant l'association conjugale, supportât dans les charges qui la grèvent, une part plus forte que celle de la femme. D'ailleurs le règlement légal peut être modifié par le contrat de mariage. Mais quand la communauté a une fois existé entre les époux, il serait inique de rejeter une proportion de contribution aux dépenses, sur laquelle le mari a dû compter. Ce raisonnement ne nous arrête pas : la prépondérance maritale qui existe sous tous les régimes, ne comporte nullement une inégale répartition des charges du mariage. Pourquoi, s'il en était autrement, l'art. 1482 C. N. mettrait-il au compte de la femme moitié du passif social?

121. — Le mari a comme tel la direction des intérêts qui lui sont communs avec la femme. Il reste donc, après la séparation, le chef du ménage, et c'est entre ses mains que continueront d'être centralisées les ressources destinées à faire face aux besoins de la famille. Par suite, la femme sera tenue de lui remettre la somme qu'elle devra pour sa part dans les charges communes et même la totalité des sommes nécessaires au ménage, si c'est elle qui se trouve obligée de les acquitter en entier. (Bourjon, *Droit commun*, t. 1, p. 511. — Pothier, 464, 468. — Merlin, *v° Sép. de biens*, sect. 2, § 8, n° 8; — Req., 28 juill. 1808; — Riom, 10 fév. 1853.

C'est donc à tort qu'un arrêt de Rouen du 28 juin 1821 (approuvé par M. Demolombe, *Traité du ma-*

riage, t. 2, n° 87, et par M. Dutruc, n° 300) permet à une femme séparée de payer directement à l'enfant commun devenu majeur, sa part d'une pension alimentaire servie précédemment par le mari. L'enfant majeur, dit-on, étant affranchi de la puissance paternelle sauf dans certains cas exceptionnels prévus par la loi, est capable de recevoir lui-même ses revenus et l'intermédiaire du père serait sans aucune utilité. N'est-ce pas là confondre la puissance paternelle avec la puissance maritale? Celle-ci n'est ni effacée ni diminuée par la majorité d'un enfant du mariage.

122. — Que si le mari, oubliant ses devoirs, fait un mauvais usage des sommes qui lui sont confiées, la femme pourra se faire autoriser par le tribunal à employer elle-même directement sa part contributive. (M. Troplong, 1438; — MM. Rodière et Pont, 878. — Paris, 8 août 1807; — Req., 28 juill. 1808; — Cass., 6 mai 1835; — Caen, 8 avril 1881.)

Cependant Merlin (Rép., v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 8, n° 8) et la Cour de Nancy (28 janv. 1841) ne donnent à la femme d'autre droit, dans l'hypothèse, que celui de poursuivre la séparation de corps, en tant que la conduite du mari dégénérerait en injures, excès ou sévices graves dans le sens de l'art. 231 C. N. Telle est aussi la décision de M. Dutruc (n° 208). Ce système prétend sauvegarder la dignité du mari, en évitant de le mettre dans la dépendance de la femme. On ne veut pas le laisser exposer à des critiques, à des attaques inspirées peut-être par de simples caprices. — Mais l'intervention du tribunal répond à toutes les objections. La femme ne sera autorisée à agir que dans un but déterminé et honorable.

Le juge saura ménager tous les intérêts. Ne serait-il pas absurde de sacrifier l'avenir des enfants à la prétendue dignité d'un mauvais père?

On a fait encore valoir, contre notre opinion, les exigences de la puissance maritale. (Riom, 16 fév. 1853.) Mais la considération manque de force, parce que la séparation a justement pour but de restreindre cette puissance.

123. — Un arrêt de Poitiers, du 17 fév. 1842, décide avec raison, ce nous semble, qu'une caution ne peut être exigée de la femme séparée, pour la garantie du paiement de sa part contributive aux frais du ménage. (V. Riom, 5 fév. 1821; — M. Troplong, 1438. — *Sup.*, 67 bis.)

Toutefois, si l'un des époux séparés dissipe ses biens de façon à se mettre dans l'impossibilité d'acquitter la portion de charges qui lui incombe, son conjoint aura, au moins alors, comme tout créancier, le droit de recourir aux mesures conservatoires mentionnées par l'art. 1480 C. N.

124. — Il n'est point permis aux époux de déroger arbitrairement aux règles tracées par le Code pour la séparation de biens. On arriverait autrement à sanctionner les séparations volontaires.

Le mari ne pourrait donc être autorisé à retenir l'administration et la jouissance de partie des biens de la femme, à la charge d'en appliquer les revenus à l'entretien du ménage. (Bordeaux, 27 avril 1831 et 25 mars 1848.)

Dans l'ancienne jurisprudence, au contraire, l'usage était qu'une partie de la dot restât au mari, sous

l'affectation ordinaire. (Denizart, *vo Sép.*, n° 37 et 38.)

125. — L'art. 1448 C. N. règle-t-il non-seulement les rapports des époux entre eux, mais encore leurs rapports avec les tiers?

Nous sommes pour la négative, avec la jurisprudence. L'art. 1448, en effet, parle de contribution; or, dans le style du Code, cette expression suppose une répartition de charges entre coïntéressés: vis-à-vis des tiers, les coïntéressés sont *tenus*. (V. art. 870 et s., 1410 et s. C. N.)

Mais nous ne suivrons pas la jurisprudence proclamant que l'obligation assignée aux époux d'acquitter les charges du mariage est indivisible ou solidaire entre eux, au regard des tiers. (V. Grenoble, 28 janv. 1836; — Paris, 13 juin 1836 et 3 juin 1842; — Agen, 13 juillet 1840 et 18 juin 1851.)

La dette des époux n'est pas indivisible, car elle se traduit en sommes d'argent qui peuvent toujours être fractionnées; elle n'est pas non plus solidaire, parce qu'aucun texte de la loi ne la déclare telle et qu'aux termes de l'art. 1202 C. N., la solidarité n'a lieu de plein droit qu'en vertu d'une loi.

Peu importe qu'il y ait entre les époux eux-mêmes une obligation réciproque, solidaire, en un sens, d'acquitter les charges du mariage. Peu importe aussi que les époux puissent être considérés, d'autre part, comme tenus solidairement envers leurs enfants de les nourrir, entretenir et élever (203 C. N.).

La vérité est que les droits de famille ne sauraient être invoqués par des étrangers.

Comment donc, en définitive, régler les droits des

tiers qui auraient traité avec les époux relativement à des dépenses du ménage? D'après les principes de droit commun; par conséquent l'engagement contracté par un époux lui demeurera personnel (1119 C. N.).

Mais faisons une remarque importante qui nous rapprochera de la jurisprudence. Il y a obligation réciproque entre les époux de faire face aux charges du mariage, de telle sorte même que, si l'un est insolvable, l'autre est tenu envers le premier d'acquitter la totalité des charges (203, 1448 C. N.). — Si donc l'un des époux s'est engagé pour une dépense commune et ne peut payer, le créancier, exerçant les droits de son débiteur, aura recours contre le conjoint, d'après la règle de l'art 1166 C. N.

Un arrêt de la chambre des requêtes, du 27 janvier 1857, donne à la difficulté qui nous occupe une solution intéressante. Il juge que le paiement des fournitures faites à une femme séparée de biens peut être poursuivi solidairement contre le mari, s'il est établi que les fournitures ont eu lieu au nom du mari, qu'elles rentrent dans les dépenses générales du ménage et que ceux qui les ont faites ont agi de bonne foi et dans la confiance qu'elles leur seraient payées tant par le mari que par la femme.

Si l'arrêt avait franchement admis la théorie de la solidarité légale, il n'aurait pas eu à rechercher au nom de qui la dépense avait été faite ni si les fournisseurs avaient été de bonne foi.

Du reste, son système de gestion de l'affaire du mari par les fournisseurs, est acceptable; on pourra

même, dans certains cas, constater un mandat donné par un époux à son conjoint d'acquitter les charges de mariage.

126. — L'un des époux étant insolvable, l'autre doit supporter la totalité des dépenses communes. Et même celui des deux qui se trouve ainsi chargé de payer au delà de sa part, ne sera pas en droit d'exiger plus tard une indemnité de son conjoint revenu à meilleure fortune, car il aura payé sa dette personnelle; à moins, selon nous, que ce ne soient les dissipations du conjoint qui l'aient mis hors d'état de remplir son obligation. (V. 202, 203 C. N.; — Riom, 20 juillet 1883.)

Ajoutons que l'absence de cohabitation n'affranchit pas les époux du devoir d'assistance mutuelle qui est le lien même du mariage. Un époux pourra être fondé à réclamer des secours au conjoint dont il vit séparé de fait. (Bordeaux, 31 mai 1884.)

Les tribunaux devront s'appliquer d'ailleurs à ne pas favoriser légèrement des situations équivoques ou contraires à la morale. (Poitiers, 13 mai 1886.)

127. — Comment les époux prouveront-ils, au regard l'un de l'autre, l'acquittement de leur part contributoire aux charges du mariage? Par tous moyens, car la loi n'établit aucun mode spécial de preuve en cette matière. D'autre part, l'obligation de la preuve écrite ne saurait être admise entre époux : il y a impossibilité morale pour eux à se conformer à l'art. 1341 C. N. Telle est la décision de la Cour de Paris (3 messidor an XI) relativement à la séparation con-

tractuelle ; décision qui peut, sans difficulté, être étendue à la séparation judiciaire.

128. — Des règles analogues à celles que nous venons de tracer, seront appliquées à la contribution des époux séparés de corps aux dépenses communes entre eux ; seulement il n'y a pas alors de dépenses du ménage, attendu que le ménage n'existe plus ; mais il faut toujours pourvoir à l'entretien et à l'éducation des enfants. Les époux ne doivent-ils pas, en outre, s'aider l'un l'autre en toute circonstance ?

SECTION III. — CAPACITÉ DE LA FEMME SÉPARÉE.

129. — Dumoulin enseignait que la femme séparée pouvait contracter et disposer de ses biens, sans restriction, comme si elle eût été non mariée. (Sur les art. 170 et 232 de la coutume du Bourbonnais.)

Voyez aussi cout. de Montargis, chap. 8, art. 6 ; — Cout. de Dunois, art. 88 ; — Ancienne cout. d'Orléans, art. 171 ; — Cout. de Sedan, art. 93 et 97 ; — Coquille, sur la cout. de Nivernais, tit. 23, art. 6 ; — Gousset, sur la cout. de Chaumont, art. 66, n° 7).

La doctrine de Dumoulin n'a pas prévalu, néanmoins, dans l'ancien droit.

Elle semblait, il est vrai, consacrée par la coutume de Paris, dont l'art. 234 est ainsi conçu :

« Une femme mariée ne peut s'obliger sans le consentement de son mari si elle n'est séparée par effet
» ou marchande publique. » (Rapp. 100, nouv. cout. d'Orléans.)

Mais on reconnaissait généralement que la femme

séparée ne pouvait s'obliger que pour les besoins de son administration.

Notons quelques règles particulières.

Dans le duché de Bourgogne, le juge qui prononçait la séparation, autorisait la femme à aliéner et à contracter comme si elle n'avait pas été mariée ; sans cette autorisation, la femme ne pouvait agir qu'avec le consentement de son mari. (Raviot sur Perrier, quest. 281, n° 68.)

D'après les Placités de Normandie, la femme séparée avait le droit de vendre et d'hypothéquer, sans autorisation du mari ou de justice, ses meubles de quelque valeur qu'ils fussent, ainsi que les immeubles qu'elle avait acquis depuis la séparation. Quant aux immeubles qui lui appartenaient déjà lors de la séparation, ou qui lui provenaient plus tard d'héritage, elle ne pouvait les vendre ou les hypothéquer sans permission de justice, après avis de parents. (Art. 126 et 127 ; — Caen, 3 août 1826 ; — Dalloz, 13, n° 1074).

Rapp., arrêt de 1623, obtenu par Chopin, cité par Loysel-Laurière, 1, 2, 24, règle 24 ; — Brodeau sur Louet, lettre F, somm. 30. — Renusson, 1^{re} partie, chap. 9, n° 28 et 30 ; — Rousille, n° 400 ; — Argou, t. 2, chap. 20 ; — Lebrun, liv. 2, chap. 1, sect. 1.)

Pothier résumant, sur ce point, le dernier état du droit coutumier, accorde à la femme séparée judiciairement ou contractuellement la jouissance et l'administration de ses biens. Il interprète restrictivement l'art. 234 de la coutume de Paris : la femme n'a la faculté de s'obliger que relativement aux actes con-

cernant l'administration de ses biens. (*Traité de la puissance du mari*, n° 18.) D'autre part, le mari conserve son autorité sur les immeubles propres de la femme (Même traité, n° 98.) — Enfin celle-ci a, comme le mineur émancipé, la disposition même à titre gratuit de son mobilier. (*Traité des donations entre-vifs*, section 1^{re}, art. 1.)

130. — Venons au Code.

D'après l'art. 1449 :

« La femme séparée soit de corps et de biens, soit
« de biens seulement, en reprend la libre administra-
« tion. -- Elle peut disposer de son mobilier et l'a-
« liéner. — Elle ne peut aliéner ses immeubles sans
« le consentement du mari ou sans être autorisée en
« justice à son refus. »

Une remarque importante s'impose tout d'abord à notre attention : l'art. 1449 ci-dessus transcrit ne déroge en aucune façon aux art. 217 et suiv. du C. N. Ces derniers articles, en effet, jettent les bases de la puissance maritale : or, le droit d'administration que le régime de communauté attribue au mari sur les biens de la femme, n'est pas une conséquence nécessaire de la puissance maritale, mais résulte des conventions matrimoniales intervenues entre les époux. La sphère des art. 217 et suiv. est autre que celle de l'art. 1449; donc celui-ci ne peut déroger à ceux-là.

Cette observation faite, étudions à un point de vue général, la capacité de la femme séparée.

§ 1. — Aliénations à titre gratuit.

131. — On est d'accord à peu près pour refuser à

la femme le droit de donner ses immeubles ou même ses meubles. (V. art. 908 C. N.). Il est vrai que l'art. 1449 C. N. lui permet d'*aliéner* son mobilier. Mais on ne saurait entendre largement cette expression d'*aliéner*, parce que la disposition à titre gratuit est ordinairement moins facile que celle à titre onéreux. Donc, l'autorisation du mari sera nécessaire à la femme qui voudra faire une donation. Notons que le mari est intéressé moralement à connaître les motifs d'une donation faite par la femme. (Rouen, 1^{er} juill. 1844; — Duranton, 8, 208; — Zacharie, 3, p. 484; — Rodière et Pont, 881; — Dalloz, 13, 1937; — Dutruc, 333; — Demolombe, t. 4, n° 180. — *Contra*; Delvincourt, t. 2, p. 88, note 16.)

La remise de dette qui constituerait une libéralité, sera pareillement interdite à la femme.

Et l'on ne doit pas, comme l'a fait un arrêt de Paris, du 28 juin 1851, distinguer, à notre point de vue, entre les donations et permettre celle d'un capital réalisé par la femme au moyen d'économies faites sur les revenus postérieurement à la séparation. C'est la nature de l'acte qu'il faut ici considérer. — Nous n'interdirions pas cependant à la femme les *présents d'usage* dont il est question dans l'art. 882 C. N.

§ 2. — Aliénations à titres onéreux. Mobilier.

232. — La deuxième proposition de l'art. 1449 C. N. a une tournure absolue :

« Elle (la femme) peut disposer de son mobilier et » l'aliéner. »

Un grand nombre d'arrêts et d'auteurs reconnaissent en conséquence à la femme, un droit de pleine disposition sur son mobilier, de disposition à titre onéreux bien entendu !

Nous avons vu que l'ancienne jurisprudence est toute en faveur de cette doctrine.

(Rapp., Paris, 7 août 1820; — Paris, 1^{er} juin 1824; — Nîmes, 4 juill. 1823; — Aix, 25 juin 1824; — Besançon, 31 janv. 1827; — Req., 7 déc. 1820; — Montpellier, 10 juin 1830; — Paris, 3 mars 1832; — Merlin, Rép., v^o *Autorisation maritale*, sect. 7, n^o 7; — MM. Rodière et Pont, n^o 882.)

Mais une autre opinion qui paraît l'emporter maintenant ne permet à la femme d'aliéner son mobilier que pour des besoins d'administration. Les partisans de cette opinion s'appuient sur les travaux préparatoires du Code.

Voici en effet ce qu'on lit dans le rapport du tribun Gillet sur l'art. 217 :

« Le droit coutumier considérant les femmes,
« même lorsqu'elles sont séparées ou non communes
« en biens, comme placées sous la puissance du mari,
« ne leur accorde sur leurs propriétés particulières
« que la perception des revenus jointe à un simple droit
« d'administration, et il réserve au mari l'autorité nécessaire pour qu'aucune aliénation, aucune hypothèque, aucun engagement ne puisse grever ces propriétés sans son concours. Le droit écrit permettait
« au contraire à la femme d'avoir des biens distincts
« de la dot qui, sous le nom de biens paraphernaux,
« étaient entièrement hors de la dépendance du mari,

« de telle sorte qu'elle pouvait seule et de son chef
« faire, relativement à ces biens, toute espèce de dis-
« positions. C'est cette dernière jurisprudence qu'on
« a voulu empêcher de se perpétuer dans les mariages
« futurs. »

D'un autre côté, le tribun Siméon expliquant l'art. 1449 dans son discours au Corps législatif, s'exprimait ainsi :

« La femme séparée est à l'instar d'un mineur
« émancipé qui peut gérer ses biens, consommer ses
« revenus, mais non disposer du fonds. »

En face d'explications aussi claires, dit-on, il est déraisonnable de prendre au pied de la lettre la deuxième proposition de l'art. 1449.

D'ailleurs, l'art. 217 C. N. ne défend-il pas en termes absolus à la femme même non commune ou séparée de biens de donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit ?

On fait observer, en outre, que tout l'art. 1449 est dominé par sa première proposition. « La femme sé-
« parée soit de corps et de biens, soit de biens seule-
« ment, en reprend la libre administration. » Elle ne pourra donc faire que les actes regardés comme d'administration. Or, l'aliénation libre du mobilier excède la capacité d'un simple administrateur. Si l'ancien droit, ajoute-t-on, donnait à la femme séparée la libre disposition de son mobilier, c'est qu'il l'accordait aussi au mineur émancipé. Or, aujourd'hui le mineur émancipé ne peut même pas recevoir seul un capital mobilier ni le placer (482 C. N.). Donc la femme sé-

parée que le tribun Siméon assimile encore au mineur émancipé, n'a pas dû conserver son ancienne capacité,

(Conf., Rouen, 18 nov. 1825; — Req., 18 mars 1829; — Cass., 5 mai 1820; — Cass., 7 déc. 1830; — Cass., 3 janvier 1831; — Caen, 6 mars 1844; — Paris, 28 juin 1851; — Nancy, 24 juin 1854; — Paris, 27 nov. 1857 et 12 mai 1859; — Poitiers, 3 fév. 1858; — Rej., 30 déc. 1862; — Duranton, t. 2, 492; — Zachariae, 5, 482; — M. Valette, sur Proudhon, 1, 463; — M. Demolombe, t. 4, 185; Marcadé, sur 1449; — M. Troplong, 1417; — M. Dutruc, 334 et suiv.

153. — Il n'est pas difficile de répondre à ces arguments.

D'abord, en ce qui concerne les passages cités du discours des tribuns Gillet et Siméon, on constate sans peine qu'ils ont trait seulement aux droits de la femme sur ses immeubles. De quoi parlent-ils, en effet? De propriétés, de revenus, d'hypothèques, d'engagements et de dispositions de fonds, Ils ne sont donc rien moins que décisifs contre le texte précis de l'art. 1449 C. N.

D'autre part, l'assimilation que fait le tribun Siméon de la femme séparée à un mineur émancipé constitue un véritable anachronisme. L'honorable tribun avait oublié que l'art. 481 C. N. reconnaît au mineur émancipé le droit de faire les actes de *pure administration*, tandis que l'art. 1449 C. N. donne à la femme la *libre administration* de ses biens. Et rien de plus juste que cette distinction, au point de vue de la capacité, entre la femme séparée et le mineur émancipé; puisque l'incapacité de la première n'est que relative, tandis que celle du second est naturelle. Et il importe peu que la

jurisprudence ancienne méprisant les indications du simple bon sens, ait mis, relativement à la capacité juridique, la femme séparée sur le même rang que le mineur émancipé. Tel n'est pas le système du Code.

On nous objecte que la première proposition de l'art. 1449 le domine tout entier ; soit : mais comment la deuxième proposition de cet article se lie-t-elle à la première ? En ce sens que la femme a le droit d'aliéner librement son mobilier, parce qu'elle a l'administration de ses biens ; en d'autres termes, l'aliénation libre du mobilier est pour la femme séparée un acte d'administration. — Il est bon d'observer à ce propos que le mot administration n'a pas un sens fixe. Les divers administrateurs dont s'occupe le Code ont des pouvoirs tantôt larges, tantôt restreints, que le législateur essaye de déterminer pour chacun, dans une série plus ou moins longue de dispositions. (V. 125, 128, 450, 457, 803, 806, 1428, 1549, 1554 C. N.) — Nous pensons donc que le deuxième et le troisième alinéa de l'art. 1449 en expliquent le premier et définissent incomplètement d'ailleurs, le droit d'administration de la femme séparée : elle pourra aliéner son mobilier et non ses immeubles.

Et c'est parce que l'aliénation libre de son mobilier n'est pour la femme séparée qu'un acte d'administration, que nous repoussons tout argument tiré par nos adversaires des art. 217 et s. C. N. Le mariage, en effet, n'enlève pas de droit à la femme l'administration de ses biens ; si cette administration passe au mari, c'est en vertu d'une convention matrimoniale ; et si elle revient à la femme, c'est par dérogation à la loi du contrat et non par suite d'une atteinte à la puis-

sance maritale. Les art. 217 et suiv. C. N. sont donc étrangers à notre question.

En résumé, il faut respecter un texte précis et ne pas le détruire sous prétexte d'interprétation.

Nous ne nions pas qu'avec notre système, la femme n'acquerra souvent une indépendance qui paraît contraire aux vues du législateur; souvent, en effet, il arrivera que la fortune de la femme soit toute mobilière. C'est là, si l'on veut, un résultat fâcheux. Mais il vient du grand développement que la richesse mobilière a pris de nos jours, grâce aux innovations juridiques du Code et au progrès de la civilisation. Nos adversaires peuvent bien appeler une révision des lois qui régissent la propriété mobilière; mais une pareille révision ne saurait être l'œuvre de la jurisprudence. En attendant une nouvelle loi, nous devons prendre l'art. 1449 tel qu'il est.

(Consultez Rouen, 30 juill. 1844; — Art. 12248, *Journal des notaires*.)

§ 3. — Aliénations à titre onéreux, Immeubles.

154. — L'art. 1449, troisième alinéa, porte :

« Elle (la femme) ne peut aliéner ses immeubles sans
» le consentement de son mari, ou sans être autorisée
» en justice, à son refus. »

Rapp. 217 C. N.

Pas de difficulté sur ce point (1).

(1) En droit romain, que la dot res certa fût mobilière ou immobilière, la femme à qui elle était restituée *constante matrimonio*, par application de la loi 24, D., *Sol. mat.*, devait la conserver

§ 1. — Obligations.

135. — On admet unanimement que la femme séparée a le droit de s'obliger pour les besoins de son administration, besoins qui seront appréciés suivant les règles tracées *inf.*, 138 et suiv. (Paris, 2 mai 1810; — Aix, 25 juin 1824; — Grenoble, 14 juin 1825; — Rouen, 18 nov. 1825; — Req., 12 fév. 1828; — Cass., 5 mai 1829; — Req., 7 déc. 1829; — Montpellier, 10 juin 1830; — Cass., 7 déc. 1830; — Cass., 3 janv. 1831; — Nancy, 10 juin 1842; — Caen, 6 mars 1844; — Paris, 28 juin 1851 et 27 nov. 1857; — Poitiers, 3 fév. 1858; — Rejet, 30 déc. 1862.)

136. — Mais que décider si la femme s'est engagé au delà des limites de son administration ?

On a prétendu qu'un tel engagement était susceptible d'exécution sur tout le mobilier de la femme, parce que celle-ci devait pouvoir faire *indirectement* ce qu'elle pouvait faire *directement*. Cette opinion est erronée. (V. Paris, 7 août 1820; — Cass., 5 mai 1829 et les arrêts cités au n° précédent.)

La femme séparée reprend seulement l'administration de ses biens; or, l'engagement qui n'est pas contracté pour l'exercice de cette administration en excède les bornes. Aussi voyons-nous Pothier, au n° 15 du *Traité de la puissance du mari*, décider, contre le sens apparent de la coutume, que la femme séparée ne s'oblige valablement qu'en ce qui con-

tant que le mariage durait, excepté probablement dans des cas tels que ceux prévus par les lois 20 et 21, D. *Sol. mat.* (Loi 29 C. *De jure dotium*, 5, 42.)

cerne les actes et contrats ayant trait à l'administration de ses biens.

Nos adversaires imaginent une obligation susceptible de s'exécuter uniquement contre une partie des biens du débiteur. Mais ce résultat est contraire au principe de l'art. 2092 C. N.

Enfin, il est téméraire d'assurer que l'on peut faire indirectement ce que l'on peut faire directement; car souvent le détour employé change la nature de l'acte. Ainsi, une obligation de 500 fr. qui affecte tout le patrimoine mobilier et *immobilier* de la femme, peut paraître plus dangereuse qu'une aliénation directe de 500 fr. de mobilier, si la législation considère la possession des immeubles comme plus avantageuse que celle des meubles. — L'aliénation indirecte est sous un autre point de vue encore plus grave que l'aliénation directe. On peut craindre, en effet, que la femme n'ait recours trop facilement à des emprunts qu'elle se flattera de rembourser promptement : une aliénation directe, par son résultat immédiat, prévient toute illusion. — Ici certains auteurs font intervenir la loi Julia qui permettait à la femme de consentir à l'aliénation du fonds dotal et aussi, d'après eux, lui défendait d'en approuver l'engagement par hypothèque. Mais M. Demangeat (*De fundo dotali*, p. 215) a très-bien démontré que la défense faite à la femme d'autoriser l'hypothèque du fonds dotal a été introduite, postérieurement à la loi Julia, par la jurisprudence romaine sur le fondement du sénatus-consulte Velleien. : de telle sorte que la règle sur l'aliénation et celle sur l'hypothèque du fonds dotal proviennent

de sources différentes. La première a pour objet spécial la conservation de la dot exposée au droit d'aliénation du mari; la seconde est la conséquence de la protection accordée en général à la fragilité de la femme. Ainsi les points de vue sont bien distincts. — Quoi qu'il en soit, cette idée que l'obligation, aliénation indirecte, est souvent pour la femme qui manque de *prévisions lointaines*, plus dangereuse que l'aliénation directe, a certainement du vrai, et peut être admise sans qu'il soit besoin de l'appuyer sur le droit romain.

137. — Il est contraire avons-nous dit au principe de l'art. 2092 C. N., qu'une obligation soit susceptible de donner action au créancier seulement contre une fraction du patrimoine du débiteur. La règle de l'art. 2092 ne peut pas faire de doute en elle-même; elle proclame énergiquement l'obligation où se trouve le débiteur de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.

Mais on a soutenu que l'art. 1449 renfermait une exception au droit commun en ce point et l'on a poussé cette assertion jusqu'à ses dernières conséquences. Ainsi l'on ne s'est pas contenté de soutenir qu'une obligation contractée par la femme en dehors des besoins de son administration ne pouvait être exécutée que sur le mobilier de la débitrice; on a encore avancé qu'une obligation contractée par la femme pour les besoins mêmes de son administration, ne donnait pas ouverture au droit général de gage écrit dans l'art. 2093 et que le créancier aurait action seulement contre le mobilier de la femme. (Zachariæ, t. 3, p. 474.)

A l'appui de cette théorie, Marcadé (sur l'art. 1449) prétend que la femme séparée est capable d'un contrat exécutoire sur les meubles, mais non d'un contrat exécutoire sur les immeubles, parce qu'elle peut aliéner ses meubles au moins dans la mesure de son droit d'administration, tandis qu'il lui est défendu formellement et sans distinction d'aliéner ses immeubles. — Mais il est illogique de conclure de la prohibition de l'aliénation directe à la défense absolue de l'aliénation indirecte. En effet, le but de l'art. 1449 est non d'enlever à une créance respectable la sûreté qui lui est due en bonne justice, mais de restreindre aux actes d'administration les pouvoirs de la femme séparée. Une aliénation directe des immeubles a paru au législateur dépasser toujours les bornes de l'administration; mais il ne pouvait avoir la même opinion d'un engagement, par exemple, de payer des frais de culture. Sans doute, cet engagement pourra donner lieu plus tard à une poursuite immobilière; mais il serait exorbitant d'assimiler une aliénation possible à une aliénation effective. Si on objecte que nous avons déjà reconnu à l'aliénation indirecte un caractère plus grave que celui d'une aliénation directe, nous répondrons que nous étions placé alors au point de vue spécial des entraînements et des illusions qui rendent si glissant le chemin de la ruine, et dans cet ordre d'idées il est impossible de nier que le droit d'aliénation indirecte ne soit plus dangereux que celui d'aliénation directe. Mais ce qui, d'une manière, est vrai de l'aliénation indirecte *en général*, ne l'est pas absolument de tous les cas possibles d'aliénation indirecte. De

quoi s'agit-il maintenant ? D'une catégorie particulière d'aliénations indirectes ; d'obligations contractées pour une cause urgente, nécessaire, dans les limites étroites, fixées par la loi et pour lesquelles il n'y a point d'entraînements ni d'illusions à craindre. Reste donc cette idée simple que s'obliger, n'est pas aliéner et que la menace d'un mal ne peut être égale au mal lui-même. Reste aussi la nécessité de faire respecter la foi due aux contrats.

Pour nous, en résumé, l'art. 1449 s'occupe de la capacité de la femme séparée, mais non de la sanction des actes valablement accomplis par elle. Cette sanction est réglée par le droit commun.

Observons, en terminant sur ce point, que le tuteur et le mandataire général affectent certainement, en s'obligeant, des biens qu'ils n'ont aucun droit d'aliéner. (1988 C. N.)

(Conf., Duranton, 2, 492 ; — M. Valette sur Proudhon, 1, 443 ; — M. Demolombe, 4, 161 ; — M. Mourlon, *Examen du commentaire de M. Troplong sur les privilèges et hypoth.*, p. 6, n° 6 ; — M. Pont, *Traité des hypoth.* sur l'art. 2093 ; — Angers, 6 mars 1828 ; — *Contra* : M. Dutruc, 353 ; — Zachariæ, t. 3, p. 484, n° 55 ; — Marcadé, sur 1449 ; — Req., 16 mars 1813 ; — Cass., 18 mars 1819 ; — Besançon, 31 janv. 1827 ; — Paris, 5 mars 1852.

§ 5. — Particularités sur la capacité de la femme
séparée de biens.

158. — Les tribunaux jouissent de leurs pouvoirs ordinaires pour déterminer l'étendue du droit d'administration restitué à la femme séparée de biens.

(Cass., 18 mars 1829 et 21 août 1839; — *Sup.*, 27.)

Nous avons déjà fait observer que le mot *administration* n'a pas, dans le Code N., un sens très-précis. Les solutions, quant à la femme séparée, doivent donc être basées, non pas tant sur une théorie générale du droit d'administration, que sur les principes posés par l'art. 1449 C. N., rapprochés des décisions fournies par l'ancien droit, et notamment par Pothier. On peut cependant constater, en thèse, que l'administration comprend au moins un certain nombre d'actes urgents et nécessaires tendant à conserver ou à faire fructifier les biens. (V. Rousilho, n° 192.)

Ainsi, sont incontestablement permis à la femme, la perception des revenus ou fermages de ses immeubles, et des intérêts de ses capitaux; la passation des baux de neuf ans; l'exécution des réparations nécessaires; le paiement des dépenses qui sont les charges des fruits, etc., etc.

Passons à des cas plus difficiles.

139. — Il a été déjà établi que l'aliénation libre de son mobilier est permise à la femme, ainsi que l'obligation pour cause d'administration.

140. — Autrefois, la femme séparée ne pouvait recevoir seule le rachat de ses rentes propres. Pourtant le rachat était un acte nécessaire quant à la femme qui s'y serait vainement opposée; mais il impliquait l'aliénation du principal de la rente, c'est-à-dire d'un immeuble; en outre, le mari avait intérêt à être appelé afin de veiller au emploi des deniers et d'assurer ainsi l'acquittement des charges du mariage auxquelles la femme devait contribuer. (Duplessis, *Traité de la*

comm., p. 301 ; — Bourjon, p. 587 ; — Lebrun, liv. II, chap. 1, n° 13 ; — Pothier, *Traité de la puiss. du mari*, n° 17 et 18.)

Aujourd'hui, une solution contraire est admise sans difficulté, parce que les rentes sont des biens meubles (529 C. N.) ; que la réception des capitaux mobiliers rentre ordinairement dans les pouvoirs d'un administrateur, et qu'enfin la femme a la libre disposition de son mobilier. — Rappelons, à ce propos, que, si le mineur émancipé ne peut recevoir seul un capital mobilier (art. 482 C. N.), c'est qu'il n'a qu'un droit de *pure* administration (art. 481 C. N.) ; mais la femme séparée a la *libre* administration de ses biens (1449 C. N.).

D'autre part, l'intérêt du mari qu'invoque Pothier, ne semble pas, par lui-même, un motif péremptoire d'empêcher ici la femme d'agir seule, attendu que la séparation ne va pas sans une certaine atteinte à la situation du mari ; le tout est de fixer la mesure de cette atteinte.

Enfin la femme n'est point présumée incapable d'une bonne gestion (M. Troplong, 1425).

Elle touchera donc les capitaux de ses rentes : de même elle pourra recevoir le remboursement de sommes prêtées et donner mainlevée des hypothèques qui garantissaient ce remboursement.

141. — Mais au cas où il s'agirait du prix de la vente d'un immeuble propre de la femme, on suivra la doctrine de Pothier.

D'après ce judicieux auteur, le mari conserve un droit de gouvernement sur le patrimoine immobilier de la femme, droit qui va naturellement jusqu'à la

surveillance de l'emploi du prix des biens vendus. — Il est vrai que la femme a, en vertu de l'art. 1449, la faculté d'aliéner librement son mobilier; mais Pothier, qui lui reconnaissait la même faculté, lui refusait néanmoins le droit de toucher un prix de vente d'immeuble sans l'autorisation de son mari. (N° 605 du *Traité de la comm.*; — Cass., 25 janvier 1826; — Rej., 9 jan. 1828; — Angers, 6 mars 1828.) — Bien entendu, l'autorisation maritale est ici, comme ailleurs, remplacée, s'il y a lieu, par celle du juge.

142. — Le placement des capitaux rentre, ainsi que leur réception, dans les actes d'administration. Placer un capital, c'est en faire un emploi utile, profitable et ayant un caractère permanent. Peu importe que l'emploi soit fait en immeubles produisant des revenus, en créances donnant des intérêts ou en rentes viagères que des prestations périodiques éteindront après un certain laps de temps. Il suffit qu'il y ait échange de valeurs, avec des sûretés suffisantes et des chances raisonnables de profit. (Paris, 17 mai 1854; — M. Troplong, 1422.)

143. — Faut-il permettre à la femme séparée et non d'autorisée, hypothéquer ou de donner en antichrèse ses immeubles? On est d'accord pour la négative. D'après l'art. 2124 C. N., peuvent hypothéquer ceux-là seulement qui ont la capacité d'aliéner; or l'antichrèse doit, à notre point de vue, être mise sur le même rang que l'hypothèque : toutes les deux attribuent au créancier un droit réel dans la chose.

144. — La femme séparée, au profit de qui s'ouvre une succession, est tenue, pour l'accepter, de produire

une autorisation de son mari ou de justice (217, 770 C. N.; — Paris, 9 mai 1844.)

Elle aura d'ailleurs tout pouvoir de requérir librement une apposition de scellés ou un inventaire, pour la conservation des effets de la succession.

143. — On ne saurait tolérer que la femme séparée procédât seule à un partage en justice, car l'art. 215 C. N. lui défend d'ester seule en justice. Mais elle pourra, sans l'autorisation de son mari, accepter un partage amiable de valeurs mobilières (M. Troplong, 1421), — ou même, vendre ses droits dans une masse composée uniquement de meubles. (Colmar, 8 août 1820.)

Quant au partage amiable de biens immobiliers effectué avec elle sans aveu du mari, nous ne le regardons pas comme valable, il ne sera point valable, attendu que le partage est en réalité attributif de propriété, et que la femme séparée ne peut aliéner ses immeubles. (Comp. 818 et 883 C. N.)

146. — Le consentement du mari est nécessaire à la femme séparée pour accepter une donation. (217, 934 C. N.).

147. — Est-il loisible à la femme séparée d'entrer, sans autorisation, dans une société commerciale? D'après l'art. 4 du Code de commerce, la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. Le législateur n'a point fait d'exception pour la femme séparée : à ses yeux, l'exercice d'une profession commerciale est susceptible de conséquences morales et matérielles trop graves pour ne pas échapper à la classe des actes de libre administration dont parle

l'art. 1440 C. N. Si donc le rôle assigné à la femme dans la société, constitue une profession commerciale, son engagement pour être valable devra être corroboré par l'autorisation de son mari, ou tout au moins, selon certains auteurs, par celle de la justice. (Voir Paris, 19 janv. 1838, art. 10107 du *Journal des notaires*; — M. Demolombe, n° 154, t. 4; — M. Delangle, *Sociétés*, n° 52; — *Contra*, Paris, 19 janv. 1838.)

Signalons un arrêt de Caen du 4 décembre 1844, qui a eu le tort de baser sur le simple fait de la séparation, le principe d'une autorisation pour la femme un commerce distinct et d'exercer de celui de son mari. En admettant même que l'autorisation du mari ne soit pas absolument nécessaire à la femme séparée pour se livrer au commerce, encore faut-il que le tribunal l'y autorise sur demande formelle. On ne saurait voir, répétons-le, dans l'exercice d'une profession commerciale, un de ces actes de libre administration que la femme a le droit de faire par cela seul qu'elle est séparée.

148. — On lit dans l'art. 224 de la coutume de Paris :

« Femme ne peut ester en jugement, sans le consentement de son mari, si elle n'est autorisée ou séparée par justice, et ladite séparation exécutée. »

Pothier n'entendait cette exception pour la femme séparée que des actions concernant l'administration de ses biens, action qu'elle pouvait suivre en demandant et en défendant, sans son mari. (N° 61 du *Traité de la puissance du mari*).

L'art. 215 C. N. défend absolument à la femme séparée d'ester en justice sans l'autorisation de son

mari. Peu importe que l'action se réfère seulement à un acte rentrant dans les limites du droit d'administration de la femme ; car l'art. 215 ne distingue pas : plaider n'est pas administrer, au moins pour la femme séparée. Un procès peut donner lieu à de nombreuses difficultés, une condamnation à des conséquences fâcheuses. Souvent, l'éclat des débats et la nature de la question intéresseront l'honneur ou la délicatesse du mari. Puis les actes d'administration sont multiples ; exiger l'autorisation du mari pour chacun d'eux, c'eût été gêner l'administration de la femme : les procès, au contraire, sont heureusement assez rares. (Rennes, 2 juill., 17 et 24 nov. 1819 ; — Cass., 6 mars 1827 et 12 fév. 1828 ; — Paris, 16 mars 1839 ; — Cass., 13 nov. 1844 ; — Zachariæ, t. 3, p. 484, note 56 ; — *Contra*, Merlin, v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 3, n° 10 ; — Rapp., Montpellier, 1^{er} mars 1828).

Pour la femme qui demande la séparation de corps ou de biens, l'ordonnance du président rendue conformément aux art. 868 et 878 C. proc., remplace le consentement du mari. (Douai, 29 janv. 1857).

De même, on considère que le jugement de séparation confère à la femme le pouvoir de régler ses reprises matrimoniales amiablement avec le mari, ou de procéder contre lui et contre les tiers à tous actes nécessaires d'exécution. (Rousilhe, 491 ; — Argou, t. 2, chap. 20 ; — Grenoble, 17 juin 1818 ; — Colmar, 3 avril 1816 ; — Req., 14 juin 1824 ; — Poitiers, 4 mars 1830 ; — Orléans, 28 mars 1831 ; — Nîmes, 12 juillet 1831 ; — Bourges, 28 août 1838 et 28 février 1840 ; — Req., 11 avril 1842 ; — Rejet, 14

juin 1843; — Bordeaux, 29 juill. 1857; — Voyez en sens opposé : Paris, 13 mars 1817.)

140. — La femme séparée pourra transiger, mais non compromettre sur son mobilier (2045 C. N. — 83-6 et 1004 C. proc.; — M. Dutruc, 362; — Chauveau sur Carré, quest. 3252; — Bioche, *Dict.*, v^o Arbitrage, n^o 43; — *Contra*; Caen, 28 août 1845.)

150. — Il lui sera permis de renoncer à son hypothèque légale, car cette hypothèque tend seulement à lui procurer une somme d'argent. (M. Troplong, *Hypothèques*, n^o 738).

151. — On s'est demandé si une surenchère faite par la femme séparée serait valable. Il faut distinguer et admettre la surenchère lorsqu'elle portera sur un immeuble frappé de l'hypothèque légale de la femme et que celle-ci n'aura en surenchérissant d'autre but que d'assurer le recouvrement de ses reprises et l'exécution du jugement de séparation. Dans tout autre cas, la femme n'aura pas la faculté de procéder seule. (Rej., 14 juin 1824; — Orléans, 28 mars 1831; — Bourges, 28 août 1838 et 25 fév. 1840; — Cass., 20 mars 1853; — M. Troplong, *hypoth.*, t. 4, n^o 952; — Toullier, 13, 107; — Duranton, 20, 403; — Zachariæ, 2, § 294, note 10; — Rapp. n^o 501 de Roussilhe et aussi Lebrun, liv. 2, chap. 1, n^o 20; — *Contra*, Grenoble, 30 août 1850).

Quand la surenchère de la femme sera nulle, elle le sera absolument. Les art. 228 et 1128 C. N. n'ont trait qu'aux conventions directes faites par une femme non autorisée : or, une surenchère n'est pas une convention directe entre le surenchérisseur et les parties

intéressées. Il serait exorbitant de refuser à celles-ci le droit de repousser une offre sur laquelle la femme pourrait revenir pendant dix ans. Celui qui traite librement avec un incapable, ne peut se plaindre de courir des risques prévus. Mais sur quel fondement contraindre une personne à subir des actes ou engagements entachés de nullité? (Grenoble, 30 août 1880; — M. Troplong, *Hyp.*, t. 4, n° 955; — Duranton, 20, 403; — *Contra*: Grenoble, 11 juin 1825; — Cass., 14 juin 1843; — Rapp. Rouen, 6 janv. 1846.)

182. — A qui sont présumés appartenir les meubles trouvés au domicile conjugal, après l'exécution de la séparation? Dalloz (n° 2017) dit que la puissance maritale continuant de subsister, il y a présomption légale que ces meubles appartiennent au mari, sauf preuve contraire. (Conf. M. Dutruc, n° 373.) — Mais il nous semble qu'aucune relation de cause à effet n'existe entre la puissance maritale et la propriété des meubles garnissant le domicile conjugal. Que l'on fasse découler de la puissance maritale un droit de direction sur la personne de la femme et d'administration sur ses biens, soit. Mais la présomption de propriété résulte de la possession, or le domicile du mari étant aussi le domicile de la femme, on ne voit pas pourquoi le mari serait censé plutôt que la femme possesseur et par suite propriétaire des meubles en question. La présomption existera donc également pour ou contre les deux époux, jusqu'à ce que la propriété privative de l'un d'eux soit établie. (V. Paris, 6 fructidor an 11 et 10 mars 1836; — Caen, 4 déc. 1844 et 15 janv. 1849; — Besançon, 22 déc. 1854.)

153. — Les immeubles achetés par une femme séparée, peuvent être traités, sur la demande des créanciers du mari, comme appartenant en réalité à celui-ci, pour avoir été frauduleusement déclarés acquis des deniers de la femme, alors que cette dernière était sans ressources personnelles. C'est là simplement l'application de l'art. 1167 C. N. (Req., 28 fév. 1855; — Rapp., 550 C. de comm.)

154. — On s'est demandé si le mari pouvait faire donner à la femme séparée un conseil judiciaire.

Les art. 512 et 490 C. N. combinés ne permettent pas de rejeter l'affirmative. Cette mesure aura de l'intérêt notamment en ce qui concerne l'aliénation du mobilier de la femme et la réception et le placement de ses capitaux. (Cass., 4 juillet 1838; — Rennes, 17 déc. 1840; — Montpellier, 14 déc. 1841.)

155. — En principe, la prescription court au profit des tiers contre la femme mariée, à moins, par exemple, que l'action de celle-ci contre les tiers ne soit de nature à réfléchir contre le mari. (Art. 2251, 2254, 2256-2 C. N.)

La séparation ne fait pas disparaître cette cause de suspension de prescription. L'art. 2250, en effet, est absolu. (Cass., 24 juin 1817 et 14 juill. 1820; — Grenoble, 28 août 1820; — Req., 7 juillet 1830; — Cass., 17 nov. 1835; — Toulouse, 14 déc. 1850.)

156. — La capacité d'administrer qui résulte, pour la femme, de la séparation, est un droit personnel susceptible de s'exercer sans distinction de territoires. (Bruxelles, 16 mars 1828.)

157. — Aux yeux de plusieurs jurisconsultes an-

ciens, tels que Dumoulin (*Sur la Coutume de Bourbonnais*, art. 170) et Coquille (*Sur la Coutume de Nivernais*, lit. 23, art. 6), la séparation, faisait cesser complètement les effets civils du mariage et dépouillait le mari de ses droits sur la personne comme sur les biens de sa femme. (V., en sens contraire, Denizart, v° *Femme*, n° 23, et v° *Séparation*, n° 3 et 4; — Loyseau (*Déguerpissement*, liv. II, chap. 4, n° 11); — Coutume de Paris, n° 234.)

Aujourd'hui, sans aucun doute, la femme séparée continue d'être soumise à la puissance maritale. Elle doit cohabiter avec son mari et le suivre partout où il juge à propos de résider. (214 C. N.; — Colmar, 12 juillet; — Bruxelles, 12 juillet 1806; — Colmar, 10 juillet 1833; — Caen, 14 août 1848; — Merlin, Rép., v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 5, n° 1, et v° *Mari*, § 2, n° 1; — Toullier, 13, 109; — Dalloz, 13, 2016.)

158.— Il nous reste à examiner, sur cette matière, si la capacité de la femme séparée contractuellement est autre, c'est-à-dire plus ou moins étendue que celle de la femme séparée judiciairement. On a prétendu que la première ne pouvait aliéner son mobilier que dans la mesure des besoins de son administration, tandis que la seconde a la faculté de l'aliéner librement. Ce système est fondé sur une différence de rédaction entre l'art. 1449 d'une part, et les art. 1836 et 1838, d'autre part. Le Code ne dit pas formellement pour la femme séparée par contrat comme pour la femme séparée judiciairement, qu'elle aura un droit de disposition libre sur son mobilier; il lui conserve en général la pleine et entière administration de ses

biens, meubles et immeubles. — A cette différence de texte se joint, dit-on, une différence de situation. La femme séparée judiciairement est en présence d'un mari dissipateur, tandis que la femme séparée par contrat n'a pas à se garder d'un mari probablement irréprochable.

D'après nous, aucune distinction ne doit être faite, quant à la capacité, entre la femme séparée par contrat et la femme séparée judiciairement. Pothier leur reconnaît des droits semblables, au n^o 98 de son *Traité de la puissance du mari*. — Quelle différence sérieuse peut-on établir entre une administration *libre* et une administration *pleine*? — Au surplus est-il exact de présumer, dans la séparation par contrat, le mari irréprochable? On sait, au contraire, que l'adoption du régime anormal de la séparation de biens, est une mesure de défiance contre le mari. (M. Troplong, 1281.)

Section 4. — Responsabilité du mari quant aux biens aliénés par la femme.

189. — Dans la théorie de la communauté, le mari administrateur des biens de la femme, est responsable envers celle-ci, de leur prix non remployé.

Sous le régime de la séparation de biens, une responsabilité pareille ne semble pas, à première vue, incomber au mari, attendu que ce régime ne lui attribue aucun droit d'administration sur les biens de la femme. Cependant on peut craindre encore qu'il n'abuse de son influence sur la femme pour se faire remettre par elle secrètement le prix de ses biens. Aussi l'ancienne jurisprudence avait-elle accueilli déjà dans

une certaine mesure, c'est-à-dire relativement aux immeubles, l'idée de rendre, même sous la séparation de biens, le mari garant du prix des biens de la femme. (Arrêts des 24 mars 1744 et 30 juillet 1744; — Lebrun, p. 304, n° 16; — Merlin, Rép., v° *Remploi*, § 2.)

Pothier (n° 605) exposant la doctrine de son temps sur cette matière, dit que :

« Lorsqu'une femme a vendu un héritage, ou reçu
» le rachat de quelque rente, depuis sa séparation,
» le mari qui l'a autorisée est tenu du remploi du
» prix, tant envers la femme qu'envers les héritiers de
» la femme, lorsqu'il est suspect d'en avoir profité;
» ce qui se présume surtout lorsqu'il ne paraît aucun
» emploi qui n'en ait été fait.

« Au contraire, lorsque le mari n'est pas suspect
» d'avoir profité du prix, quelque mauvais qu'ait été
» cet emploi, la femme n'est pas recevable à le criti-
» quer et le mari qui n'a pas reçu les deniers n'est
» pas tenu du remploi. »

Aussi, d'après Pothier, le mari est obligé au remploi lorsqu'il est suspect d'avoir profité du prix. Mais l'éminent jurisconsulte ne précise pas dans quels cas au juste la femme aura droit d'opposer au mari une présomption d'enrichissement. L'art. 1450 C. N. a cherché, en consacrant le principe de l'ancienne doctrine, à mieux définir la responsabilité du mari.

« Le mari, dit-il, n'est point garant du défaut d'em-
» ploi ou de remploi du prix de l'immeuble que la
» femme séparée a aliéné sous l'autorisation de la
» justice, à moins qu'il n'ait concouru au contrat ou

- qu'il ne soit prouvé que les deniers ont été reçus
- par lui ou ont tourné à son profit. — Il est garant
- du défaut d'emploi ou de remploi, si la vente a été
- faite en sa présence ou de son consentement ; il ne
- l'est jamais de l'utilité de cet emploi. »

L'idée qui ressort de ces dispositions, c'est que le mari sera responsable du prix de l'immeuble de la femme, quand il se sera mêlé d'une façon quelconque aux opérations de la vente : dès qu'il agit, son influence est à redouter. Par suite, nous admettons que le concours du mari à la vente même, n'est pas nécessaire pour fonder l'action de la femme ; il suffira que le mari ait, par acte séparé, simplement consenti à la vente. Telle paraît être l'opinion de Pothier ; il déclare en effet tenu du remploi, le mari qui a autorisé sa femme à vendre, sans distinguer si l'autorisation est concomitante ou antérieure à la vente. (Conf., Rej., 1^{er} mai 1848 ; — *Contra* : Paris, 2 mess. an 11 ; — Duranton, 14, 420.)

160. — On a voulu décharger de toute responsabilité le mari qui, dans le cas de vente faite avec permission du juge, a seulement autorisé la femme à donner quittance à l'acquéreur, ou bien même qui assistait à la numération du prix. (Benech, p. 392 ; — Dalloz, 2032.) — C'est là méconnaître complètement l'esprit de l'art. 1450. — N'est-il pas clair, notamment, que le mari ne saurait jamais être avec plus de raison soupçonné d'avoir profité du prix, que lorsque le paiement aura eu lieu en sa présence ? Et ne doit-on pas regarder le paiement du prix comme une partie de la vente ? (Rapp. Req., 1^{er} mai 1848.)

161. — L'art. 1480 C. N. avait à peine besoin de dire que le mari est obligé au emploi, quand des faits concluants montrent que les deniers de la femme ont été reçus par lui ou ont tourné à son profit. Ces solutions découlent naturellement des principes du droit commun.

On admettra la femme à prouver par tous moyens le profit fait directement ou indirectement par le mari : et l'art. 1480 ne cessera pas d'être applicable au mari qui aurait pris la précaution frauduleuse de ne donner à la femme aucune reconnaissance écrite des sommes touchées par lui. (MM. Rodière et Pont, 899; — V. arrêt d'espèce, Poitiers, 28 février 1834.)

162. — Le mari garant du défaut d'emploi, ne l'est pas de l'utilité de cet emploi : telle est la dernière disposition de l'art. 1480 C. N. : elle n'a point été adoptée sans opposition.

Quelle différence, disait le tribunal de Paris, peut-on établir entre un défaut d'emploi et un emploi qui mettrait les deniers aux mains d'un homme insolvable avec qui le mari partagera peut-être le profit? (Fenet, tom. IV, p. 273.)

Le tribunal de Toulouse regardait aussi comme illusoire la responsabilité prononcée par l'art. 1480 contre le mari. (Fenet, tom. IV, p. 614.)

Les tribunaux comprenaient mal la disposition qu'ils attaquaient. Le mari devra faire un emploi *raisonnable* des deniers de la femme : mais il ne sera pas garant de l'utilité *finale* de l'emploi raisonnablement fait. Tenu d'agir, il doit agir prudemment, sous peine d'encourir au moins l'application des art. 1382 et 1383 C. N.

Telle est la théorie de la loi, théorie très-acceptable et qui se rapproche autant que possible des règles du remploi au profit de la femme commune.

163. — Aucune responsabilité ne semble devoir peser sur le mari, quand il a fait des deniers un emploi approuvé par la femme, et aussi, à plus plus forte raison, dans le cas où celle-ci a effectué elle-même l'emploi. Cependant un arrêt des req., du 13 août 1865, déclare, et non sans quelque raison, le mari responsable, si, abusant de son ascendant marital, et pour sa *satisfaction personnelle*, il a, par une sorte de *contrainte morale*, entraîné sa femme à dissiper une partie des capitaux qu'elle possédait. (1382, 1383 C. N.)

164. — Les tiers acquéreurs des biens propres de la femme ne pourraient, en se fondant sur l'art. 1450, refuser le paiement de leur prix, si emploi n'en était fait au même instant. (Paris, 17 mars 1856; — M. Troplong, 1448.) — Une autre règle existe en matière de régime dotal au cas où le contrat de mariage permet l'aliénation de la dot, sous la condition d'un emploi déterminé.

De même la femme a le droit de toucher le montant de ses reprises, sans que son mari puisse lui imposer un emploi. (Req., 11 avril 1842; — Paris, 14 janvier 1856; — Caen, 7 juillet 1858.)

165. — Il est à propos de rappeler ici que, lorsque le mari a simplement autorisé la vente d'un propre de la femme, il n'est pas garant envers l'acquéreur des effets de cette vente. (Nîmes, 4 juin 1855; — Art. 1449 et 1452 C. N.)

166. — L'art. 1450 C. N. a pour but, d'après M. Troplong (1451), de punir la négligence du mari peu soucieux des intérêts de la femme. Ce système n'est pas conforme aux traditions : si le mari est proclamé responsable des deniers de la femme, c'est qu'il est présumé les avoir reçus : donc il obtiendra décharge en établissant le contraire.

167. — Pothier (603) recommande avec raison au mari qui a autorisé la vente d'un bien propre à la femme, de saisir-arrêter le prix entre les mains de l'acquéreur ou du notaire jusqu'à ce qu'un bon emploi de la somme ait été trouvé. (V. Poitiers, 28 fév. 1834.)

168. — L'art. 1450 ne régirait pas le cas où la femme a employé ses deniers à procurer des aliments au mari et aux enfants ; elle a payé sa dette : aucune indemnité ne lui est due. (MM. Rodière et Pont, 900 ; — M. Troplong, 1456.)

169. — Faut-il dire avec MM. Pont et Rodière (893), que l'emploi ne peut être fait par le mari en biens mobiliers ? Non : tout ce que demande le Code, ce sont des garanties suffisantes de bon emploi. Or, un placement en rentes, par exemple, offre toute sécurité au capitaliste. Il est vrai que la femme disposera seule de sa rente (1449, 2^e al. C. N.) ; tandis qu'elle ne pourrait aliéner un immeuble qu'avec l'autorisation de son mari. Mais il ne faut pas oublier que, dans le système de la loi, la femme est réputée capable d'aliéner son mobilier avec prudence et discernement.

170. — Ce qui a été donné, disait-on dans l'ancienne jurisprudence, n'est pas sujet à remploi. (Basnage, t. 2, p. 203, sur l'art. 441 de la Cout. de Norman-

die; — M. Troplong, 1440.) Cependant si la femme a donné un bien à condition de recevoir une somme, il y aura lieu à l'application, quant à cette somme, de l'art. 1450 C. N..

171. — Les règles que nous venons d'étudier sont-elles propres au régime de la séparation judiciaire; ou bien doivent-elles être suivies, en l'absence d'un texte spécial, sous les autres régimes matrimoniaux? D'après certains auteurs, l'art. 1450 crée une responsabilité exceptionnelle pour le mari, et les dispositions légales restrictives ne sauraient être étendues. Puis, la femme, au cas de séparation judiciaire, a besoin d'une protection spéciale, parce qu'elle se trouve en présence d'un mari dissipateur, d'autant plus à redouter qu'il se croira peut-être injustement privé de droits considérables de jouissance et d'administration, et qu'il sera porté à s'assurer quelques compensations par des moyens même peu délicats.

Nous pensons qu'il faut encore ici se conformer aux enseignements de Pothier (*Traité de la comm.*, n° 608). L'éminent jurisconsulte fonde la responsabilité du mari, relativement au prix des biens de la femme séparée, sur des considérations qui n'ont rien de particulier à la séparation judiciaire. En effet, que la séparation soit judiciaire ou contractuelle, le mari peut toujours abuser de son influence sur la femme pour la porter à vendre ses fonds et à lui en remettre secrètement le prix. Notez d'ailleurs que le régime de la séparation judiciaire, celui de la séparation contractuelle et aussi le régime qu'on appellerait justement paraphernal, constituent un régime unique se

pliant à des circonstances diverses. Quant au régime sans communauté et au régime dotal, comme ils supposent le mari administrateur de la totalité ou de portion des biens de la femme, ils doivent lui imposer une responsabilité d'autant plus lourde.

On objecte que la femme séparée judiciairement se trouve en présence d'un mari dissipateur et qui se croit lésé : mais il en pourra être ainsi et sous le régime de la séparation contractuelle et sous le régime dotal ; car l'adoption de ces régimes n'est souvent qu'une mesure de défiance contre le mari : même, jusqu'à un certain point, la femme séparée judiciairement court moins de danger et paraît avoir moins besoin de protection que toute autre ; car, avertie par l'expérience, elle ne se confiera pas facilement en son mari.

Voyez en ce qui concerne : 1° le régime de la séparation contractuelle et les biens paraphernaux : Besançon, 27 fév. 1811 ; — Limoges, 22 juin 1828 ; — Caen, 21 mai 1851 et 16 juin 1851 ; — Cass., 27 avril 1852 ; — Agen, 5 déc. 1852 ; — Rej., 27 déc. 1852 ; — Paris, 7 mars 1855 ; — Lyon, 28 janvier 1860 ; — *Contra*, Bordeaux, 24 août 1850 ; — Montpellier, 15 juillet 1859 ; — Toulouse, 27 mars 1840 et 15 nov. 1840. — 2° Le régime de l'exclusion de communauté et le régime dotal : Req., 11 juillet 1826 ; — Nîmes, 7 mai 1820 ; — Poitiers, 24 juin 1851 ; — *Contra*, — Toulouse, 15 mai 1824 ; — Nîmes, 4 juin 1833.

172. — Au cas où, après la séparation, la femme aura laissé le mari jouir de ses biens, il faudra suivre les dispositions des art. 1550 et 1577 et suiv. C. N.

— Le mari sera tenu seulement à la représentation des fruits existants au moment de la demande de la femme ou de la dissolution du mariage; à moins qu'il n'ait exercé la jouissance comme mandataire de la femme, auquel cas, il devra un compte exact de tous les fruits qu'il aura perçus. (Cass., 10 nov. 1816; — Bourges, 18 juillet 1829; — Bordeaux, 26 janvier 1831; — Metz, 17 août 1858; — MM. Rodière et Pont, 861.)

Les art. 1530 et 1578 C. N. sont fondés sur cette présomption que le mari a dû utiliser les fruits des biens de la femme, conformément aux désirs de celle-ci. (Cass., 24 avril 1855.) — Ils ont en outre pour but de prévenir les difficultés auxquelles donneraient lieu des recherches souvent blessantes pour le mari, de l'emploi qu'il a pu faire des revenus touchés par lui. (Req., 17 janvier 1869.)

Les fruits sont censés existants, dans le cas de l'art. 1530, lorsqu'ils sont en nature aux mains du mari, ou que, s'ils ont été vendus, le prix en est encore dû. — Les héritiers de la femme ne seraient pas plus qu'elle, admis à établir que la fortune du mari s'est accrue au moyen de la perception des revenus et à réclamer en conséquence une indemnité proportionnée. (Pau, 12 avril 1850; — Req., 17 janvier 1860.)

173. Si un capital échoit à la femme avec des intérêts arriérés, ces intérêts seront censés faire partie du capital et le mari ne pourra pas s'autoriser de l'art. 1530 C. N. pour les consommer. (Cass., 24 avr. 1855.)

174. On a jugé à bon droit que la femme doit

rembourser au mari les dépenses acquittées par lui et ne concernant qu'elle-même. (Cass., rejet, 21 avril 1804.)

174 bis. L'art. 1450 C. N. n'est pas applicable à des époux mariés avant sa promulgation. (Cass., 8 sept. 1814; — Req., 7 août 1821; — *Contra*, Limoges, 22 janv. 1828.)

Section 5.—Effets de la séparation de biens relativement aux gains de survie.

175. La séparation de biens entraîne la dissolution et la liquidation de la communauté; mais elle ne permet pas l'exécution des dispositions entre époux soumises au décès de l'un d'eux.

« La dissolution de la communauté, dit l'art. 1452
» C. N., opérée par le divorce ou par la séparation,
» soit de corps et de biens, soit de biens seulement,
» ne donne pas ouverture aux droits de survie de la
» femme; mais celle-ci conserve la faculté de les
» exercer lors de la mort naturelle (ou civile) de son
» mari. »

Autrefois, dans certaines coutumes, le douaire s'ouvrait par la séparation de biens. (Not. cout. de Nivernais, art. 6, chap. 24; — Coquille, quest. 150; — Cout. du Maine, art. 331; — Arrêts du parlement de Paris, des 18 et 19 déc. 1576 et de 1577; — D'Argentré, sur la cout. de Bretagne, art. 433; — Basnage, sur celle de Normandie, art. 368; — Cout. d'Anjou, art. 319; — Req., 25 therm. an 13; — Rejet, 5 avr. 1813; — Rejet, 12 févr. 1817; — Rouen, 21 nov. 1828; — Req., 26 mai 1830.)

Par la suite, la femme séparée ne fut autorisée quelquefois à réclamer qu'un demi-douaire, c'est-à-dire, une pension réglée à la moitié environ du douaire. (Arrêt du parlement de Paris, du 20 mars 1593; — Chartes générales du Hainaut, chap. 3, art. 7.) — En dernier lieu, le parlement de Paris est revenu tout à fait aux vrais principes en refusant même le demi-douaire à la femme séparée. (Arrêt du 27 mars 1684; — Auzanet, sur la coutume de Paris, art. 238; — Arrêt du parlement de Flandre, du 12 févr. 1699; — Pothier, *Communauté*, n° 319 et *Traité du douaire*, n° 157; Merlin, v° *Douaire*, sect. 2, § 1, n° 2, et v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 5, n° 6; — V. cependant Ferrière, *Dictionn.*, v° *Douaire*, p. 491.)

Quant aux gains de survie, autres que le douaire, on reconnaissait généralement que la femme séparée n'y avait aucun droit. (Art. 257, *Cout. de Paris*; — Art. 376, *Cout. de Normandie*; — Rejet, 11 mars 1816.)

176. Soit un mariage célébré avant le Code, sous l'empire d'une coutume qui permettait à la femme, au cas de séparation, la reprise de son douaire. La femme vient à obtenir la séparation après la publication du Code : devra-t-on lui refuser son douaire en lui opposant l'art. 1452 C. N.? Non, car cet article est fondé sur une interprétation de volonté : s'il retarde l'exécution de la disposition faite au profit de la femme, c'est que la condition apposée par le mari à sa libéralité n'est pas encore réalisée. Or, en autorisant la femme, dans l'espèce, à retirer son douaire, dès que la séparation est accomplie, on se conforme certainement aux intentions du mari qui est censé avoir connu et accepté la

règle de la coutume. L'esprit de l'art. 1452 consacre donc en réalité, dans notre hypothèse, le droit de la femme. (Cass., 5 avril 1815; *Contra*, rej., 12 févr. 1817, et Lyon, 25 mars 1820.)

177. L'art. 1452 ne parle que des droits de survie de la femme, mais il est clair qu'il doit être étendu aux gains de survie du mari : il n'y a aucune différence, à notre point de vue, entre les uns et les autres. (MM. Rodière et Pont, 904.)

177 bis. Si la séparation ne donne pas ouverture aux gains de survie, elle ne permet pas, d'autre part, aux créanciers du mari d'en demander la nullité. (Colmar, 31 août 1811.)

178. Rien n'empêcherait de stipuler dans le contrat de mariage que tel gain de survie s'ouvrira par la séparation. La Cour de cassation l'a décidé ainsi et a reconnu que l'art. 1452 n'est pas une de ces dispositions touchant à l'ordre public auxquelles il est interdit de déroger. (Req. 6 janv. 1808; — Merlin, v° *Précip. conv.*, § 1; — M. Troplong, 1483.)

179. Les tribunaux apprécieront dans quels cas il y aura gain de survie tombant sous l'application de l'art. 1452. (V. Bourges, 2 juillet 1817, et Cass., 18 mars 1846.)

Le gain de survie est en général tout avantage stipulé par contrat de mariage au profit de l'époux qui survit à son conjoint, et spécialement l'avantage fait directement par un époux à son conjoint dans leur contrat de mariage, et soumis à cette condition que le bénéficiaire survivra au disposant.

Nous parlerons du gain de survie de la seconde espèce.

Ce sera tantôt une institution contractuelle dans le sens des art. 1082 et suiv. C. N., et tantôt une libéralité à titre particulier se rapprochant d'un legs par la condition de survie imposée au bénéficiaire, mais en différant par l'irrévocabilité. Ainsi le gain de survie peut consister en portion ou totalité des biens que le disposant laissera à son décès; et aussi en une somme ou en certains biens actuels du disposant.

180. — M. Troplong (n° 1486) permet à la femme de transiger sur son gain de survie. MM. Rodière et Pont (n° 907) lui en reconnaissent le droit, à moins qu'il ne s'agisse d'une institution contractuelle. (V. Lyon, 16 janv. 1838 et Cass., 16 avril 1841.) Nous adoptons une opinion plus restrictive. D'après nous, la femme pourra transiger sur le legs contractuel d'un bien présent du mari, legs conférant à la femme un droit positif sur un objet déterminé *in specie*. Il s'agit alors en réalité d'une *donation* sous condition; et la transaction qui interviendrait ne présenterait pas ce calcul aléatoire que les art. 791 et 1130 C. N. refusent de sanctionner. Même solution pour le legs contractuel d'une somme d'argent qui sera jugé, en fait, constituer, au profit de la femme, un droit fixe, définitif, bien que conditionnel. (Cass., 22 fév. 1831.) En dehors de ces cas et d'autres qui seraient jugés semblables, la femme ne pourra transiger sur son gain de survie. La double éventualité qui distingue alors la disposition, éventualité quant à la condition de survie

éventualité quant à l'objet même du droit, rend tout à fait applicables les art. 701 et 1130 C. N.

184. — La femme sera fondée à s'assurer par des mesures conservatoires l'effet du gain de survie, mais en respectant les droits que le mari se sera réservés sur l'objet de la libéralité, droits qui varieront selon les cas.

Ainsi, lorsque le gain de survie résultera d'une institution contractuelle, comme l'instituant conserve un droit absolu de disposer de ses biens à titre onéreux (art. 1083 C. N.), il est clair que la femme instituée ne sera pas admise à prendre des précautions contre des aliénations qu'elle ne saurait critiquer.

Si le gain de survie a pour objet un corps certain, le disposant a, au contraire, perdu le droit d'aliénation ; car aliéner, ce serait révoquer (1038 C. N.), et il ne peut révoquer. Il a seulement le droit d'administrer, mais il a le devoir de bien administrer, et la femme peut, dans une juste mesure, exiger de lui l'accomplissement de ce devoir.

Quant au gain de survie consistant en une somme d'argent, le droit qu'il confère à la femme est tantôt fixe, quoique soumis à une condition de survie, tantôt doublement éventuel et quant à la condition de survie, et quant à l'objet même de la disposition, comme lorsqu'il s'agit d'un prélèvement à opérer sur la masse héréditaire. Au premier cas, les mesures conservatoires seront permises à la femme : Voyez en ce sens des arrêts de Bordeaux (9 juillet 1841 et 27 août 1847) qui autorisent la femme à réclamer, pour son gain de survie, une collocation éven-

tuelle dans l'ordre ouvert contre son mari; les intérêts devant courir jusqu'à l'accomplissement de la condition de survie, au profit du mari ou de ses créanciers. Toutefois le droit de la femme n'ira pas jusqu'à contraindre le mari à fournir caution pour sûreté de gains de survie. (Metz, 9 fév. 1811; — *Sup.* 67 bis et 123.) Au second cas, la femme n'aura aucun droit d'agir: ses droits ne sont pas plus étendus que ceux d'un légataire ordinaire d'une somme d'argent.

182. — L'art. 1518 C. N. oblige le mari qui garde en mains des valeurs composant le préciput de la femme à fournir caution à celle-ci. On ne peut conclure de là que le mari détenteur des valeurs sur lesquelles porte le gain de survie doive pareillement et de plein droit caution. Le gain de survie, dont nous nous occupons, à la différence du préciput, n'est qu'une libéralité (1516 C. N.). D'ailleurs, les dispositions restrictives ne s'étendent pas.

183. — L'art. 1452 est applicable en matière de séparation de corps; mais il faut se rappeler qu'aux termes d'un arrêt de Cass., du 23 mai 1845, l'époux contre qui la séparation a été prononcée, perd tous les avantages qui lui ont été faits par son conjoint (299 C. N.).

CHAPITRE V.

DE LA CESSATION DE LA SÉPARATION DE BIENS ET DU RÉTABLISSEMENT DE LA COMMUNAUTÉ.

181. — La communauté dissoute par la séparation, soit de corps et de biens, soit de biens seulement, peut, aux termes de l'art. 1451 C. N., être rétablie du consentement des deux parties. Mais le rétablissement doit être constaté par acte passé en minute devant notaire, et dont une expédition sera affichée conformément à l'art. 1445 C. N.

Ces formalités accomplies, la communauté reprend ses effets rétroactivement, et les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation, sans préjudice néanmoins de l'exécution au profit des tiers, ou contre eux, des actes que la femme aurait faits pendant la séparation, en conformité de l'art. 1440 C. N.

Est nulle toute convention par laquelle les époux rétabliraient entre eux la communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement.

185. — Dans l'ancien droit, on reconnaissait généralement aux époux le droit de faire cesser la séparation de biens. (Lebrun, p. 282; — Renusson, *Communauté*, chap. 9, n° 62; — Pothier, *Communauté*, n° 523, 524, 525; — Merlin, *Rep.*, v° *Sép. de biens*, sect. 2, § 4, n° 1; — Arrêts de Paris, 4 février 1601,

4 sept. 1721, 6 août 1725, 20 août 1728, 3 mars 1752;
— Rouen, 24 février 1644; — Basnage, *Sur la Cout.
de Normandie*, art. 838; — Coutume d'Orléans,
art. 109.)

Cependant Bourjon (t. 1, p. 606, n^o 12 et 13) et
Denizart (*Décisions*, v^o *Sép.*, n^o 54) étaient d'un avis
contraire et l'appuyaient sur la jurisprudence du Cha-
telet.

Dans le premier système, de quelle manière le ré-
tablissement de la communauté devait-il s'opérer?
La séparation de biens, accessoire à la séparation de
corps, cessait par la réunion ou la réconciliation des
époux : *Cessante causa cessat effectus*. (Bruxelles, 27
mars 1818.) Mais la femme pouvait, en se rappro-
chant de son mari, empêcher, par une protestation
devant notaire, la restauration de la communauté.

« Une femme, dit Pothier, qui croit n'avoir plus
• rien à craindre des mauvais traitements de son
• mari dont l'âge a adouci le caractère, mais qui n'a
• pas la même confiance dans la conduite de son
• mari pour la sûreté de la dot, pourrait être détournée
• de retourner avec son mari, si son retour faisait
• nécessairement cesser la séparation de biens. »

Quant à la séparation de biens, Pothier pensait
(525) que le rétablissement de la communauté devait,
au moins ordinairement, être constaté par un acte
devant notaire ou au greffe. C'est que le retour à la
communauté, après une sentence de simple séparation
de biens, n'est pas un fait notoire comme la rentrée
d'une femme en la maison de son mari. Une acqui-
sition faite en commun par les époux, des réparations

effectuées ou une récolte perçue par le mari sur un bien de la femme ne constitueraient pas une preuve suffisamment claire de l'intention des parties de se remettre en communauté. Il est donc à propos d'exiger des époux, en ce cas, une déclaration authentique de leur volonté : de cette façon, les tiers qui traiteront avec eux ne seront pas trompés.

On trouve des considérations semblables dans Lebrun (*Traité de la communauté*, liv. III, chap. 1., n° 25); — dans Brodeau (sur Louet, lettre S, somm. 16, n° 12); — dans Poullain-Duparcq (sur la Cout. de Bretagne, art. 424); etc.; — Rapp., arrêt de Colmar du 18 niv. an 11 relatif à la Coutume d'Alsace.

Ainsi, dans l'ancienne jurisprudence, s'il s'agissait de séparation de corps, le rétablissement de la communauté avait lieu de plein droit par la réconciliation des époux, sauf protestation de la femme, et s'il s'agissait de séparation de biens, le consentement des époux pouvait suffire en principe au rétablissement, mais ordinairement un acte devant notaire ou au greffe était nécessaire, et entre les époux, à cause de la difficulté d'apprécier la nature de certains actes du mari sur les biens de la femme; et aussi à cause des tiers dont la bonne foi ne doit jamais être surprise.

186. — Le Code efface toute différence entre la séparation de corps et la séparation de biens. Le concours préalable des volontés des deux époux sera toujours indispensable pour effectuer le rétablissement de communauté : en outre, la convention devra être constatée par un acte public. (Paris, 16 avril 1807; — Rennes, 18 juin 1814; — Angers, 19 avril 1830;

— Grenoble, 4 juin 1840; — Req., 3 février 1841;
— MM. Rodière et Pont, 920; — M. Troplong, 1466.)

187. — Faut-il aussi le consentement de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage, conformément à l'art. 1396 C. N.? Non, l'art. 1451 ne l'exige pas, et cela se comprend, puisque les époux ne peuvent que redonner effet au contrat de mariage, déjà approuvé par ces personnes.

188. — La femme mineure aura-t-elle besoin du consentement de ses ascendants ou de son conseil de famille? Non encore, et pour cette même raison qu'il ne s'agit que de revenir à l'application de conventions matrimoniales antérieurement arrêtées et pour l'adoption desquelles la loi a prescrit des règles de nature à sauvegarder les intérêts de toutes les parties. En outre, la séparation n'est qu'une mesure provisoire (Lebrun, p. 282, n° 15 et 16), et le retour à la loi du contrat est toujours favorable (Rapport au Tribunal, de Duveyrier, sur le contrat de mariage.) D'ailleurs, la cessation de la séparation entraîne des conséquences morales dont l'appréciation ne peut être faite que par la femme. (MM. Rodière et Pont, 911; — M. Dutruc, 472.)

189. — L'art. 1451 parle d'un acte devant *notaires*. Mais il n'a aucune raison d'être plus sévère que l'art. 1394 C. N.; on pourra donc se contenter d'un acte passé devant un notaire et deux témoins. — La présence réelle d'un notaire en second ou des témoins ne sera pas nécessaire (loi du 21 juin 1843), mais l'acte devra être passé en minute. (1397 C. N.)

190. — Notons que l'art. 1451 C. N. prescrit d'af-

licher une expédition de l'acte portant rétablissement de la communauté, tandis que les art. 886 et suiv. du Code de procéd. ordonnent la publication seulement d'un extrait de la demande ou du jugement.

191. — Il résulte de l'art. 1451 C. N., que l'affichage doit être fait dans la forme de l'art. 1445 C. N. Mais on a vu que l'art. 872 C. proc. complète les formalités de publication imposées par l'art. 1445 C. N. — Faudra-t-il appliquer, en notre matière, cet art. 872 ? La Cour de cass. a, le 17 janvier 1839, adopté la négative, par ce motif que l'art. 872 n'a prévu que la publication du jugement de séparation et non celle de l'acte de rétablissement de la communauté. Mais on sait (voir *supra* n° 60) que les art. 1444 et 1445 C. N. ont été écrits sous réserve des dispositions du futur Code de procédure qui devait régler plus complètement les formalités de publication des séparations de biens. L'art. 1451, en visant l'art. 1445, se réfère donc forcément à l'art. 872 et suiv. C. proc.

(Conf. Toullier, 13, 118 ; — Duranton, 14, 430, note ; — M. Dutruc, 477 ; Rouen, 6 nov. 1833.)

192. — Le défaut de publication entraînera-t-il nullité absolue du rétablissement de la communauté ? Nous avons déjà traité une question semblable à propos de la publication de la demande en séparation et du jugement qui la prononce (*sup.* n° 63 et 65).

Nous adopterons ici encore le système de la nullité absolue. L'esprit de la loi est de soumettre l'établissement du régime matrimonial et ses modifications possibles à des conditions impérieuses ne laissant place à aucun arbitraire, à aucune incertitude. Il serait tout

à fait contraire à cet esprit que les époux eussent tel régime vis-à-vis certaines personnes et tel régime vis-à-vis d'autres personnes : ce qui pourrait arriver dans un système de nullité relative. La fixité rigoureuse du régime matrimonial prévient les orreurs, les surprises, les tromperies : elle consolide, par là même, le crédit des époux et, en définitive, est aussi utile à ceux-ci qu'aux tiers (M. Troplong, 1468).

193. — Le rétablissement de la communauté a un effet rétroactif : par conséquent, les successions mobilières échues à l'un des époux, *medio tempore*, tombent en communauté.

Toutefois les droits des tiers avec lesquels la femme aura contracté dans la limite de sa capacité seront respectés. (Pothier, 527; — Cout. d'Orléans, art. 299.)

— A l'inverse, les actes valablement faits par la femme seront toujours opposables aux tiers.

194. — Un tiers a constitué une dot à la femme en stipulant, pour le cas de séparation, le retour à son profit de l'objet donné. Cette stipulation aura son effet dès la séparation prononcée, et le rétablissement de la communauté ne pourra compromettre le droit acquis au constituant. (Pothier, 529; — Lebrun, liv. 3, chap. 1, n° 27; — Toullier, 13, 120; — M. Troplong, 1474; — Loi 63, D., *De jure dotium*, 23, 3.)

Même solution, si un tiers a cautionné le paiement d'une reprise de la femme et que le paiement ait eu lieu. Le cautionnement est alors définitivement éteint. (Lebrun, *loc. cit.*; — M. Troplong, 1475.)

195. La communauté rétablie doit être identique à celle qui existait précédemment. « Il ne peut y avoir,

- dit Pothier, deux communautés entre les conjoints
- par mariage, l'une qui ait duré jusqu'à la sentence
- de séparation et l'autre qui ait commencé lors du
- rétablissement. Il n'y a entre les conjoints que la
- seule communauté qui a commencé lors de leur
- mariage et qui a duré jusqu'à sa parfaite dissolution
- par la mort de l'une des parties. »

Si les parties reviennent à la communauté sous des conditions nouvelles, il y aura nullité. Mais la nullité s'étend-elle au rétablissement même de la communauté, ou bien doit-elle être restreinte aux clauses dérogatoires ?

Une première opinion veut que les clauses dérogatoires seulement soient nulles. On lit dans Pothier, n° 529 : « Lebrun, *dicto verbo*, liv. 3, chap. 1, n° 23 » et 24, décide avec raison que ces conventions portées par l'acte de rétablissement de communauté sont nulles. » — En ce sens Zachariæ, t. 3; § 19, note 59 ; Marcadé, sur 1451.

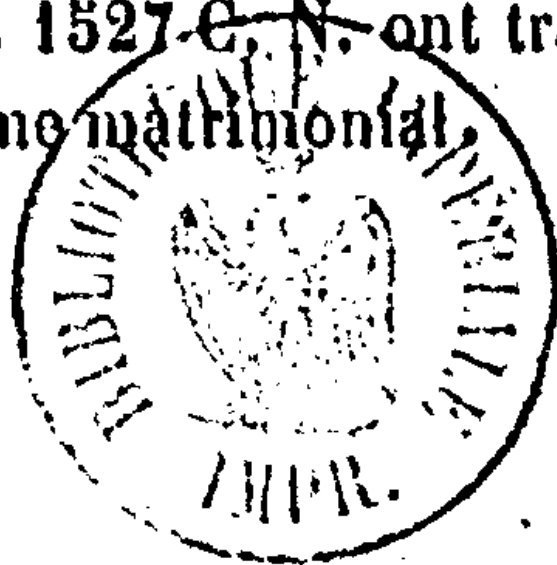
Une autre opinion admet la nullité du rétablissement même de la communauté, s'il apparaît que les parties n'y ont consenti que sous la condition de la validité des clauses dérogatoires. (Duranton, 14, 431 ; — MM. Rodière et Pont, 921.)

Nous nous rangeons à un troisième système qui est pour la nullité absolue et des clauses nouvelles et du rétablissement de la communauté. L'art. 1451 est formel : « Toute convention par laquelle les époux rétabliront la communauté sous des conditions différentes de celles qui les réglaient antérieurement, est nulle. » Il est évident que ce texte annule, non-

seulement les conditions, mais encore la convention même. — Le premier système fait violence à la volonté des époux qui n'ont accepté le rétablissement de la communauté que sous condition. — Le deuxième système ouvre la porte à des interprétations divinatoires que repousse l'esprit de la loi : toute incertitude doit être évitée dans la définition du régime matrimonial (*sup.* 51, 86, 95).

196. — Le principe de l'art. 1481 est applicable sous tous les régimes : il est toujours permis de faire cesser la séparation judiciaire et de revenir au régime antérieur. (MM. Rodière et Pont, 922 ; — M. Trolong, 1475.)

197. — Le rétablissement de la communauté ne peut être considéré comme un avantage indirect entre époux, même quand l'un d'eux a des enfants d'un lit précédent. (Dalloz, 2092 ; MM. Rodière et Pont, 923.) — Les art. 1496 et 1527 C. N. ont trait à l'adoption primitive d'un régime matrimonial.



POSITIONS.



- I. Le retour légal de la dot s'effectue au profit de l'ascendant donateur, quoique la femme n'ait été en sa puissance, ni lors de la constitution de dot, ni au moment de la dissolution du mariage.
- II. L'ascendant donateur a droit au retour légal de la dot, même en présence d'enfants du mariage.
- III. Il est loisible au père qui constitue la dot, de s'en réserver le retour au moyen d'un simple pacte.
- IV. On doit entendre le § 1 de la loi 7, D., Sol. mat., en ce sens que les fruits sont l'équivalent, jusqu'à due concurrence, de la *quarta portio mercedis* et que le mari se payera de cette *quarta portio*, en retenant une quantité suffisante de fruits; le compte sera établi sur les valeurs.
- V. Les produits des carrières ne sont pas toujours des fruits.

- VI. En pratique au moins, le mari n'est pas responsable *in concreto* de la dot non estimée.
 - VII. La loi Julia n'a pas donné à la femme un droit de propriété sur les immeubles dotaux.
 - VIII. A l'époque classique, c'est seulement au cas d'allégation mensongère que le revendiquant peut obtenir, *manu militari*, la restitution effective de sa chose.
-

DROIT FRANÇAIS.

CODE NAPOLEON.

- I. Il faut considérer l'industrie de la femme comme une dot dans le sens de l'art. 1443 C. N.
 - II. La voie de la séparation de biens n'est pas ouverte à la femme quand le mari a essuyé des pertes fortuites.
 - III. L'incapacité civile ou légale du mari ne saurait être une cause de séparation de biens.
 - IV. La rétroactivité au jour de la demande se produit dans la séparation de biens accessoire à la séparation de corps.
 - V. La femme séparée a droit d'aliéner sans restriction son mobilier.
 - VI. Les obligations valablement contractées par la femme séparée pour les besoins de son administration, sont susceptibles d'exécution sur tous ses biens indistinctement.
-

DROIT PÉNAL.

L'imputation diffamatoire adressée à la mémoire d'un mort ne tombe pas, comme telle, sous le coup de l'art. 13 de la loi du 17 mai 1819.

DROIT PUBLIC.

- I. Il ne suffit pas, pour l'application de l'art. 78 de la Constitution de l'an VIII, que la partie poursuivie soit un agent du gouvernement, ni même que les faits incriminés soient produits pendant qu'elle remplissait sa mission; il faut essentiellement que ces faits soient relatifs à la fonction, en d'autres termes, qu'ils soient des actes de la fonction elle-même, bien qu'abusifs.
 - II. L'art. 78 de la Constitution de l'an VIII protège le fonctionnaire personnellement et non l'administration dont celui-ci est membre. Cet article est donc invoqué à tort par le fonctionnaire poursuivi es-nom c'est-à-dire, comme représentant de l'administration.
-

HISTOIRE DU DROIT.

- I. Contrairement à l'opinion de Dumoulin, l'ancienne jurisprudence refusait généralement à la

femme séparée le droit de disposer librement de ses biens.

II. Dans le ressort du parlement de Paris, dès la fin du 17^e siècle, on refusait à la femme séparée même le demi-douaire. La jurisprudence était fixée en ce sens au temps de Pothier.

Vu par le président,
CH. DEMANGEAT.

Vu par le doyen,
G.-A. PELLAT.

Vu et permis d'imprimer,
Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
A. MOURIER.

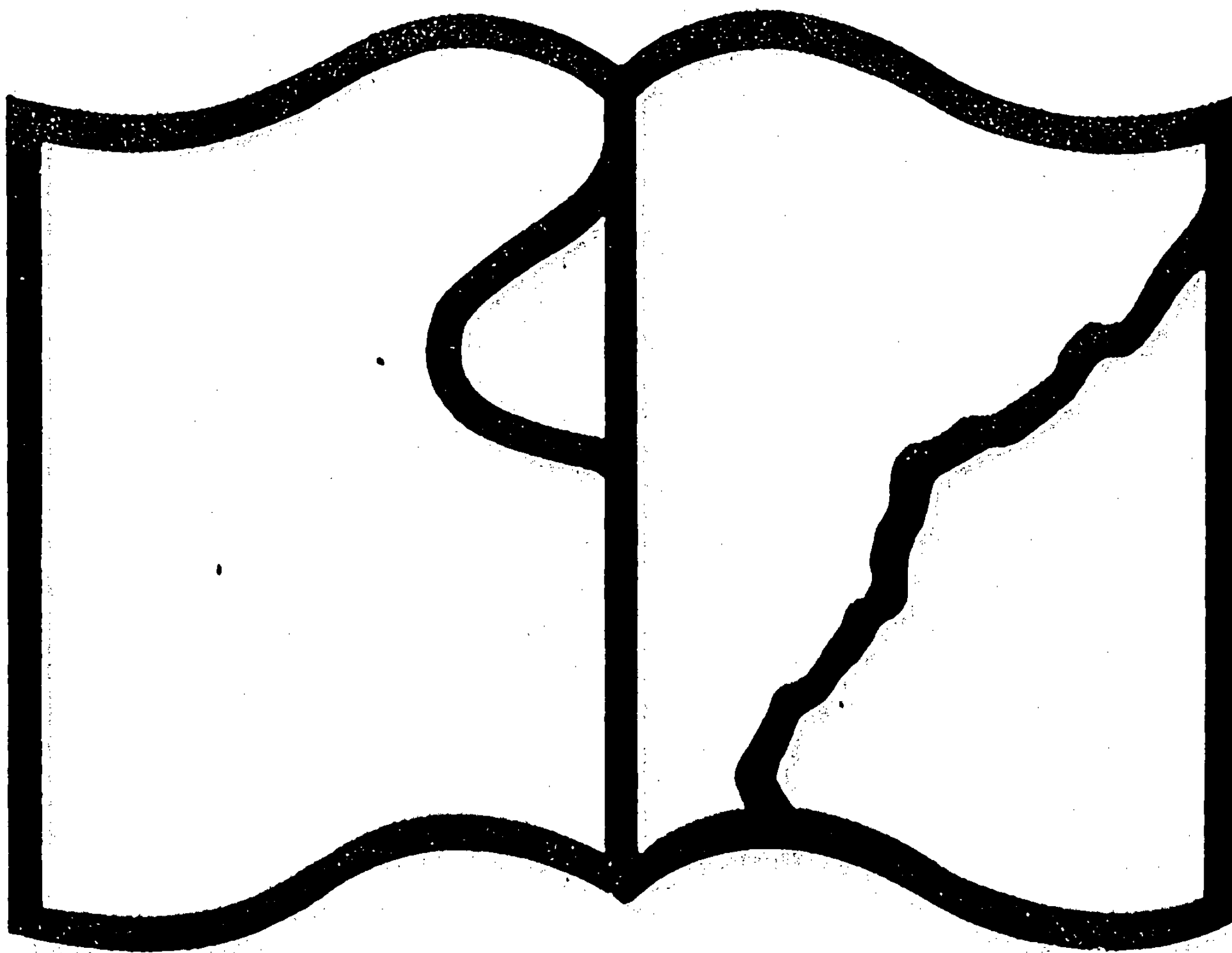


ERRATA.

PAGES. LIGNES.

5	4	Au lieu de <i>stipulation tacite</i> , lisez <i>stipulation régulière</i> .
14	26	Au lieu de <i>eut écrit filia</i> , lisez <i>n'eut pas écrit filia</i> .
12	24	Au lieu de <i>pareille défense</i> , lisez <i>pareille disposition</i> .
75	25	Au lieu de <i>qu'un douzième de la vengeance</i> , lisez <i>qu'un douzième de la merces</i> .
118	9	Au lieu de <i>cette renonciation</i> , lisez <i>cette omission</i> .
124 24 et 25		Rétablir ces lignes ainsi qu'il suit : <i>interdite à la femme, si l'insolvabilité du mari provient de pertes fortuites, etc.</i>
157	29	Lisez <i>reconnaissent à la société</i> .
170	46	Au lieu de <i>active et passif</i> , lisez <i>actif et passif</i> .
174	3	Au lieu de <i>obligé</i> , lisez <i>obligée</i> .
181	27	Au lieu de <i>c'est-à-dire</i> , lisez <i>par exemple</i> .
202 20 et 21		Rétablir ces lignes ainsi qu'il suit : <i>le mari contumax ou condamné à certaines peines criminelles, est frappé d'interdiction, etc.</i>
213	9	A sans droit ajoutez <i>contre le mari ou la communauté</i> .
217	4	Au lieu de <i>constater</i> , lisez <i>contester</i> .
294	16	Supprimez <i>il ne sera pas valable</i> .
295	42	Rétablir cette ligne comme suit : <i>femme d'exercer un commerce distinct de celui</i> .
304	26	Au lieu de <i>les tribunaux</i> , lisez <i>ces tribunaux</i> .





Texte détérioré — reliure défectueuse

NF Z 43-120-11